EXPEDIENTE : 00385-2023-2-5001-JR-PE-07
ESPECIALISTA : CAMPOS VEGA ELIANA DENISSE

Decide: Juez Jorge Luis Chávez Tamariz

Control difuso, *judicial review* o control de constitucionalidad a la Ley 32,107, Ley que precisa la aplicación y los alcances del delito de lesa humanidad y crímenes de guerra en la legislación peruana.
Fraseología utilizable:
"*Every court, in every case, has both the duty and the power to refuse to enforce a statute that conflics with the Constitution*",
"Todo tribunal, en todos los casos, tiene tanto el deber como el poder de negarse a aplicar una ley que entre en conflicto con la Constitución" que corresponde al artículo 138 de la Constitución Política.

Artículo 4. Prescripción y nulidad
Los delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia para el Perú del Estatuto de Roma, y de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, según lo dispuesto en los artículos 2 y 3, prescriben en los plazos establecidos en la ley nacional.
La inobservancia de las disposiciones contenidas en la presente ley constituye una vulneración del principio de legalidad y de las garantías del debido proceso; siendo nula e inexigible en sede administrativa o judicial toda sanción impuesta.
Artículo 5. Irretroactividad de los delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra
Nadie será procesado, condenado ni sancionado por delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra, por hechos cometidos con anterioridad al 1 de julio de 2002, bajo sanción de nulidad y responsabilidad funcional. Ningún hecho anterior a dicha fecha puede ser calificado como delito de lesa humanidad o crímenes de guerra.

RESOLUCIÓN N° 11
Lima, 01 de octubre de 2025

I. ASUNTO (*ISSUE*)
Determinar si corresponde estimar el pedido de sobreseimiento definitivo en favor del Gral. Ejército peruano en situación de retiro XXXX, por el delito de desaparición forzada en agravio de XXXX.

1. La presente causa se encuentra en estadio de control sustancial del requerimiento acusatorio, en el que los antecedentes y hechos son los siguientes que se exponen:

1.1. Antecedentes. A través de la Disposición N.º 08 de fecha 18 de agosto del 2023, se ha dispuesto formalizar y continuar la investigación preparatoria contra: XXXX y XXXX, como presuntos autores mediatos del delito contra la Humanidad, en la modalidad de desaparición forzada de personas (como delito de Lesa Humanidad), delito previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 320° del Código Penal, en agravio de XXXX.

La Disposición N.º 11 de fecha 01 de abril de 2024 se dispuso concluir la investigación preparatoria.

El fiscal formula acusación contra XXXX Y XXXX, como autores mediatos del Delito contra la Humanidad, en la modalidad de desaparición forzada de personas, conducta prevista y sancionada en el primer párrafo, del artículo 320º del Código Penal vigente, en agravio de XXXX.

1.2. Hechos. La imputación del requerimiento acusatorio es el siguiente:

1.2.1. Se imputa a XXXX, con grado de General de Brigada del Ejército Peruano, en su condición de Comandante General de la Segunda División de Infantería de Ayacucho y Jefe Político Militar de la Subzona de Seguridad N.º 5 (SZSNC -5), desde el 01 de enero al 31 de diciembre de 1990, estando a su cargo las Unidades y/o zonas de Huamanga, Huanta, Cangallo, entre otros, como parte de la estrategia de lucha contrasubversiva en la zona bajo su responsabilidad, haber planificado, ordenado y conducido[1] operaciones contrasubversivas ofensivas y disuasivas, destinadas a la detención y eliminación de personas que sean sospechosas de pertenecer, simpatizar y/o colaborar con la organización Terroristas PCP. Sendero Luminoso; en ese contexto, por el grado jerárquico dentro de la cadena de mando, tenía conocimiento de las acciones desplegadas por los Jefes de Batallones Contrasubversivas, de forma diaria, tales como el Batallón Contrasubversivo "Los Cabitos N° 51 - Huanta" o también denominado "Cuartel de Castropampa" a cargo del Comandante de Unidad y Jefe del Batallón (en la fecha de los hechos) - Teniente Coronel del Ejército Peruano XXXX; siendo así, al tomar conocimiento *de la detención y traslado del agraviado XXXX*

