

PROYECTO ANTICORRUPCIÓN



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Febrero de 2014

Boletín N° 34



PROYECTO ANTICORRUPCIÓN



CONTENIDO

PRESENTACIÓN

Sobre la objetividad de nuestros operadores jurídicos.

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Aproximación a la naturaleza jurídica de la investigación preliminar: Caso “Narcoindultos”

INTERNACIONAL

Porque no sólo pasa en el Perú.

Sobre la objetividad de nuestros operadores jurídicos

Por ERICK GUIMARAY
Coordinador del área
penal del IDEHPUCP

En los últimos días, cierto sector de la prensa ha puesto en discusión algunos vaticinios acerca de futuras consecuencias judiciales relacionadas con una de las sentencias más importantes de nuestra judicatura que declaró culpable al ex presidente de la república

Alberto Fujimori por la comisión, en autoría mediata por dominio de organización, de una serie de hechos atroces, calificados por el ordenamiento jurídico nacional e internacional como “delitos de lesa humanidad”. Del mismo modo, hace algunas semanas se emitió la resolución fiscal que niega el inicio de las investigaciones preliminares por hechos denunciados por el exprocurador Julio Arbizu contra el expresidente Alan García por la presunta ilegal dación de indultos a favor de personas sentenciadas por el delito de tráfico de drogas. Por último, no es novedad la ola de conjeturas y opiniones sobre el permiso de salida que autoridades del INPE otorgasen al hermano del Presidente de la República para realizar una gestión financiera personal.

Cada uno de los supuestos nombrados, como todo en Derecho, solo pueden solventarse a través de un estudio serio y de una argumentación razonable acerca de la aplicación legal pertinente. Sin embargo, al margen del debate técnico, el trasfondo socio-jurídico de los hechos tiene que ver con el grado de objetividad o independencia de nuestros operadores de justicia a la hora de realizar sus funciones.

Con relación a los jueces, la Constitución Política del Perú estipula en su art. 39 que todos los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la Nación. Entiéndase por nación al poder constituyente dentro de un Estado de derecho, es decir, a la sociedad en su conjunto. Ahora bien, partiendo de que los funcionarios públicos son los agentes mediante los cuales el Estado realiza sus funciones, es necesario recordar que una de ellas es promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (art. 44 Const.) y que además, la potestad de administrar justicia que emana del pueblo recae sobre el Poder Judicial (art. 138 Const.). Sin embargo, las decisiones independientes no necesariamente son objetivas. El art. 139.5 de nuestra norma fundamental indica que la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias es un principio fundamental de la función jurisdiccional. Dicho de otro modo y sobre lo que ahora importa, siendo que solo es posible administrar justicia en base a Derecho, cualquier decisión que



pueda reputarse como justa tendrá que haberse tomado en base a los criterios de objetividad que describen a la Administración de Justicia. Y es que en buena cuenta, como diría el magistrado español Carlos Pérez del Valle, los tribunales se constituyen como el centro del sistema jurídico.

Existen múltiples variables fundamentales que pueden poner en riesgo la estricta independencia judicial, factores que no necesariamente inciden en la libre conciencia del juzgador, sino que se trata de elementos externos que el juez debe sopesar. Por ejemplo, presiones políticas, mediáticas e incluso la propia tendencia jurisprudencial de sus colegas o su vinculación partidaria. Sobre este último punto, no le es ajeno al mundo del Derecho el que se proclame abiertamente la vinculación política de un operador jurídico (en los Estados Unidos por ejemplo). Y esto es así porque cada juez tiene su propia personalidad y convicciones personales, las mismas que en virtud de un derecho constitucional le permite adherirse a determinado partido político. Sin embargo, es necesario separar los roles en sociedad. Cuando se trate de la función pública, no serán las razones personales como sí las razones basadas en el interés general y sujeción normativa las que determinen una u otra decisión judicial. Con esto no se intenta decir que el juez penal ha de actuar en un sistema computarizado y automático, sino que sus decisiones jurisdiccionales deben considerarse decisiones en derecho. Con lo cual, lejos de despojarle de las razones personales que lo llevaron a vincularse con determinada ideología política, se trata de evitar que aquellas sean el único sustento del ejercicio de su función jurisdiccional. En definitiva, no es un militante partidario quien falla, sino un juez penal.

