

FUNDAMENTACIÓN IUS FILOSÓFICA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL INDULTO A PROCESADOS

Juan José Díaz Guevara ⁽¹⁾

Fecha de publicación: 01/02/2016

SUMARIO: Introducción. Antecedentes del Indulto.
Conclusiones.

⁽¹⁾ Máster en Derecho. Ex Fiscal Provincial especializado en delito de corrupción de funcionarios. Docente en pre y post grado. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Público.

Introducción

El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional supuso, entre otras cosas, que “(...) *en el orden formal y sustantivo (...) no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías*”⁽²⁾, así un estado constitucional de derecho, tiene como cartas de presentación la división e independencia de poderes, la presunción de inocencia, la prohibición de avocamiento a causas jurisdiccionalizadas, a no ser penado sin proceso judicial, entre otros.

Con todas estas garantías y limitaciones a poderes absolutos o autarquías, siempre ha sido materia de cuestionamiento la vigencia de la potestad monárquica del indulto o gracia presidencial, dentro de un estado constitucional de derecho. Según Rodríguez y Serrano “*la gracia es (...) el derecho del Estado(...), a renunciar a todo o en parte a la imposición de la pena*”⁽³⁾, siendo que su existencia solo está justificada en ser “*un correctivo, general y último, frente a errores y contradicciones a los principios de necesidad y merecimiento de pena*”⁽⁴⁾, ya que “*nadie podría estar en condiciones –ni siquiera el propio Estado - de asegurar veredictos totalmente perfectos y penalidades irremisiblemente justas*”.⁽⁵⁾

Como se puede apreciar, la existencia del indulto, está supeditada a la existencia previa de una pena privativa de libertad firme, sin embargo desde el año 1990 en plena vigencia de la constitución política de 1979, el poder ejecutivo en menoscabo de ésta dogmática jurídica, emitió el Decreto Supremo N° 017-090-JUS estableciendo que la concesión de la gracia podría aplicarse a los internos procesados, a pesar de que el contrato social del 79 no contemplaba la posibilidad de ejecutar tal prerrogativa sin que exista pena de por medio con el grado de firme.

(2) En Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, obrante en el Expediente N° 5854-2005-PA/TC.

(3) **RODRIGUEZ DEVESA, José y SERRANO GÓMEZ, Alonso.** Derecho Penal Español. Parte General. Décima Séptima Edición. Dykinson. Madrid. 1993. Pág. 670

(4) **BUSTOS RAMÍREZ, Juan.** Manual de Derecho Penal. Parte General. Ariel. Barcelona. 1984. pág. 412

(5) **BERNALES BALLESTEROS, Enrique.** La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Cuarta Edición. Rao Jurídica. 1998. pág. 573.

A pesar de las críticas por parte de la comunidad jurídica, la coyuntura política de aquél entonces: el cierre del congreso por parte del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori y otros, viabilizaron que este tipo de indulto tenga acogida en el seno de la Constitución Política de 1993 (en cuyo proceso de aprobación mayor debate obedeció el capítulo económico y la pretendida reelección presidencial), estableciéndose en su artículo 118° inciso 21 que el presidente de la república tenía como atribución *“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”*, potestad conocida en doctrina como “indulto a procesados” o “indulto anticipado”.

Como se puede apreciar desde el año 1993, la conexión dogmática entre indulto y pena ha sido rota, siendo que la gracia presidencial manifestada en el indulto a procesados ha venido ejecutándose a favor de pocos y “singulares beneficiarios”, siendo uno de sus fundamentos para su creación ilegítima la excesiva carga de procesados sin condena, aspirando ser un “remedio” para la realidad penitenciaria del país, sin embargo pasados los veinte años de vigencia de la constitución de 1993, conforme demostraremos, casi en nada ha contribuido este tipo de gracia presidencial para aliviar el problema penitenciario y del sistema de justicia penal en el país, a pesar incluso de que está probado que *“en cierta medida los indultos en el Perú eran ofertados”*.⁽⁶⁾

⁽⁶⁾ Sobre esto último, “El director de Gracias Presidenciales del Ministerio de Justicia, Freddy Cárdenas, destacó que, a diferencia del pasado, representantes de la comisión a su cargo no acuden a los penales a “ofertar” indultos y otros beneficios a los internos sentenciados de distintas prisiones. Detalló que, en el marco de la reestructuración hecha a la citada comisión, se dispuso poner fin a la figura de los promotores y facilitadores de las gracias presidenciales, con lo cual se dejó de ir a los establecimientos penales, y se evitó que incluso personas conmutadas puedan trabajar para la comisión. “Nuestro método de trabajo ha cambiado. Ya nadie va a los penales. Cuando queremos informar (sobre las gracias presidenciales), damos unas charlas a los profesionales del órgano técnico ante el Consejo Penitenciario. Ya no ingresamos a los pabellones a ofertar los indultos”, anotó.” **Fuente: Diario Uno. Edición 22 de septiembre de 2015.**

Antecedentes del Indulto

1. El Indulto en Roma:

La época del imperio romano “se caracterizó por una estrecha conexión entre derecho y Religión” ⁽⁷⁾, así el indulto como prerrogativa aparece desde el siglo I como un acto legislativo especial que se realizaba preferentemente por medio de senado-consultos y, en algunas ocasiones a razón de festividades religiosas como las pascuas.

Sin embargo, en mayoritaria posición doctrinal, la “Provocatio Ad Populum” es el antecedente primigenio del indulto en el derecho romano republicano, la cual era una garantía que contemplaba la posibilidad de otorgar libertad al condenado a muerte.

Según Sánchez de Pedro ⁽⁸⁾, este derecho se plasmó en las llamadas “*leges Valeria de provocatione*”, presentadas a la asamblea por cónsules pertenecientes a las familias Valeria y Horacia: la primera, promulgada durante el consulado de Marco Valerio Corvo y Quinto Fabio (453 a.C.), la cual establecía el no ejecutar la pena impuesta si se hacía uso de la apelación ante el pueblo.