[1] Según **el Anexo 01, de Informe de Eficiencia Normal /administrativo - Oficiales Superiores, del "GRAL BRIG Fernández Dávila Carnero Petronio"**, obrante a fojas 3887/3890, se describe a nivel de la Sección VI del oficial calificado y comentario que "***Oficial General que ha comandado con entusiasmo e iniciativa la 2da DI, planeando y conduciendo operaciones contrasubversivas ofensivas y disuasivas con resultados positivos***; (...) sus conocimiento y experiencia lo capacitan para asumir funciones de mayor responsabilidad", Oficial calificador "GB José R. Valdivia".

a las instalaciones del Batallón Contrasubversivo "Cabitos N° 51" – Huanta ", la noche del 25 de enero de 1990, por una "patrulla" de efectivos militares del Batallón Contrasubversivo "Los Cabitos N° 51 - Huanta, por presuntamente SER sospechoso de pertenecer, simpatizar y/o colaborar con la organización terrorista PCP "Sendero Luminoso", tenía la obligación y deber de informar sobre su destino, empero, conforme obra en el Oficio N.º 141/ K3/2da DI/21.01, de fecha 07 de marzo de 1990, no cumplió con dicho deber funcional en el eslabón jerárquico como Jefe Político Militar; es decir, no brindó una información "cierta" sobre el paradero del agraviado, toda vez que hasta la fecha se desconoce el paradero de XXXX y figura como "Desaparecido", siendo la última vez que fue visto con vida por sus familiares, al momento de su detención por parte de los efectivos militares del Batallón Contrasubversivo "Los Cabitos N° 51 Huanta", esto es bajo custodia y posición de garante del Ejército Peruano; por tanto, le es exigible la carga de dar una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y/o paradero de la presunta víctima.

El imputado, desde su rol de órgano ejecutor de las estrategias contrasubversivas en Ayacucho, al ser el máximo Jefe de la Segunda División de Infantería de Ayacucho y Jefe Político Militar de la Sub zona de Seguridad N.º 5 (SZSNC -5), ejerció poder de mando para la conducción política y militar – directas – de las estrategias de enfrentamiento contra organizaciones subversivas terroristas que actuaban en la zona.

Se imputa a XXXX, con grado de Teniente Coronel del Ejército Peruano (en la fecha de los hechos), y en su condición de Comandante de Unidad y Jefe del Batallón Contrasubversivo "Los Cabitos N° 51 - Huanta" conocido como "Cuartel de Castropampa", acantonado en la provincia de Huanta, departamento de Ayacucho, desde enero de 1989 hasta la fecha de su relevo - aproximadamente el 04 de febrero de 1990, sin mediar ninguna orden judicial, haber ordenado a una "patrulla" de efectivos militares a su cargo, la detención del agraviado XXXX, la noche del 25 de enero de 1990, por considerarlo presuntamente sospechoso de pertenecer, simpatizar y/o colaborar con la organización terrorista PCP "Sendero Luminoso", a quien no se le informó los motivos de su detención, ni los derechos que lo asistían, para luego ser conducido al interior de las instalaciones del Batallón Contrasubversivo "Cabitos N° 51" – Huanta, donde fue privado de su libertad y quedando bajo custodia de dicha base militar a cargo del citado imputado, tal como obra en el Oficio N° 12 B/03.02.07, de fecha 30.01.1990, firmado por "Cesar Robles Bardales" (seudónimo usado por el Cmdte. XXXX), donde reconoce la detención del agraviado, el 25 de enero de 1990, para fines de investigación, quien desde el momento de la detención del agraviado tenía la obligación y deber de informar sobre su destino y ponerlo a disposición del Ministerio Público para el ejercicio de sus atribuciones de ley, independientemente de que haya cambiado de puesto o cesado en su

función[2], empero, no cumplió con dicho deber funcional; es decir, no brindó una información "cierta" sobre el paradero del agraviado, toda vez que hasta la fecha se desconoce el paradero del agraviado XXXX y figura como "Desaparecido", siendo la última vez que fue visto con vida por sus familiares al momento de su detención por parte de los efectivos militares del Batallón Contrasubversivo "Los Cabitos N° 51 Huanta", esto es bajo su custodia y posición de garante; por tanto, le es exigible la carga de dar una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y/o paradero a la presunta víctima.