El mismo razonamiento que acaba de esgrimirse sirve para los operadores jurídicos del Ministerio Público, quienes si bien es cierto no administran justicia, dentro de sus deberes está el velar por su recta administración, a través de, principalmente, la defensa de la legalidad (art. 1 Ley Orgánica del Ministerio Público). Lo cual les obliga a actuar con la mayor objetividad e imparcialidad en la persecución del delito, sin que sobre ello tenga que sopesarse ningún argumento particular salvo la búsqueda del interés social de justicia.

De otro lado, respecto de los funcionarios de un establecimiento penitenciario, es necesario recordar que la sanción penal no solo versa sobre su imposición, sino además, sobre su correcta ejecución, actividad que al igual que todas las aquí nombradas tiene una finalidad pública: asegurar el cumplimiento de la pena en los términos dictados por el juez y de acuerdo a la normativa pertinente de ejecución penal. Otra vez, sin desconocer el sentido común y razonabilidad de las autoridades encargadas de estas instituciones, la objetividad de su función no puede tergiversarse por simpatías políticas que, como se sugiere, solo tienen cabida en el fuero interno de cada persona, pero no pueden ser razón del ejercicio de una función pública.

Si toda decisión de nuestros operadores jurídicos ha de ser objetiva e imparcial, en los términos que la función pública lo demanda, es porque se requiere que la gestión estatal global sea acorde a Derecho. De lo contrario, nos encontraremos ante un supuesto de defraudación funcional, escenario de amplia regulación penal, con todas las consecuencias jurídicas que ello supone.

Casos como los que se mencionaron al inicio de estas líneas, como muchos otros, permiten abrir el debate acerca de la independencia y objetividad con la que deben actuar nuestras principales autoridades, máxime si se trata de actuaciones que deberían componer la estructura democrática y justa de nuestra sociedad.

Aproximación a la naturaleza jurídica de la investigación preliminar:

Caso “Narcoindultos”



Por **DAVID TORRES PACHAS**
YVANA NOVOA CURICH
JULIO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ
 Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

I. Introducción

Conforme al artículo 1 de la ley 27399,

“el Fiscal de la Nación puede realizar investigaciones preliminares al procedimiento de acusación constitucional por la presunta comisión de delitos de función atribuidos a funcionarios del Estado comprendidos en el Artículo 99 de la Constitución (...)”.

Es decir que, de acuerdo a ley, las atribuciones de investigación del Ministerio Público pueden alcanzar, entre otros funcionarios, al Presidente de la República, los Congresistas y Ministros de Estado, así como a los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, etc., hasta por un periodo de cinco años con posterioridad al ejercicio de sus funciones.

Sin embargo,

“(...) para dar inicio formal a dichos actos de indagación en sede fiscal, resulta necesaria la existencia de elementos incriminatorios mínimos que sirvan de base para la puesta en marcha del aparato fiscal, es decir, debe verificarse en la noticia criminal, la presencia de al menos, datos indiciarios que permitan forjar una hipótesis de comportamiento criminal que vincule a un autor con la realización de un presunto hecho punible”¹¹.

Pero, ¿qué elementos son necesarios para alcanzar un grado mínimo de convicción? ¿En qué radica la base

¹¹ Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 165-2011 del 20 de setiembre de 2011.

objetiva de aquellos elementos incriminatorios que permitirá el inicio de una investigación fiscal?