A la fecha, el instituto jurídico del indulto, dentro del derecho constitucional italiano tiene acogida, así el artículo 87° de la Constitución italiana señala que “*El Presidente de la República es el Jefe del Estado y representa la unidad nacional. (...) Puede conceder indultos y conmutar penas (...)*”, así el código penal italiano, adhiere al estatus de norma penal la figura del indulto, señalando en su artículo 174° que “*El indulto o gracia condona, en todo o en parte, la sentencia impuesta, o cambia a otro tipo de sanción prevista por la ley. No extingue las penas accesorias, salvo que el decreto disponga otra cosa, incluso otros efectos penales de la condena*”.

Como se puede apreciar, en el derecho italiano vigente, no cabe la posibilidad de extender un indulto a favor de personas que aún no tienen sentencia, manteniendo implícito el dogma penal que para su provisión se requiere la emisión de una pena con carácter de cosa juzgada, asimismo no contempla la posibilidad de que dicha potestad sea delegable como sucede en otros estamentos constitucionales.

⁽⁷⁾ **M. FIORENTINI:** “Riserchie sui culti gentilici”. Editora La Sapienza, Roma. 1988. Pág. 293 y sgtes.

⁽⁸⁾ **SANCHEZ DE PEDRO, M. del Carmen:** ““Provocatio Ad Populum”: ¿Garantía de Libertad?”. Edición Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca. Ecuador. 2005. Pág. 09

2. El Indulto en Alemania:

Sin duda alguna el gran producto de Roma al mundo, fue el Derecho, en ese sentido los pueblos bárbaros también sintieron su influencia. El derecho Alemán propiamente dicho surgió con la unificación de su territorio, luego de que Otón (Rey de Germania) someta al Rey de Italia Berenguer II allá por el año 962. A diferencia de los emperadores romanos, Otón no tenía facultades absolutas, siendo una de sus máximas limitantes los problemas que tuvo con el sistema papal (hoy Vaticano), pues quería tener injerencia directa para la elección de los sumos pontífices que incluso tenían prerrogativas de perdonar las penas por delitos de orden religioso, motivo por el cual surgió entre el estamento monárquico y el clero la histórica “Querella de las Investiduras” entre dichos estamentos. Esta situación cambió con la firma del “Concordato de Worms” entre el emperador Enrique V y el papa Calixto II, el 23 de setiembre de 1122, ratificado un año después por el Concilio de Letrán I. En virtud a este acuerdo el emperador renunciaba a todo tipo de injerencia en el proceso eleccionario de los sumos pontífices y la organización religiosa que implicaba prerrogativas de juzgamiento por determinados delitos de orden religioso, siendo que el estamento civil ordinario estaba sometido al emperador germano, este concordato dio consigo que el sistema papal lidere las principales reformas de Europa, dando lugar a la materialización de un exégesis de normas contenidas en el *Decretum Gratiani*, elaborado por el ius clérigo Graciano, que según la doctrina “*constituye una aportación a la unificación jurídica y se trata, por tanto, del fruto de la actividad doctrinal de un canonista y no de una política legislativa pontificia*”.⁽⁹⁾

En cuanto al tema que nos ocupa, “*en Alemania, la gracia es significada con el término "Gnade", la amnistia con "Amnestie" y el indulto particular con "Einzelbegnadigung"*”.⁽¹⁰⁾

En cuanto a la constitución de 1871, “*hasta ahora la discusión sobre el carácter de la Constitución del Reich se ha llevado de manera bastante unidimensional (...) Wolfgang Sauer, en su conocido ensayo sobre “El problema del Estado nacional alemán”, ha tratado de caracterizar la Constitución del Reich hacia 1871 en paralelo a la famosa crítica de*

⁽⁹⁾ **GACTO FERNÁNDEZ, Enrique; ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio y GARCÍA MARÍN, José María:** "Manual Básico de Historia del Derecho - Temas y antología de textos". 2006 Editora. Lasex S.L. Págs.166-167.

⁽¹⁰⁾ **GARCIA SAN MARTIN, Jerónimo:** “El Control Jurisdiccional del Indulto”. Tesis. Las Palmas de Gran Canaria, 2006. Pág. 51

Pufendorf al antiguo Imperio alemán como monstruo de la teoría constitucional”⁽¹¹⁾, pues conforme se evidencia de la historia y la doctrina “*el emperador y rey lo era casi absoluto*”⁽¹²⁾, en dicha medida podía ejercer el derecho de gracia de manera incuestionable.

Dicha metodología continuaría en la Constitución de Weimar de 1919. En doctrina se considera que “*la Constitución de Weimar atribuyó también el mando supremo (Oberbefehl) al Presidente del Reich, pero sujetando todos los actos del presidente al refrendo del canciller (...) se atribuía al Oberbefehl el poder de (...) el derecho de gracia y el ser la instancia suprema en cualquier queja*. Por su parte, según el texto establecido por la Ley Fundamental de Bonn (...) rectificado por una ley constitucional de 19 de marzo de 1956 y la reforma del 24 de junio de 1968, que realiza una nueva definición de competencias, otorga al presidente federal poderes simbólicos de representación (nombramientos de acuerdo con las leyes que los regulan, derecho de gracia, concesión de distinciones y condecoraciones. La regulación normativa está sujeta al derecho común y corresponde en principio al parlamento que puede delegarla en el gobierno de acuerdo al artículo 80° de la constitución. En materia judicial rige la regla normal de separación de poderes sin que corresponda al ejecutivo, ningún poder fuera del derecho de gracia””.⁽¹³⁾

Sin embargo es preciso señalar que a diferencia de la constitución de 1919, la Ley fundamental de Boon establece que el Presidente Federal podrá delegar el ejercicio del derecho de gracia, aspecto que se mantiene hasta la fecha y que generalmente recae en el Canciller⁽¹⁴⁾.