1.2.2. Sobre las circunstancias precedentes que el agraviado XXXX de treinta años de edad, agricultor, que el día 25 de enero de 1990, luego de realizar sus actividades agrícolas durante el día en su chacra ubicada en el anexo o pago de Paquecc, se dirigió a su domicilio ubicado en el Jr. Tupac Amaru S/N del barrio La Alameda de Huanta donde se encontraba pernoctando junto a su conviviente Olga Chacón Pérez y sus menores hijos Walter Rodolfo Gutiérrez Gavilán y Eder William Gutiérrez Chacón durante la noche. Se tiene sobre las circunstancias concomitantes que, aproximadamente a las 23:00 horas del día 25 de enero de 1990, un grupo de militares del cuartel de Castropampa, debidamente uniformados y con armas de largo alcance incursionó violentamente en la Quinta ubicada en el Jr. Tupac Amaru S/N del Barrio de la Alameda de la ciudad de Huanta, ingresando a la habitación donde pernoctaba XXXX en compañía de su conviviente y sus menores hijos; es así que, la víctima XXXX entre insultos, amenazas y golpes fue detenido, maniatado y conducido en un vehículo militar directamente al Cuartel de Castropampa, donde su conviviente e hijos fueron encerrados en su propia habitación con seguro externo (cables en el picaporte) a fin de evitar sus reclamos y que los sigan. Ante los gritos de auxilio de Olga Chacón Pérez, su vecino Dionisio Favio Sayas Carpio acudió a liberarla y, una vez fuera, fue a comunicar inmediatamente lo sucedido a Juana Francisca Quintero Cárdenas (madre del agraviado) y esta a su vez comunicó el hecho a Alejandro Quintero Cavalcanti (padre del agraviado), sin poder hacer ninguna gestión por la oscuridad de la noche. Al día siguiente, el padre del agraviado, Víctor Gutiérrez Rondinel, acompañado de su nieto, hijo del detenido, se constituyó en el Cuartel de Castropampa, donde los militares a priori le negaron la detención del agraviado.

1.2.3. Por su parte, Francisca Quintero Cárdenas, interpuso una denuncia ante la Fiscalía Provincial de Huanta, la misma que solicitó información al Jefe del Cuartel de Castropampa, logrando obtener respuesta mediante Oficio N° 12B/03.02.07, del 30 de enero de 1990, reconociendo haber detenido al agraviado con fines de investigación y que lo pondrá a disposición de las autoridades correspondientes o en libertad, de acuerdo a los resultados. Dicho documento aparece firmado por el jefe

[2] R.N. N° 1493-2014 Lima. Fundamento Octavo. "(..) (iv) (La desaparición forzada) es un delito permanente en tanto el destino de las personas desaparecidas no haya sido esclarecida, independientemente de si el autor continúa o no en dominio voluntario del hecho – el pase al retiro o cambio de colocación es indiferente a este respecto-."

de la Base Militar de Castropampa, Cesar Robles Bardales, seudónimo de XXXX.

1.2.4. El 04 de febrero de 1990, en los Bajíos de Huanta, una patrulla militar sufrió un atentado terrorista donde fallecieron varios efectivos militares. Al no aparecer el agraviado, sus familiares nuevamente insistieron ante la Fiscalía para que interceda ante el jefe de la Base Militar de Castropampa, obteniendo respuesta mediante Oficio N° 19B/03.02.07 del 09 de febrero de 1990, con el tenor de que el agraviado XXXX había sido puesto en libertad. El oficio aparece firmado por el nuevo jefe de la Base Militar de Castropampa, Alfonso Hurtado Robles, seudónimo de Modesto Barrantes Limo, absuelto por el delito de Desaparición Forzada en agravio de XXXX mediante sentencia de la Sala Penal Nacional de fecha 14 de setiembre de 2015. Pese al transcurso del tiempo, el agraviado no regresó a su domicilio y en la actualidad se encuentra desaparecido.