La necesidad de reflexionar sobre este tema en particular se genera a partir del reciente rechazo que la Fiscalía de la Nación realizó respecto de la denuncia planteada por el exprocurador Julio Arbizu en contra del expresidente de la República Alan García Pérez². En dicha denuncia se afirma que García habría cometido los delitos de asociación ilícita para delinquir (artículo 317 CP) y cohecho pasivo propio (artículo 393 CP) en el marco del otorgamiento de conmutaciones realizadas durante su gestión. Debemos recordar que dicho caso es investigado actualmente por la Fiscalía de la Nación con respecto al exministro de Justicia Aurelio Pastor Valdivieso, por lo que se solicitaba la inclusión de García en las investigaciones.

Según Arbizu, Alan García sería parte de una organización criminal, la cual estaría integrada además por Aurelio Pastor, entonces Ministro de Justicia, y Miguel Facundo Chinguel, expresidente de la Comisión de Gracias Presidenciales. El exprocurador público anticorrupción denunció que García, aprovechando su cargo como Presidente de la República, habría creado el contexto y condiciones adecuados para la comisión del delito de cohecho pasivo propio, al haberse solicitado ciertas sumas de dinero a cambio del otorgamiento de conmutaciones.

La denuncia se basa principalmente en dos hechos: i) el informe 02-2013/FSEDCF elaborado por el Fiscal Provincial Titular de la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Walther Javier Delgado Tovar (que describiría la relevancia penal de ciertas anotaciones que corresponderían a Alan García sobre la lista de reclusos beneficiados con las conmutaciones) y, ii) el rechazo de una eventual política de deshacinamiento durante la gestión de García³[4].

A pesar de que el exprocurador incluyó documentación que brindaba algunos elementos adicionales a

tomar en cuenta⁵, la Fiscalía de la Nación decidió declarar improcedente el pedido, pues

“(...) no se observa ningún elemento indiciario o dato objetivo, (...) que permita verificar con un cierto grado de razonabilidad la presunta comisión de los delitos de Asociación ilícita para delinquir y cohecho pasivo propio que se le imputan”⁶.

Cabe mencionar que no es la primera vez que dicha institución desestima in limine una denuncia, argumentando la falta de indicios suficientes ante la posible comisión de actos de corrupción. Así pues, este argumento se utilizó para rechazar casos como la investigación por el delito de enriquecimiento ilícito al exministro de Salud, Hernán Garrido Lecca (Resolución N° 053-2010); la existencia de ciertas irregularidades en adjudicaciones de menor cuantía en el Ministerio de Salud (Resolución N° 148-2007) o el caso de las gestiones que habría realizado Rómulo León Alegría para apoyar el nombramiento del Jefe del Departamento Legal del Banco de la Nación (Resolución 109-2011).

Tomando en cuenta que la formalización de la investigación y posterior enjuiciamiento de los eventuales autores y cómplices de delitos depende exclusivamente del correcto y adecuado trabajo del Ministerio Público, en las líneas que siguen se realizará un análisis crítico del dictamen fiscal que rechazó la inclusión de Alan García en la investigación por el otorgamiento de conmutaciones. Se analizarán los aspectos básicos de toda investigación preliminar, destacando su importancia, para luego presentar algunos criterios que permitan identificar cuándo podría rechazarse o no una denuncia.

2 Dictamen N° 37645-2013 del 6 de enero de 2014.

3 El expresidente Alan García había sostenido tal argumento en los medios de prensa: “García justificó gracias presidenciales: “Fueron parte de una política de deshacinamiento de penales””. El Comercio. Lima, 06 de abril de 2013. Consulta: 17 de febrero de 2014. <http://bit.ly/1jTB6L4>

4 Según el exprocurador, muchos de los beneficiados ya contaban con semilibertad y libertad condicional.

5 Por ejemplo, la copia del informe estadístico del Consejo Nacional Penitenciario (que acreditaría que no existió realmente una política de deshacinamiento, tal y como lo indicaba Alan García), copia del Informe Defensorial N° 154-2011/DP (sobre el sistema nacional penitenciario), la copia del Informe N° 02-2013/FSEDCF elaborado por el Fiscal Provincial Titular, Walther Delgado Tovar, entre otros documentos.