(11) **MOMMSEN, Wolfgang J:** “La constitución del Reich alemán de 1871 como compromiso de poder dilatorio”, en Revista “Ayer” – N° 05 – El Estado Alemán (1880-1992). Marcial Pons Ediciones de Historia Pág. 99.

(12) **LUDWIG, Emil:** “El Kaiser Guillermo II. Desde su nacimiento hasta su destierro”, Sexta Edición, Barcelona, Ed. Juventud, 1973, p. 60.

(13) **SÁNCHEZ AGESTA, Luís:** “El Mando en el Ejército en el Derecho Constitucional Comparado” en Jornadas de Estudio sobre el título preliminar de la Constitución. Volumen IV. Fondo editorial del Ministerio de Justicia Español. Madrid. 1988. Pág. 2831

(14) Léase **Ley Fundamental de la República Federal de Alemania Traducción de Ricardo García Macho, Universidad Jaime I - Castellón de la Plana. España. 2010.- “Artículo 60° [Nombramiento y relevo de los jueces federales, funcionarios federales y militares; derecho de gracia] (1) El Presidente Federal nombrará y relevará a los jueces federales y a los funcionarios federales, así como a los oficiales y suboficiales, siempre que las leyes no dispongan otra cosa. (2) Ejercerá en nombre de la Federación el derecho de gracia en cada caso particular. (3) Podrá delegar estas facultades en otras autoridades (...)**”.

Ahora bien, el código penal alemán, contempla la figura del indulto como generador de la capacidad de goce y ejercicios de derechos por parte de los sentenciados, así en su artículo 45ª se dispone “(1) *La pérdida de las capacidades, de la situación jurídica y de derechos se hará efectiva con la ejecutoria de la sentencia.* (2) *La duración de la pérdida de una capacidad o de un derecho se computará desde el día en que la pena privativa de la libertad se haya cumplido, prescriba o se haya perdonado. (...)”*. Asimismo, el mencionado cuerpo legal en su artículo 79ª establece que el instituto penal de la prescripción queda suspendido cuando al condenado se le concede por el procedimiento de la gracia del indulto.⁽¹⁵⁾

3. El Indulto en España

Dentro de un contexto histórico resultaría casi imposible establecer como se ejerció por primera vez el derecho de gracia en España o en donde se ejecutó. Sin embargo, el primer testimonio escrito de ésta prerrogativa en España la encontramos en la Ley de Partidas (1256-1265). Dicho marco jurídico, específicamente su Ley XXVI en su Título XVIII, consagra el Derecho de Gracia prescribiendo “*los que recibiesen los privilegios e las grazias del Rey le agradeciese a aquél que es poderoso de lo dar e de cuya mano lo recibe*”.

El desarrollo histórico de la figura del indulto no ha sido materia de gran preocupación en los estudios del derecho español, sin embargo en mayoría se señala que su origen constitucional se produce en el año 1812 con la Constitución de las Cortes de Cádiz, según éstos tratadistas, “*la figura del indulto se constituía por aquel entonces como una herramienta al servicio del monarca quien, de uno u otro modo, eximía del cumplimiento de sus penas a determinadas personas, introduciéndose una importante innovación, la exigencia de que se conceda la "gracia" con arreglo a la Ley*”⁽¹⁶⁾

Ahora bien, respecto del tema que nos ocupa, constituye un tesoro doctrinario la obra “*Usages y otros derechos de Cataluña conocidos con el nombre general de Constituciones*”, de don Pedro Nolasco Vives y Cebría, quien en esta obra Editada por la Imprenta Verdaguer, en Barcelona el año

⁽¹⁵⁾ **CODIGO PENAL ALEMAN:** del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. **Traducción de Claudia López Díaz.** Fondo editorial de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 1999.

⁽¹⁶⁾ **SOBREMONTA MARTÍNEZ, José Enrique:** “*Indultos y Amnistía*”. Editorial Universidad. Madrid. 1980. Pág. 8.

de 1832, establece en comentario obrante en la página 255, lo relacionado a los homicidios de mujeres adúlteras en el año 1351 en el reinado de Pedro III; en comentario del autor existía la posibilidad de que el marido ofendido pueda acceder al indulto. Por lo expuesto estamos en condiciones de aseverar que la institución del indulto tiene como primer antecedente constitucional no en la Constitución de las Cortes de Cádiz, sino en las constituciones de Cataluña.

Según opiniones especializadas ésta prerrogativa otorgada al emperador “*se justificaba como una solución in extremis*”⁽¹⁷⁾. Junto con esta pionera Constitución, las normas supremas de 1837 (artículo 47, n° 3), de 1845 (artículo 45, n° 3) y de 1856, siguieron la misma tendencia.⁽¹⁸⁾ Con la sola excepción de que ésta última fue la primera norma suprema que limitaba el empleo del indulto general, una medida aún vigente hoy día⁽¹⁹⁾, en la península ibérica.

Asimismo la Constitución Española de 1869 confería al Rey la potestad de “*indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes, salvo lo dispuesto relativamente a los Ministros*”, la carta magna bajo comentario establecía como condición de ejecución de dicha gracia la emisión previa de una ley autoritativa.

Como se puede apreciar, desde la constitución de Cádiz hasta este período, la potestad de indultar pasa de una prerrogativa absoluta a una condicionada, como fiel expresión de la intención del legislador constitucional, de evitar el ejercicio abusivo de este poder.

La constitución española de 1869 si bien confería al rey la potestad de indultar, también limitaba dicha potestad al exigir que previamente a su ejecución haya una ley autoritativa. Dentro de esta tendencia, se erigió la Ley Provisional estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, de 18 de junio de 1870, en adelante Ley de Indulto Española, cuya lógica se basaba en dos premisas, la primera que el indulto a conceder no afecte intereses de terceros y que el sentenciado obtenga el perdón previo del sujeto pasivo del delito.