2. Preguntas propuestas para resolver la controversia judicial (*QUESTION*)

2.1. ¿Tiene el peticionante general del Ejército Peruano en situación de retiro XXXX, derecho a solicitar el sobreseimiento por la prescripción de la acción penal según a la Ley N.°32,107, por los hechos imputados de desaparición forzada del ciudadano XXXX que data de su detención el 25 de enero del 1990?

2.2. De ser así, ¿La ley N.°32,107 es compatible con los estándares internacionales de los Derechos Humanos y el S*tare decisis* de la jurisprudencia del caso Barrios Altos vs. Perú?

2.3. De acuerdo a esta línea interpretativa, ¿Cuál es la solución que ofrece la Constitución Política de 1993?

II. REGLA, ley y jurisprudencia, (*RULE*)
PRECEPTOS Y JURISPRUDENCIA
1. Normativa.

- Constitución Política del Perú: artículos 3, 44, 51, 55, 102.6, 139 (incisos 3, 5 y 8), IV disposición final y transitoria.
- Convención Americana de Derechos Humanos: artículos 1.1, 8.1 y 25.
- Código Procesal Penal: artículo 6.1.d.
- Ley N° 32,419: artículo 2 (sometida a control de constitucionalidad y convencionalidad)

2. Jurisprudencia de tribunales internacionales.

- Caso Barrios Altos v. Perú. Sentencia de la Corte IDH del 14 de marzo de 2001.
- Caso Almonacid Arellano v. Chile. Sentencia de la Corte IDH del 26 de setiembre de 2006.

3. Jurisprudencia comparada.

- *Guillermo Marbury v. James Madison* 5 U.S. 137, 18031, secretario de los Estados Unidos de Norteamérica, resuelto el 24 de febrero de 1803 por la Corte Suprema de Estados Unidos.
- *Caso Trump v. United States* 603 U.S. 3-939, resuelto el 1 de julio de 2024 por la Corte Suprema de Estados Unidos.
- *Caso Riggs v. Palmer* 115 NY 506, resuelto en 1889 ante el Tribunal de Apelaciones de New York en los Estados Unidos.
- *Caso Henningsen v. Bloomfield Motors*, Inc. 32 NJ 358, resuelto el 9 de mayo de 1960 ante la Corte Suprema de Nueva Jersey.
- *Cooper v. Aaron* del año 1958, que resumidamente señaló "que la Constitución es la ley suprema y la interpretación de la Corte Suprema es obligatoria para todos los Estados.
- *Martín v. Hunter´s Lessee* del año 1816, que reconoce la facultad de la Corte Suprema para revisar decisiones de tribunales estatales en materia federal.
- *United States v. Nixon* del año 1974, que reafirma que ni el presidente está por encima de la revisión judicial.

4. Jurisprudencia nacional.

- Caso Inversiones La Carreta S.A. v. Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, STC N° 763-2005-PA/TC, resuelto por el Tribunal Constitucional el 13 de abril de 2005.

III. Análisis (*ANALISIS*)

1. El primer objeto de investigación es: *¿Tiene el peticionante* XXXX *derecho a solicitar prescripción de la acción penal, según la Ley N.°32,107, por los hechos imputados de desaparición forzada del ciudadano* XXXX *que data desde su detención el 25 de enero del 1990?*

La respuesta es que si, y sustentado en esta ley, promulgada por insistencia Eduardo Salhuana Cavides presidente del Congreso de la República y Carmen Patricia Juárez Gallegos, primera vicepresidenta del Congreso de la República, publicado el 9 de agosto del 2024, con el siguiente contenido:

> **Artículo 4. Prescripción y nulidad**
> Los delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor para el Perú del Estatuto de Roma, y de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de

los Crímenes de Lesa Humanidad, según lo dispuesto en los artículos 2 y 3, prescriben en los plazos establecidos en la ley nacional.
La inobservancia de las disposiciones contenidas en la presente ley constituye una vulneración del principio de legalidad y de las garantías del debido proceso; siendo nula e inexigible en sede administrativa o judicial toda sanción impuesta.