6 Dictamen N° 37645-2013. Fundamento N° 11.

II. Aspectos básicos e importancia de la resolución de la Fiscalía de la Nación

Como ya fue mencionado, el 06 de enero de 2014 la Fiscalía de la Nación emitió la Resolución con Registro N° 37645-2013 en la cual declaró improcedente la solicitud de ampliación de diligencias formulada por el procurador público Julio Arbizu González contra el expresidente de la República, Alan García Pérez, por la presunta comisión del delito de asociación ilícita para delinquir y del delito de cohecho pasivo propio, en agravio de la sociedad y del Estado. Estos delitos se habrían cometido en el marco del cuestionado otorgamiento de los llamados “narcoindultos” por parte del expresidente García. La presente resolución contiene algunas afirmaciones en su fundamentación que vale la pena analizar y comentar.

En primer lugar, la Fiscalía de la Nación señala que

“analizados los fundamentos del recurso y los anexos que se acompañan, no se observa ningún otro elemento indiciario o dato objetivo, además de dichas anotaciones, que permita verificar con un cierto grado de razonabilidad la presunta comisión de los delitos de asociación ilícita para delinquir y cohecho pasivo propio que se le imputan [a Alan García].”

En este punto, consideramos que la Fiscalía de la Nación incurre en una contradicción. Y es que, justamente, para poder encontrar más indicios o datos objetivos que permitan sospechar razonablemente sobre la presunta comisión de un delito es necesario iniciar diligencias preliminares, de lo contrario, en ningún caso podrán hallarse indicios. Dicho de otro modo, bajo el argumento de la Fiscalía, el inicio de diligencias preliminares no debería proceder en ningún caso.

Asimismo, la Fiscalía de la Nación indicó que el Procurador Público ha basado sus argumentaciones en inferencias, no obstante, la Fiscalía no ha encontrado elementos probatorios mínimos que permitan corroborar dichas inferencias. Aquí consideramos de suma importancia aclarar que el construir inferencias sobre la base de ciertos elementos indiciarios para solicitar el inicio de diligencias preliminares no vulnera garantías del debido proceso ni se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico. Es decir, el inicio de las diligencias preliminares no constituye, ni por asomo, un juzgamiento penal o una condena ni mucho menos una investigación preparatoria. Por el contrario, la etapa de diligencias preliminares, por su naturaleza,



busca recabar mayores indicios para poder determinar si se formaliza la etapa de investigación preparatoria. Para poder dar inicio a las diligencias preliminares es natural que lo que se tenga de manera inicial sean inferencias construidas sobre algunos elementos indiciarios. La Fiscalía de la Nación, en la presente resolución, enumera los indicios presentados por la Procuraduría y que vincularían a Alan García en el caso “narcoindultos”.

No obstante, para la Fiscalía dichos indicios no son suficientes. Parecería entonces que la Fiscalía estaría buscando pruebas fehacientes para iniciar la etapa de diligencias y, en este sentido, estaría confundiendo la etapa de diligencias preliminares con la etapa de investigación preparatoria y hasta con la de juicio oral.

Adicionalmente, la Fiscalía ha señalado lo siguiente:

“Antes bien, el Procurador Público señala que “hasta el momento no se ha logrado acreditar objetivamente si parte del dinero obtenido ilícitamente por las irregulares concesiones de conmutaciones de pena e indultos habría ido a parar al patrimonio de García Pérez o al de un tercero (...), por el contrario, que existirían posibles indicios demostrativos de infracción constitucional (...), empero, dicha imputación no corresponde ser conocida por este Despacho, sino al Congreso de la República (...)”. [El subrayado es nuestro]

Como se puede apreciar, la Fiscalía estaría señalando que los elementos que han llevado a pensar que Alan García ha cometido infracciones constitucionales deben ser analizados en la vía parlamentaria. Es decir, la Fiscalía está reconociendo tácitamente que existirían elementos indiciarios para sospechar que García habría cometido actos ilícitos que, por lo menos, configurarían infracciones a la Constitución.