Lógicamente la aprobación de esta ley no fue fácil. Durante su camino y en el propio margen de discusión constitucional se justificaron enmiendas a dicha prerrogativa, tendientes a garantizar el libre albedrío del emperador

(17) **GARCÍA MAHAMUT, Rosario y LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando:** “*El indulto: un análisis jurídico-constitucional*”. Marcial Pons. 2004. Página 30.

(18) **GARCÍA MAHAMUT, Rosario y LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando:** Pág. 27

(19) *Ibidem*, Pág. 43.

en la provisión de indultos, en este extremo, verbigracia las posiciones asumidas por los legisladores Ortiz de Zarate quien propuso una enmienda en el sentido de que *“la ley (...) no se discutirá ni aprobará mientras se considere el Trono vacante”*⁽²⁰⁾.

Haciendo un análisis del indulto en la península ibérica, entre sus indultos más polémicos podemos citar los siguientes:

- En el año 1998 el Consejo de Ministros de España indultó a Gabriel Arias Salgado, hermano del ministro de Fomento, la pena de un año y medio de cárcel por un delito de falsedad documental cometido para perjudicar a su ex mujer en la liquidación de la sociedad de gananciales. La Fiscalía del Tribunal Supremo había informado desfavorablemente al indulto, pese a lo cual el Gobierno permutó la condena de prisión por cien días multa de 10.000 pesetas.
- En el año 2011 se concedió indulto a Juan Hormaechea, ex Presidente de Cantabria, quien había sido sentenciado a tres años de prisión por malversación de caudales públicos, pese a que este ya había sido indultado por corrupción en el año 1995.
- En el año 2011 Guillermo D'Aubarede Paya y Fernando Pérez López, los dos principales directivos de Azucarera Ebro, la primera productora de azúcar en España, que fueron condenados en 2005 por fraude a la Unión Europea fueron indultados.
- En el año 2011 Alfredo Saenz máximo directivo del Banco Santander, fue indultado pese a haber sido sentenciado por denuncia falsa a prisión efectiva. La concesión conmutó la pena de arresto mayor y la suspensión del ejercicio profesional por la multa máxima prevista para este caso, (S/. 144,000 euros aproximadamente), ello no sería problema pues. Sáenz cobraba al año nueve millones de euros.
- En el año 2012 el presidente Rajoy indultó José María Servitje, ex secretario general del Departamento de Trabajo de la Generalitat y al empresario Víctor Manuel Lorenzo Acuña, ambos militantes de Unió Democràtica, que habían sido condenados por prevaricación y malversación de fondos públicos, a pesar de que en el año 2009 la Audiencia de Barcelona impuso cuatro años y medio de cárcel al primero y dos años y tres meses al segundo.⁽²¹⁾

⁽²⁰⁾ Diario de Sesiones, pág. 7987. Esta

⁽²¹⁾ Los hechos tuvieron lugar entre 1994 y 1995, cuando el consejero de Trabajo de la Generalitat encargó ocho estudios de derecho laboral que, el tribunal consideró que no tuvieron ninguna utilidad ni interés. Eran un "copy paste" de una publicación anterior y, según la sentencia, no tienen autor. Por ellos la Generalitat pagó 46.158 euros. Las empresas beneficiarias fueron Gestumer, SL, y Socesca, SL, administradas por Lorenzo Acuña. El tribunal declaró probado que el funcionario catalán de Trabajo se puso de acuerdo con Acuña para encargarle los trabajos y para que “pudiera disponer del dinero obtenido en beneficio propio o de terceros cuya identidad no ha quedado revelada”. A mayor abundamiento, consultar en línea: <http://www.corrupcionpolitica.rizoazul.com/indultos.html>

Tan solo con estos simples ejemplos se puede aseverar que está probado que la institución del indulto en España ha sido utilizada de manera desmedida como elemento de impunidad del poder político, lo adicionalmente preocupante en el caso español es que el indulto ha sido aplicado a sentenciados por narcotráfico, homicidio y malversación o aprovechamiento de caudales públicos.

Según la Fundación Ciudadana Civio a través de su proyecto “Indultómetro”, “en 2014 los indultos (...) medida, rodeada de oscurantismo (...), salía de su escondite habitual, (...) ante la opinión pública (...) (...) gracias a decenas de indultos polémicos, ha conseguido que el Gobierno sea mucho más cauteloso ante el uso de esta medida. Pero la muestra más relevante de este cambio de miras ante el indulto está en el descenso drástico del número de concesiones. Si hace un año contábamos que 2013, con 204, era el año con menor número de medidas de gracia, 2014 ha batido nuevo récord (a la baja): se concedieron 87 durante todo el año. O, lo que es lo mismo, algo más de siete indultos al mes, muy lejos de la media de un indulto y medio al día que acumulan los distintos gobiernos desde 1996”.

Este dato resulta importantísimo de desarrollar, pues sin duda alguna está probado de lo expuesto que el secretismo en el manejo de la provisión de indultos ha sido la mecánica de impunidad bajo la cual este ha desarrollado. Así con la generación de la publicidad relacionada al ejercicio de esta prerrogativa presidencial, el ejercicio abusivo de ésta prerrogativa por si arbitraria, ha dado consigo a que la tendencia actual sea denegar el otorgamiento del indulto a favor de sentenciados.

Prueba de ello es el propio modelo español, pues desde la apertura del proyecto “indultómetro” por ejemplo, a lo cual se suma el descontento social por la utilización de esta prerrogativa monárquica absolutista en estos tiempos, la provisión de indultos ha descendido enormemente, puesto que de cifras ascendentes a 2000 por año (año 2000) se ha pasado a una cifra de 87.