Artículo 5. Irretroactividad de los delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra
Nadie será procesado, condenado ni sancionado por delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra, por hechos cometidos con anterioridad al 1 de julio de 2002, bajo sanción de nulidad y responsabilidad funcional. Ningún hecho anterior a dicha fecha puede ser calificado como delito de lesa humanidad o crímenes de guerra.

En esta medida, con la sola invocación de la ley no resulta ser suficiente, pues debe analizarse a la propia Constitución de 1993 y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como *Stare Decisis* vinculante en materia de derechos humanos.

2. En segundo lugar: de ser así, *¿La ley N.°32,107 es compatible con los estándares internacionales de los Derechos Humanos y el Stare decisis de la jurisprudencia de los casos Barrios Altos vs. Perú y la Cantuta vs. Perú?*
2.1. Se inicia manifestando que basado en la presunción de la Constitucionalidad de la Ley N.°32,107, las leyes se presumen válidas, y es la parte impugnante (en este caso la Fiscalía) quien ha impugnado a través de argumentación a suerte de carga de la prueba la inconstitucionalidad de la Ley, aunque se desarrolle para este caso el control judicial de constitucionalidad, no se debe olvidar que esencialmente el control difuso -herramienta aplicable en el sistema de derecho comparado es el corazón del sistema de revisión judicial con la siguiente fraseología " *Every court, in every case, has both the duty and the power to refuse to enforce a statute that conflics with the Constitution*", "Todo tribunal, en todos los casos, tiene tanto el deber como el poder de negarse a aplicar una ley que entre en conflicto con la Constitución", aunque para responder tal inconstitucionalidad debe previamente verificarse que manifestaron los órganos de cierre como el Tribunal Constitucional peruano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad.

2.2. El Tribunal Constitucional al abordar el asunto de la imprescriptibilidad en delitos de lesa humanidad, señaló en el expediente N.°00465-2019-PHC/TC de fecha 17 de junio del 2021, reiterando los fundamentos de la sentencia del expediente 24-2010-PI, fundamento jurídico 22, que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y el mandato de persecución con prescindencia de la fecha en que aquellos se hubieran cometido, no tiene vigencia en el ordenamiento peruano como consecuencia en la entrada en vigor de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, sino en virtud a una

norma imperativa del derecho internacional general, para luego referir que no resulta contrario al principio de legalidad el calificar como crimen de lesa humanidad hechos cometidos antes que la ley nacional los haya calificado como tales.

2.3. El presente caso, la acusación contra el Gral. Ejército peruano en situación de retiro XXXX, no cabe dudas que nos encontramos ante un caso desaparición forzada de personas como delito de lesa humanidad, previsto en el primer párrafo del artículo 320 del Código Penal, en agravio de Jorge Gutiérrez Quintero; hechos se producen en un contexto por el grado jerárquico dentro de la cadena de mando, tenía conocimiento de las acciones desplegadas por los Jefes de Batallones Contrasubversivas, de forma diaria, tales como el Batallón Contrasubversivo "Los Cabitos N° 51 - Huanta" o también denominado "Cuartel de Castropampa" a cargo del Comandante de Unidad y Jefe del Batallón (en la fecha de los hechos), Teniente Coronel del Ejército Peruano XXXX; siendo así, al tomar conocimiento *de la detención y traslado del agraviado Jorge Gutiérrez Quintero a las instalaciones del Batallón Contrasubversivo "Cabitos N° 51" – Huanta ", la noche del 25 de enero de 1990, por una "patrulla" de efectivos militares del Batallón Contrasubversivo "Los Cabitos N° 51 - Huanta, por presuntamente SER sospechoso de pertenecer, simpatizar y/o colaborar con la organización terrorista PCP "Sendero Luminoso"*, tenía la obligación y deber de informar sobre su destino, empero, conforme obra en el Oficio N.º 141/ K3/2da DI/21.01, de fecha 07 de marzo de 1990, no cumplió con dicho deber funcional en el eslabón jerárquico como Jefe Político Militar; es decir, no brindó una información "cierta" sobre el paradero del agraviado, toda vez que hasta la fecha se desconoce el paradero de Jorge Gutiérrez Quintero y figura como "desaparecido", siendo la última vez que fue visto con vida por sus familiares, al momento de su detención por parte de los efectivos militares del Batallón Contrasubversivo "Los Cabitos N° 51 Huanta", esto es bajo custodia y posición de garante del Ejército Peruano