Con este razonamiento, la Fiscalía incurre nuevamente en una contradicción, ya que en los párrafos anteriores de su resolución concluyó que no encontraba indicios suficientes para sospechar de actos ilícitos cometidos por García Pérez y, por ello, no había mérito para dar inicio a las diligencias preliminares en su contra. Sin embargo, ahora sí reconoce que existen elementos indiciarios de un ilícito pero el caso debería verse en sede Parlamentaria. Entonces, si la propia Fiscalía está reconociendo la existencia de dichos elementos, no habría razón para no profundizar en las investigaciones penales

dando inicio a las diligencias preliminares en contra de Alan García Pérez.

Y es que investigar preliminarmente el otorgamiento masivo de indultos es de vital importancia por diversas razones. La primera razón, al menos en un caso como el de los “narcoindultos”, es la referida a la amenaza a la independencia del Poder Judicial que supone el otorgar indultos y conmutaciones de pena de manera masiva y discrecional.

Sobre este punto es imperativo recordar que la razón de ser de la división de poderes dentro del aparato estatal es la fiscalización o control que cada poder ejerce sobre los demás con la finalidad de evitar abusos o arbitrariedades. El Tribunal Constitucional, en este sentido, se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0023-2003-AA/TC que la doctrina de la separación de poderes tiene por esencia evitar, entre otros aspectos, que quien ejerza funciones administrativas o legislativas realice la función jurisdiccional, y con ello se desconozcan los derechos y las libertades fundamentales.

17. Asimismo, este Colegiado estableció que “Este principio no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado –checks and balances of powers– y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos”[4], y además que “Dentro del marco del principio de división de poderes se garantiza la independencia y autonomía de los órganos del Estado”, lo que “sin embargo, no significa en modo alguno que dichos órganos actúan de manera aislada y como compartimentos estancos; sino que exige también el control y balance (check and balance) entre los órganos del Estado”[5]. [El subrayado es nuestro]

Adicionalmente, un otorgamiento de indultos y conmutaciones de penas de manera sistemática e indiscriminada transgrede el rol de los jueces de velar por la eficacia de la administración de justicia y la seguridad de los ciudadanos al dejar en libertad a personas que



aún no han culminado con el cumplimiento de la sanción que les corresponde por haber delinquido.

De igual manera se estaría vulnerando el principio de la eficacia preventiva de las penas pues el mensaje que se da a la sociedad con una política sistemática de conmutación de penas e indultos es que una persona condenada por un delito grave como lo es, en este caso, el narcotráfico, puede salir fácilmente de la cárcel gracias a la política de indultos y conmutaciones otorgadas a gran escala y sin una evaluación rigurosa previa.

En otras palabras, procedería iniciar, al menos, diligencias preliminares ante el hallazgo de indicios –aunque no sean muchos- que hagan sospechar de la posibilidad de un ilícito penal. Esto, con mayor razón si el ilícito en cuestión supone consecuencias nocivas no solo para la sociedad, sino para el funcionamiento del aparato estatal como lo sería, en este caso, la invasión del Poder Ejecutivo en la esfera de competencias del Poder Judicial. Esto último, según el Tribunal Constitucional, se encuentra prohibido puesto que el principio de separación de poderes:

“exige que, pese a compartir determinadas funciones, los poderes del Estado u órganos estatales se encuentren prohibidos de desnaturalizar las

competencias de otros poderes u órganos.” [El subrayado es nuestro]

Una segunda razón por la cual se debería dar inicio a diligencias preliminares se encuentra muy ligada a la anterior. Aquella razón consiste en que la prerrogativa de otorgamiento de indultos y conmutación de penas de la cual se encuentra investido el Presidente de la República es un ámbito de poder y, allí donde exista un ámbito de poder público debe, necesariamente, ejercerse control o fiscalización sobre aquel.