4. El indulto en el Perú

Desde la Constitución Política de la República Peruana Sancionada por el Primer Congreso Constituyente el 12 de Noviembre de 1823 hasta la de 1979, a nivel constitucional quedó establecido que el indulto procedía contra las penas impuestas.

A diferencia de todas las anteriores constituciones políticas, la constitución de 1979 consideró al indulto como parte del derecho fundamental de la libertad, así el artículo 2° inciso 20° de ésta constitución señalaba que “Toda persona tiene derecho “a la libertad y seguridad personales. En consecuencia: (...) La amnistía, el indulto, los sobreseimientos definitivos y las prescripciones producen los efectos de cosa juzgada”.

Este enunciado resulta ser un nuevo paradigma dentro de nuestro marco constitucional por diversas razones. La primera de estas razones, es que confiere al indulto como parte fundamental del derecho a la libertad. Asimismo, esta norma de la constituyente de 1978 se diferencia de todas sus antecesoras al conferir el estatus de cosa juzgada al indulto. Vale decir, ninguna constitución política anterior, había dado tal fuerza jurídica a un mandato ejecutivo confiriéndole la fuerza de un mandato judicial del más alto nivel. Pero ¿cuál es la razón por la que el constituyente de 1979 optó por tal medida?, la respuesta parece venir inferida del diario de debates de la mencionada época. Prueba del fundamento expuesto, está sentado en la discusión que sentaran los asambleístas ARANBURU y VALLE RIESTRA. Al respecto, el primero se oponía a conferir la naturaleza de la cosa juzgada al indulto, sin embargo el segundo fundamentó su propuesta de conferir la calidad de cosa juzgada al indulto, en los siguientes términos: *“la amnistía y el indulto presuponen evidentemente un procedimiento penal, de lo contrario no cabría la formula. Pero existe el riesgo de que a una persona amnistiada o indultada pueda revivírsele el procedimiento y se lo vuelva a juzgar (...) lo que quiero sentar es la juricidad de que la persona no puede exponerse a un nuevo procedimiento y por lo tanto no solo el sobreseimiento, no solo la sentencia absolutoria, sino también que el indulto y la amnistía tienen igual categoría”*⁽²²⁾, es bajo este espíritu bajo el cual la asamblea constituyente confirió tal estatus al indulto.

Hay que advertir, que si bien el indulto tuvo cobijo en la constitución de 1979, el espíritu del legislador constituyente fue conferir a este instituto jurídico un carácter transitorio. Efectivamente, además de las razones expuesta por Valle Riestra, en sesión permanente del 19 de junio de 1979, el constituyente Cáceres Velásquez, señalaba *“(...) hemos planteado los constituyentes de la izquierda, algunos otros artículos transitorios como (...) declárese la más amplia e irrestricta amnistía e indulto para toda clase de delitos político sociales debiendo cortarse de oficio los procesos pendientes. Cada vez que en el país se ha producido un acontecimiento*

(22) Sesión del martes 19 de diciembre de 1978, en Diario de Debates Pág. 307

importante, llámese cambio de gobierno, cambio de constitución, siempre se ha producido o casi siempre una amnistía política (...) si se ha dicho que estamos preparando una constitución para el año 2000 como acto de generosidad para quienes han caído en este tipo de delitos debemos aprobar su amnistía e indulto (...)”

Por su parte EDGARDO BEJAR establecía que *“justamente en las disposiciones transitorias se deben contemplar tanto los aspectos de la vida política y de la situación democrática que vive el país, como de los derechos políticos, sindicales y otros conculcados (...)”*

De lo señalado anteriormente resulta evidente de que el constituyente justificó dar al indulto la naturaleza de cosa juzgada, en un marco de transitoriedad, a efectos de garantizar que en el futuro los indultos conferidos en el marco del nuevo gobierno democrático no pudieran ser anulados por posibles gobiernos de facto contra de sus adversarios u opositores,

El otro paradigma constitucional que rompe la constitución de 1979 en cuanto al indulto es concebir que el responsable de su emisión sea el presidente de la república pues este personifica a la nación, en ese sentido el artículo 211° inciso 23 de la norma normarum señalaba que “Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República: (...) Conceder indultos y conmutar penas, salvo los casos prohibidos por la ley”.

Ésta acción constituía una muestra del desprendimiento por parte del congreso de un poder o potestad que tuvo por más de 150 años, lo que evidencia en suma medida la liberalidad y democraticidad del pensamiento político de aquel entonces, que justificaba la existencia del indulto en un acto de necesidad político social de naturaleza transitoria a favor de aquellos opositores a Régimenes dictatoriales y militaristas que los persiguió, condenó y aperturó procesos judiciales de índole penal, persecución y ensaña que incluso determinó que la carta magna de 1979 considere al “asilo” como un derecho político conexo, conforme los lineamientos del artículo 108° de la norma suprema.⁽²³⁾

⁽²³⁾ **Constitución Política de 1979:**

Artículo 108.- El Estado reconoce el asilo político. Acepta la calificación del asilado que otorga el gobierno asilante. Si se dispone la expulsión de un asilado político, no se le entrega al país cuyo gobierno lo persigue.

Artículo 109.- La extradición solo se concede por el Poder Ejecutivo, previo informe de la Corte Suprema. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos o los hechos conexos con ellos. No se consideran como tales los actos de terrorismo, magnicidio y genocidio. La extradición es rechazada si existen elementos de juicio suficientes para

Finalmente, en cuanto a la prerrogativa presidencial del indulto, si bien reconoció como constitucional el mencionado instituto jurídico, establecía que ésta no procedería “salvo los casos prohibidos por ley”, aporte del congresista Henry Peasse García.