2.4. Es llamativo que el Tribunal Constitucional ha establecido un test de proporcionalidad de la acción penal en la jurisprudencia STC 24-2010-PI, por el que ha mencionado que si bien se sigue fines constitucionalmente legítimos que pueden ser idóneo y necesaria; no obstante, su aplicación para delitos de lesa humanidad, no resulta ponderada pues los beneficios subjetivos favorecidos son sensiblemente menores a los graves perjuicios que ocasiona a las víctimas del delito y a la sociedad en su conjunto, porque vacía de contenido al derecho a la verdad, individual y colectiva, que se erige en el irrespeto por la dignidad humana, ha generado un daño al derecho fundamental a la vida, integridad personal, libertad e igualdad que es

imposible reparación. En el presente caso acusado a Gral. Ejército peruano en situación de retiro XXXX tiene imputación por desaparición forzada con una pena propuesta de 15 años privativa de libertad en contexto de lesa humanidad, lo que para el pronunciamiento del Tribunal Constitucional resulta imprescriptible y es vinculante para este juzgado nacional.

2.5. Como se ha mencionado en otros pronunciamientos por este juzgado, cuando se refiera a leyes como la N.°32,107, en invocación de la obra del juicio al mal absoluto, no sólo son inconstitucionales sino nulas, porque de acuerdo a las reglas del derecho consuetudinario del derecho internacional de delitos de "lesa humanidad" o "contra la humanidad", deben ser siempre castigados, y nada puede oponerse a ellos, *ni la prescripción, ni el perdón, ni ninguna clase de amnistía*"[3], ahora la entidad del delito en el que se encuentra acusado XXXX, es de desaparición forzada en agravio de Jorge Gutiérrez Quintero, siendo la última vez que fue visto con vida por sus familiares, es al momento de su detención por parte de los efectivos militares del Batallón Contrasubversivo "Los Cabitos N° 51 Huanta", esto es bajo custodia y posición de garante del Ejército Peruano; entonces al aludir a la desaparición forzada como se establece en el artículo 17.1 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas que establece que consiste en "todo acto de desaparición forzada será **considerado un delito permanente, mientras los autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos**", entonces dicho de modo llano, al tratarse de un delito permanente no es posible estimar una prescripción de la acción penal.

2.6. Continuando con este análisis de los hechos atribuidos a XXXX por el delito desaparición forzada, debe tenerse en cuenta que ya existe pronunciamiento vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos v. Perú y Almonacid Arellano v. Chile, que coinciden en manifestar que "la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad" se sustentan por los principios de Nuremberg, pues se trata de una norma Ius cogens que tiene carácter imperativo, no resistiría un argumento banal desde un plazo razonable aunque esta pueda ser discutible, y en su caso los pensadores de la vigente ley N.°32,107, al momento de legislar no pueden contravenir a la propia Constitución que aborda los tratados internacionales de derechos humanos.

[3] SANTIAGO NINO, Carlos. Juicio al mal absoluto, Siglo 21 editores, 2015, p.32.

2.7. Otro aspecto a considerar relevante es que las normas de *ius cogens* son vinculantes para nuestro país, pues se ha escrito más de una vez que al estar suscritos a la Convención de Viena del que Perú forma parte, estamos obligados a cumplirlo más cuando se trata de derechos humanos, y como lo permite entender el artículo 26 de la Convención de Viena sustentado en el *pacta sunt servanda* todo tratado obliga a las partes y debe ser cumplido por una de ellas de buena fe; aunque es más claro el mensaje que se envía el artículo 27 de la Convención de Viena, al momento de abordar como la presente ley N.°32,107, que "El derecho interno y la observancia de los tratados, cuando menciona una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Al respecto, no solo en el caso concreto de un delito atribuido a un funcionario público de lesa humanidad ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional, sino por el Derecho Internacional y por el *Stare decisis* de la Corte Interamericana de derechos Humanos.