De esta manera, no existe algún ámbito de actuación de un funcionario público –como lo es el Presidente– que no sea susceptible de ser controlado o fiscalizado. En este sentido, el otorgamiento de indultos y conmutaciones sin una evaluación rigurosa como la que se requiere cuando, con mayor razón, nos encontramos ante condenados por el delito de narcotráfico, constituye un ámbito de riesgo potencial para diversos bienes jurídicos, por decir lo menos, que amerita ser investigada por los otros poderes del Estado –Legislativo y Judicial–.

Finalmente, a todas estas razones hay que añadirle el hecho de que la prerrogativa presidencial del otorgamiento de indultos y conmutaciones sea, de por sí, ya

criticable pues en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro, dichos ámbitos de discrecionalidad devienen actualmente en inconstitucionales, con mayor razón si se les entiende como ámbitos de poder que no deberían ser controlados de ninguna manera. Si a este razonamiento equivocado se le suma la posibilidad de que dicha prerrogativa pueda ser comprada por sujetos que se encuentran presos, es evidente que el daño a la sociedad y al Estado termina siendo mucho más grave.

III. Sobre el inicio de las diligencias preliminares

Naturaleza y Excepciones

Claus Roxin señala de forma acertada que en la actualidad la investigación que realiza el Ministerio Público se convierte muchas veces en la parte esencial del proceso penal, ello en la medida de que se le otorga al fiscal el poder de decidir sobre el futuro del proceso penal^[7]. En otras palabras, en los procesos penales actuales muchos casos se deciden en la etapa de la investigación fiscal^[8]. Teniendo ello en cuenta, resulta indispensable y urgente sentar las bases que permitan dilucidar cuándo un fiscal está habilitado a negar el inicio de diligencias de preliminares y la investigación.

De acuerdo al fiscal supremo Pablo Sánchez Velarde, la investigación preliminar está compuesta de los pasos iniciales de toda investigación penal y está comprendida por las primeras declaraciones, actuaciones, investigaciones y aseguramiento de los primeros medios de prueba^[9]. La importancia de esta etapa procesal radica, y con ello su *ratio legis*, en conocer toda denuncia con características de delito y así poder conocer su contenido y verosimilitud a través de los actos de investigación preliminar; ello le permitirá al fiscal poder decidir luego si existen elementos probatorios suficientes para continuar con la investigación preparatoria^[10].

Las diligencias preliminares se pueden iniciar de oficio o a través de una denuncia de parte. La denuncia de parte representa la declaración de conocimiento acerca de la noticia de hechos que podrán ser constitutivos de delito^[11]. A partir de la base de lo presentado, el fiscal puede abrir investigación penal e iniciar las diligencias preliminares o, excepcionalmente, denegarla de plano. Ahora bien ¿cuándo se puede rechazar de plano una denuncia de hechos? Nuestro código procesal penal señala que *el fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres del delito*.

A partir de lo dicho por el artículo 329° de nuestro código procesal penal podemos inferir los supuestos bajo los cuales el fiscal se encuentra habilitado a negar el inicio de las diligencias preliminares. Sin embargo, dicho proceso de interpretación requiere tener en cuenta que el fin de las diligencias preliminares radica en que el sistema de justicia conozca toda denuncia con características de delito. En esta línea, resulta lógico y coherente que, en principio y como regla general, las autoridades del Ministerio Público deben investigar y aclarar toda denuncia de hecho^[12]. Entonces, sólo excepcionalmente el fiscal podrá rechazar una denuncia de hechos. A continuación analizaremos las dos excepciones que surgen a partir del artículo 329° del Código procesal penal.