En el código penal peruano de 1862 considerado el primer código penal aprobado en el Perú, en fiel apego al código español de 1848, señaló que “en su artículo 39° que *“el indulto de la pena no exime al sentenciado de la vigilancia de la autoridad, ni le rehabilita para ejercer cargos públicos o derechos políticos, a no ser que expresamente se le otorgue la exención o rehabilitación. El indulto de la pena de muerte produce inhabilitación absoluta y sujeción a la vigilancia de la autoridad por diez años”*”.⁽²⁴⁾

La noción ius positivista del indulto en materia penal no variaría, es decir contemplar su existencia previa emisión de una condena, así, *“la influencia hispánica perviviría hasta el moderno código penal promulgado el 10 de enero de 1924, elaborado por Víctor M. Maurtua, que se apartaría de la influencia española para seguir el proyecto del código penal suizo de 1917”*⁽²⁵⁾, por su parte el código penal de 1991 conserva el dogma de aplicar indulto a las penas impuestas.

5. Origen del indulto anticipado en el Perú.

El antecedente legal más próximo a la Constitucionalización del indulto a procesados, es el Decreto Supremo N° 017-090-JUS del 01 de octubre de 1990, por el cual el ejecutivo dispuso que “la concesión de gracia del indulto podrá proponerse también al caso de los internos procesados, salvo disposición contraria de la Ley”.

Este dispositivo legal en su parte considerativa señalaba que si bien el inciso 23 del artículo 211 de la Constitución Política del Perú de 1979, señalaba como atribución del Presidente de la República conceder la gracia del indulto y conmutar penas, salvo los casos prohibidos por la ley, la mencionada norma constitucional y lo expresamente prescrito por el último párrafo del inciso 2 del artículo 233 de la Constitución carta magna del

considerar que se ha solicitado con el fin de perseguir o castigar a un individuo por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión.

⁽²⁴⁾ **CODIGO PENAL DEL PERU.** Edición Oficial. Imprenta Calle de la rifa N° 58. Lima, 1862. Pág. 12 - 18

⁽²⁵⁾ **JIMENEZ DE ASUA, Luis:** “Tratado de Derecho Penal”. Tomo I. Tercera Edición. Buenos Aires. Editorial LOSADA. Pág. 1205

79⁽²⁶⁾, como el numeral 126 del Código Penal de ese entonces⁽²⁷⁾, no impedían que este derecho de gracia pueda extenderse a los internos procesados.

De acuerdo a la exposición de motivos del Decreto Supremo N° 017-090-JUS del 01 de octubre de 1990, el ejecutivo consideró que el Código Penal del año 1924 vigente hasta ese entonces, regulaba que el indulto suprime la represión del hecho punible. Vale decir que a diferencia de otros Códigos Latinoamericanos, no limitaba su concesión de modo expreso a los condenados.

Por otro lado, dicha iniciativa legislativa, señaló que el derecho de gracia bajo la fórmula de indulto a procesados, se amparaba fundamentalmente en los argumentos del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, ilustre penalista argentino, y del profesor Rafael Bielsa, maestro y constitucionalista de la misma nacionalidad, recogiendo de la Legislación comparada el caso de España, donde mediante Decreto del 31 de Octubre de 1958 se concedió indulto sin necesidad de que haya sentencia firme; igualmente de la jurisprudencia Argentina, en donde frente a la decisión Presidencial de otorgar el indulto a un procesado hubo pronunciamiento a favor en el Fallo del Tribunal Supremo Argentino de 1922, denominado "Caso Ibáñez".

Siguiendo el fallo del Tribunal Supremo Argentino antes mencionado y la tesis de Zaffaroni y Bielsa, el Decreto se sustenta en la fundamentación específica siguiente:

- a. Cuando la Constitución se refiere a la atribución presidencial del indulto, no hace distinción alguna entre las penas que establezca la ley y las que apliquen los tribunales en sus fallos. En buena cuenta no distingue entre pena conminada y pena impuesta; esto es, punibilidad y punición. La única limitación constitucional es que el indulto no procede en los casos prohibidos por la ley.
- b. Cuando el Código Penal prescribe que el indulto suprime la represión del hecho punible, únicamente exige, como es obvio, la existencia de un proceso; esto es, que la persecución penal esté en marcha.
- c. Si el indulto se fundamenta políticamente en la necesidad de evitar las consecuencias del rigor o el anacronismo de la ley penal, también es posible extender esta consideración a la ley procesal, que puede ser en muchísimos casos más arbitraria y anacrónica que la ley penal. En ese sentido, es de recordar que la propia detención es ya un inicio de pena.

⁽²⁶⁾ Según este dispositivo eran garantías de la administración de justicia: “Ninguna autoridad puede (...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada ni cortar procedimientos en trámites ni modificar sentencias ni retardar su ejecución”.

⁽²⁷⁾ A esa fecha estaba vigente el código penal de 1924 denominado Código Maurtua.