2.8. Se insiste en mencionar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos tiene que ser abordada como una máxima como lo refiere Ronald Dworkin cuando hizo alusión a los casos del *common law*, como son *Riggs v. Palmer* y *Henmingsen v. Bloomfield*, donde se dijo al hablar de principios que los jueces buscan más allá de las normas que debe aplicar (o sea, más allá del derecho positivo), principios extrajurídicos que es libre de observar si se le parece oportuno[4], y basada en la jerarquía normativa, como se mencionó en la jurisprudencia del caso *Guillermo Marbury v. James Madison 5 US 137, 1803*[5], secretario de los Estados Unidos de Norteamérica, "no simplemente se constituiría – en alusión a la Constitución, como la Ley Suprema, **sino que sirve para establecer cuales otras leyes de menor jerarquía son obligatorias para los jueces**[6], en este sentido, el juez penal debe preferir a la Constitución cuando la ley se oponga en referencia a la Ley 32,107.

2.9. Es posible que otra vez, retornando a las fuentes del *judicial review*, se haga alusión al caso emblemático, se defienda la Constitución hasta la espera de la agonía de una sentencia final -como se ha expuesto por algunos tribunales- porque la Constitución no puede esperar pasiblemente su captura cuando mantiene unido a todo el sistema jurídico activo o vivo del ordenamiento jurídico, pues el caso

[4] DWORKIN, Ronald, La filosofía del derecho, Fondo Cultural económica, segunda, México DC, edición 2014, p. 130.

[6] SANTIGO NINO, Carlos. Fundamentos de Derecho Constitucional, análisis filosófico, jurídico, politológico de la Práctica constitucional, Editorial Astrea 1993, pág.23.

Marbury 5 US 137, 1803 hasta el case Donald Trump v. United States, impone que la Constitución está por encima de la Ley, con un categórico que los jueces no *deben cerrar los ojos ante la Constitución y ver sólo la ley, con la siguiente fraseología:*

> *"So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.*
> *If then the courts are to regard the constitution; and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.*
> *Those then who controvert the principle that the constitution is to be considered, in court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the constitution, and see only the law.*
>
> *"Sí pues, si una ley se opone a la constitución; si tanto la ley como la constitución se aplican a un caso particular, de modo que el tribunal debe decidir dicho caso conforme a la ley, ignorando la constitución; o conforme a la constitución, ignorando la ley; el tribunal debe determinar cuál de estas normas en conflicto rige el caso. Esto es esencial para el deber judicial.*
> *Si, entonces, los tribunales han de tener en cuenta la constitución, y la constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la constitución, y no ese acto ordinario, debe regir el caso al que ambas se aplican.*
> *Aquellos,* ***entonces, que cuestionan el principio de que la Constitución debe ser considerada, ante los tribunales, como ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos ante la Constitución y ver sólo la ley****".*

2.10. Algunas líneas adicionales son necesarias para el caso, en la *judicial review o control difuso de constitucionalidad*, pues se aplica a un caso en concreto referido al fáctico que se centra en un delito de carácter permanente de desaparición forzada que se acusa a XXXX que mantiene sus
específico contexto en su presunta comisión; esto teniendo en cuenta que en el control concentrado, aún no se tiene respuesta por el Tribunal Constitucional, sin dejar de lado que el precedente del judicial review nace del precedente *Marbury v. Madison* de 1803 y que su esencia requiere un litigio real -*case or controversy* que vincula a las partes del caso.

2.11. Se ha tenido en cuenta lo planteado por la fiscalía que la presente ley N.°32,107 viola a la Constitución de 1993, claro está con la posibilidad de revisión de una instancia superior, tal es así que en la legislación comparada se tiene algunos casos a considerar además de *Marbury v. Madison*, como *Cooper v. Aaron* (1958) que resumidamente señaló "que la Constitución es la ley suprema y la interpretación de la Corte Suprema es obligatoria para todos los Estados; el caso *Martín v. Hunter´s Lessee* (1816) que reconoce la facultad de la Corte Suprema para revisar decisiones de tribunales estatales en materia federal y *United States v. Nixon* (1974) que reafirma que ni el presidente está por encima de la revisión judicial.

2.12. En cuanto a los criterios para inaplicar una Ley por control difuso, se justifican según al caso en concreto, como se expone:

2.12.1. ***Fundamentación de incompatibilidad constitucional concreta***: al respecto ha sido identificado la cuestionada Ley N.°32,107 defendida a ultranza por el plazo razonable, es incompatible con la obligatoriedad de la persecución penal pública prevista en el artículo 159, inciso 5 de la Constitución Política, así como la tutela jurisdiccional efectiva [que según el FJ 6 del Exp.N°763-2005-PA del Tribunal Constitucional establece "En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido"

Se concluye que el proceso penal, habilita según el ordenamiento en los supuestos establecidos que se garantice, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia como una manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva del artículo 139, inciso 3 de la carta magna, como al derecho a la verdad resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos v. Perú del 2001, que señala que las leyes de amnistía es incompatible para hacer efectivo los derechos de los artículo 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, más cuando nos encontramos de modo inexpugnable ante normas *ius cogens*.

2.12.2. ***Juicio de relevancia***: Al respecto la vigencia de la Ley N.°32,107, para el presente caso, no es fáctica y jurídicamente aplicable para los casos que comprenda delitos de lesa humanidad como desaparición forzada aplicable al caso en concreto, pues contraviene al *Stare decisis* de la jurisprudencia del caso Barrios Altos v. Perú.

2.12.3. ***Examen de convencionalidad***: Debe tenerse en cuenta que la Ley N.°32,107, es incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana; que del primero se constituye como un integrante del bloque de constitucionalidad, que sustentado en la jurisprudencia del caso "Barrios Altos" vs Perú, sentencia del 14 de marzo del 2001, se desarrolle por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo el acceso a la justicia, sino a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución, cuando señala "*leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes fueran oídas por un juez, conforme lo señalado en el artículo 8.1 y 25 de la Convención, así como investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención*".

2.12.4. ***Presunción de constitucionalidad:*** Al respecto la Ley N.°32,107, no ha sido hasta el momento resuelto en un proceso de inconstitucionalidad por el Tribunal

Constitucional, o dicho en otras palabras no se ha confirmado la constitucionalidad de la norma jurídica cuestionada, lo que habilita que el suscrito a través de este Juzgado Nacional ejerza la potestad del *judicial review*.

2.12.5 ***Interpretación conforme***: Considerando los alcances de los instrumentos supranacionales antes citados de los que el Perú es parte, que se basan en la tutela jurisdiccional efectiva al agraviado, resulta insalvable la Ley N.°32,107, entendiendo que comprende en su artículo 4 y 5, la prescripción de la acción penal ante graves violaciones de derechos humanos, que no es compatible con la Constitución Política los artículos 159, inciso 5 y 139, inciso 3, y 44 y Cuarta disposición final y transitoria, ni con el Derecho internacional de los Derechos Humanos; esto, porque no es justificable que el interés de la Sociedad este inclinado a la presencia de delitos impunes con el solo respaldo del plazo razonable con limitación a los órganos encargados de esa tarea de persecución que no es posible concebirse en un Estado Constitucional de Derecho, donde no puede relegarse el interés social en la persecución de los delitos que tienen una mayor connotación en los bienes jurídicos tutelados, pues nos encontramos ante un respaldo de *normas ius cogens*, sin olvidar al artículo 27 de la Convención de Viena.

IV. DECISIÓN

Con las facultades que establece la Constitución Política del Estado, Código Procesal Penal y con los alcances interpretativos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos por la Corte IDH y la jurisprudencia vinculante en el caso Barrios Altos v. Perú y la Cantuta v. Perú, resuelve:

1. **INAPLICAR** a través de la potestad constitucional el control difuso el artículo 4 y 5 de la Ley 32,107, Ley que precisa la aplicación y los alcances del delito de lesa humanidad y crímenes de guerra en la legislación peruana, en aplicación del artículo 138 de la Constitución Política.

2. **INFUNDADO** la petición del general del Ejército Peruano en situación de retiro XXXX de sobreseer el proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito de desaparición forzada de personas (delito de lesa humanidad), en agravio de Jorge Gutiérrez Quintero.

3. Notifíquese a las partes en el modo y forma de Ley.