- d. Si se reconoce -como ha sido probado- que la posibilidad del indulto nace desde que hay proceso, y que, si el Poder Ejecutivo puede lo más (indultar sentenciados), es claro que también puede lo menos (indultar procesados).
- e. No se puede argumentar contra el indulto a procesados la violación al derecho de defensa, ni que constituye un ataque a la presunción de inocencia, pues se conceptúa que la Defensa es un derecho y no un deber, por lo cual no puede confundirse la necesidad de defensa en el proceso -que es una consecuencia del proceso acusatorio- con el derecho de defensa, que es el que permite al procesado realizar o abstenerse de realizar los actos concretos de defensa. El imputado es el único árbitro de su derecho de defensa y el Estado debe tutelarlos siempre en concreto; es decir, cuando el procesado quiera ejercerlo. Por ende, se superaría los dos obstáculos citados en la medida que se exija una previa calificación del Ejecutivo y el expreso consentimiento del proceso para la concesión de la gracia del indulto.
- f. Tampoco podría argumentarse contra la concesión del indulto a los procesados como una supuesta violación a los fueros del Poder Judicial, y que esta modalidad de indulto se interprete como un avocamiento a causas pendientes o la realización ilegítima de funciones judiciales. Tales observaciones no son válidas. Primero, porque el último párrafo del inc.2 del artículo 233° de la Constitución Política de 1979 señalaba que no puede reputarse como interferencia o atentado a la función jurisdiccional el ejercicio del derecho de gracia y segundo, porque esa misma crítica podría dirigirse al Poder Legislativo cuando dicta una ley de amnistía relativa a hechos sobre los cuales aún no ha recaído sentencia condenatoria.
- g. Finalmente, el jus puniendi o derecho de represión del Estado comprende cuatro momentos: (i) Fijación de ciertas conductas como típicas y determinación de una sanción, (ii) Persecución penal: denuncia instrucción, acusación y juzgamiento, (iii) Imposición de sanción a dichas conductas; y, (iv) Cumplimiento total o parcial de esas sanciones. La gracia del indulto puede involucrar precisamente cualquiera de esas manifestaciones de jus puniendi; y cuando se refiere a los procesados, constituye una gracia anticipada, destinada a extinguir la acción persecutoria antes que se dicte sentencia.

De acuerdo a la exposición de motivos del Decreto Supremo N° 017-090-JUS del 01 de octubre de 1990, en los últimos años el número de internos procesados había crecido de modo permanente, al extremo de constituir a 1990 más del 75% de la población reclusa en las cárceles del país, y que equivale a más de 13,595 internos, los que mayoritariamente y tradicionalmente han pertenecido a los estratos populares, que por la carencia de recursos económicos se veían impedidos de alcanzar una justicia pronta.

Según la norma bajo comentario, se dejaba constancia del particular cuidado, el hecho que el indulto a procesados sólo se aplique a quienes habrían incurrido en delitos de escasa gravedad y hayan evidenciado con su comportamiento en prisión, clara voluntad de reintegrarse al seno de la

sociedad, quedándose pues, excluida de toda gracia, la criminalidad grave y violenta; siendo así la seguridad ciudadana no se vería alterada por la concesión de indultos a procesados.⁽²⁸⁾

En nuestra opinión, los fundamentos bajo los cuales se aprobó el indulto a procesados en el Perú, vía decreto supremo, son incompatibles e injustificados. En primer lugar el Decreto del 31 de Octubre de 1958 al que se hace referencia para la dación del Decreto Supremo N° 017-90-JUS fue otorgado por el dictador y asesino Francisco Franco Bahamonde, es decir la aprobación del indulto a procesados en el país se hizo invocando una medida dictatorial de un gobierno fascista.

Por otro lado, la argumentación que se dio a este Decreto español fue sesgada, pues los promotores del Decreto Supremo N° 017-90-JUS “olvidaron” dejar constancia que en su mayoría este decreto ibérico se aplicaba en su mayoría a fracciones de pena impuestas; tal como sostiene Herrero *“concede indulto total de las penas, correctivos de privación de libertad, impuestas o por imponerse siempre que no excedan de dos años, por delitos o faltas previstos en el Código penal ordinario, Código de Justicia militar y leyes penales especiales, siempre que la infracción hayan sido realizadas con anterioridad al día 4 de noviembre de 1958. Se concede indulto de la mitad de la pena impuesta a los penados condenados hasta seis años; de la cuarta parte a los condenados a penas superiores a seis años, hasta doce; la quinta parte a los condenados a penas superiores a doce años, sin exceder de veinte; y la sexta parte a las penas superiores a veinte años, con excepción de a quienes se hubiera conmutado la pena capital por la de treinta años. Cuando el indulto concedido sea por delitos dolosos, se pondrá la condición de no cometer nuevo delito en un cierto plazo de tiempo, que deberá cumplir en caso de comisión. Posteriormente se dictan Órdenes del Ministerio de Justicia y del Aire y Marina, para aclarar las posibles dudas que se planteen”*⁽²⁹⁾

Asimismo, a los promotores del Decreto Supremo N° 017-90-JUS, les faltó señalar que este Decreto emitido por la dictadura franquista, no fue aceptado por la mayoría de la comunidad jurídica, incluso algunos la

⁽²⁸⁾ Según la Exposición de motivos del Decreto Supremo N° 017-090-JUS, con su aprobación, se calculaba que con la nueva orientación del derecho de gracia podrían beneficiarse alrededor de un 25 a 30% de la totalidad de los presos sin condena del país, esto es, alrededor de 3 a 4 mil internos, siendo que esta cifra podría ser ampliada en el futuro, con la promulgación de los nuevos Códigos Penal y de Procedimientos Penales.

⁽²⁹⁾ **HERRERO BERNABÉ, Ireneo:** “El Derecho de Gracia: Indultos”. Tesis Doctoral. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid. 2012. Pág. 197

denominaron “*manifiesta injusticia, que no puede por menos de causar lamentables efectos de desmoralización sobre los justiciables*”³⁰

Por otro lado, como fundamento del indulto a procesados vía Decreto Supremo N° 017-90-JUS se invocó como antecedente el indulto al procesado Ibañez que emitiera en el año 1922 el presidente Hipólito Yrigoyen. En el mismo sentido que el anterior fundamento, los lineamientos de esta jurisprudencia argentina fueron sesgados a efectos de conseguir la creación ilegal de esta figura graciosa. Este antecedente del derecho de gracia argentino, es incompatible a los alcances del Decreto Supremo N° 017-90-JUS pues el procesado beneficiado había sido objeto de sentencia en primera instancia. Por otro lado, el delito por el cual se le procesó era un ilícito de índole menor, con una sanción no mayor de dos años; situación que en hecho y derecho es incompatible al régimen de carcelaría de los supuestos beneficiados.

Por otro lado, en sentencia del 19 de marzo de 2004, el supremo tribunal de justicia argentino citando el propio caso Ibañez ha declarado la inconstitucionalidad del indulto a los procesados, en el caso denominado “SUAREZ MASON”. En este proceso, la suprema corte ha señalado, entre otros que:

- “El indulto anticipado es manifiestamente violatorio de lo dispuesto por (...) la Constitución (...) que impide al Presidente ejercer funciones judiciales o arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.
- El Poder Ejecutivo puede eximir -indultar- o sustituir -conmutar- penas impuestas previamente por el Poder Judicial, penas que han sido fruto del proceso legal que pudo determinar la existencia del delito y la culpabilidad de la persona a quien se le impone el castigo.
- Indultar a una persona no condenada implica suponer dos extremos de manera arbitraria: 1) se supone la culpabilidad del indultado sin tener facultades para establecer esa culpabilidad y 2) se supone lo inequitativo para un caso individual de un resultado condenatorio que aún no existe.
- El Poder Ejecutivo tiene el derecho de indultar penas, pero no tiene el de impedir la imposición de ellas, ni el de suprimir la acción de la justicia, desde que no está investido de la potestad de borrar la infracción, es decir, de quitar a los hechos delictivos la calificación que les ha dado la ley. En ejercicio de la facultad de indultar su misión comienza cuando hay una pena definitivamente impuesta que pueda ser materia de perdón; esto es, cuando la justicia ha llenado su función de juzgar. Es recién en ese momento que el Poder Ejecutivo se asocia en cierto modo al Poder Judicial para completar su obra en el sentido

⁽³⁰⁾ **ZAVALA APRAIZ, Miguel:** “Estudio de algunas cuestiones que plantea el indulto promulgado por Decreto de 31 de octubre de 1958 en relación con las penas leves”. En línea al 05 de octubre de 2015. [http://www.mjjusticia.gob.es/cs/\(...\)1288774485282](http://www.mjjusticia.gob.es/cs/(...)1288774485282)

de la equidad. La intervención del Poder Ejecutivo antes de la sentencia, resulta incompatible con la acción independiente y a la vez armónica de los Poderes del Estado; y es muy difícil admitir que los mismos constituyentes que declaraban que ‘En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas’, hayan entendido acordarle el medio de suprimir las acciones judiciales y de anular procesos en tramitación por medio de un indulto prematuro que importa sobreseimiento”. (Minoría en causa Ibañez, José y Sengiale, Amadeo - 1922 - Fallos 136:244).

- En definitiva, el indulto a un procesado arrebató al imputado de la jurisdicción reservada al Poder Judicial y, simultáneamente, clausura un juicio penal de un modo no previsto por quien tiene reservado la facultad de establecer las formas de conclusión del proceso -el Poder Legislativo-.

Por otro lado, si bien Zaffaroni establece su tesis de procedencia del indulto a procesados, también acepta que tal medida puede llegar a *“límites tan exagerados que ponga en peligro los derechos de la población”*⁽³¹⁾, sumado al cual está concebido que ningún derecho fundamental como el de la defensa, es absoluto, siendo que el instituto jurídico de la prisión preventiva corresponde a exigencias metodológicas del campo penal debidamente admitidas en el marco jurídico.

A pesar de ésta sesgada interpretación jurisprudencial, el indulto a procesados o anticipado, fue recogido en el seno de la constitución política de 1993 y nadie ha dicho nada a pesar de que está probado que dicha prerrogativa ha servido para liberar a procesados por narcotráfico y corrupción, siendo que a nivel doctrinario el único aporte valioso de esta problemática es el ensayo denominado *“El Indulto a procesados en el Ordenamiento Jurídico del Perú”* Primera Edición TETIS GRAF EIRL. Lima 2008 de Jorge Antonio FERNÁNDEZ PAREDES.

El Instituto Nacional Penitenciario, en el mes de noviembre de 2013 estableció que *“se cuenta con 36,437 internos en calidad de procesados contra los 30,836 sentenciados (...), es preocupante que a nivel nacional, figuren 2,745 internos que están reclusos por más de 5 años en situación jurídica de procesados, lo más alarmante de esta situación, es que solo en los penales de Lima existen 34 privados de libertad que estarían reclusos más de 15 años en esta condición”*.⁽³²⁾

(31) **ZAFFARONI, Eugenio:** “Tratado de Derecho Penal, Parte General”. Tomo V. Editorial Ediar, Buenos Aires. 1988. Pág. 44.

(32) **Instituto Nacional Penitenciario.** Informe Estadístico Noviembre de 2013. Pág 37.

Sobre este hecho, el INPE agrega que, *“surgen dos explicaciones: la primera, que los internos siguen en situación de procesados, con lo que se habría incumplido los plazos procesales dentro del proceso penal y cabría responsabilidad en los entes judiciales; la segunda, que los internos están sentenciados, pero el órgano judicial no habría informado adecuadamente a la unidad de registro penitenciario correspondiente para ingresar los datos del privado de libertad (en todo caso será necesario realizar coordinaciones con los órganos correspondientes)”*.

Todo lo manifestado no muestra más que la ilegitimidad, inconstitucionalidad y el carácter ineficaz de esta prerrogativa presidencial que peligrosamente cuenta con vida jurídica en nuestro seno constitucional.

Conclusiones

- ✓ En el Derecho Comparado (Latinoamérica) la única constitución política que otorga la posibilidad de ejercer el derecho de gracia a favor de procesados es la peruana, a pesar de que desde los orígenes del constitucionalismo peruano no se amparaba tal posibilidad.
- ✓ Las estadísticas e informes del INPE no hacen más que probar la ilegitimidad, inconstitucionalidad e ineficacia del indulto anticipado.
- ✓ A tenor de los últimos cuestionamientos a la política de indultos en el Perú, se hace urgente una reforma sobre el rubro.