El primer supuesto que permite al fiscal rechazar la denuncia se refiere a un criterio de tipicidad mínima. En esta medida, el fiscal deberá rechazar toda denuncia de hechos que no satisfaga los presupuestos mínimos del contenido de un tipo penal^[13]. Formulada con otras palabras, el fiscal debe estar en la posibilidad de vincular los hechos denunciados con un tipo penal para poder iniciar los actos de investigación penal. Con un ejemplo: el fiscal debe rechazar de plano la denuncia de la sustracción de un borrador, toda vez que dicho comportamiento no calza en ningún tipo penal. La afirmación antes dicha se desprende del artículo 329° del Código procesal penal al momento de señalar que el hecho debe revestir caracteres del delito.

El segundo supuesto que faculta al fiscal a rechazar la denuncia penal se refiere a la sospecha de la comisión

7 ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001. pág. 326.

8 cf. VICTORERO, Sabrina. *La Publicidad, una herramienta fundamental en la lucha contra la corrupción*. En: *Revista Lecciones y Ensayos*, N°80 2010. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2010. pág. 214. En este mismo sentido: SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*. Lima: Idemsa, 2009. pág. 89.

9 cf. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Ibidem*.

10 *Ibidem*. págs. 89-90.

11 *Ibidem*. pág. 61.

12 *Ibidem*. pág. 328.

13 *Ibidem*. pág. 94.

de un hecho delictivo. Sobre este punto, Roxin señala que para iniciar la persecución penal es necesario y suficiente la sospecha inicial simple fundada en la experiencia criminalística^[14]. En este punto es oportuno señalar que, conforme a lo señalado por el magistrado supremo César San Martín, el impulso procesal del fiscal se delimita en tres momentos^[15]:

1. cuando el fiscal toma conocimiento de la noticia criminal;
2. cuando el fiscal formaliza denuncia o, en el caso del nuevo proceso penal, inicia investigación preparatoria;
3. cuando el fiscal formula acusación

Cada uno de estos tres momentos procesales exige una cuantía de recaudos distinta^[16]. De esta forma, de acuerdo a San Martín Castro, el primer momento (diligencias preliminares) requiere una sospecha inicial, mientras que la investigación preparatoria obliga al fiscal a tener una sospecha razonable y la acusación una

sospecha suficiente^[17].

A nuestro juicio, el oponer la sospecha inicial a la sospecha razonable puede llevar a error, por lo que preferimos diferenciar entre sospecha razonable inicial y sospecha razonable basada en diligencias preliminares. Si se comparte lo antes dicho, es lógico decir que la sospecha razonable inicial tendrá menor nivel de exigencia que la sospecha razonable basada en diligencias preliminares. En este sentido, cobra importancia definir primero que se entiende por sospecha razonable basada en diligencias preliminares. En esta línea, San Martín Castro señala lo siguiente:

“no se requiere que exista convicción plena en el Fiscal ni que las actuaciones estén completas, sólo se necesita que las investigaciones arrojen un resultado probalístico razonable, en orden a la realidad de un delito y de la vinculación delictiva del imputado o imputados”^[18].

Vemos que la sospecha razonable requerida para el inicio de la investigación preparatoria se basa en las diligencias preliminares y que no se exige certeza. En

14 cf. ROXIN, Claus. Ob. Cit. pág.329.

15 cf. SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Volumen I. Lima: Grijley, 2006. pág. 512.

16 Ídem. págs. 512-153

17 Ídem. págs. 512-153

18 Ídem. pág. 470.



esta medida, es coherente que el inicio de las diligencias preliminares tampoco exija certeza y que, además sólo tome en cuenta la única pieza procesal que se tiene hasta ese momento: la denuncia de hechos. En otras palabras, la sospecha razonable inicial se respaldará en la razonabilidad de los hechos relatados en la denuncia, y no en medios de prueba.

Lo dicho cobra sentido si se toma en cuenta que la actividad probatoria aún no ha iniciado, de forma que exigir la existencia de pruebas para el inicio de una investigación preliminar destinada a conseguir los primeros medios de prueba es, a todas luces, un contrasentido. Más aún, en el supuesto de que la denuncia de hechos acredite a la vez la existencia de indicios reveladores de delito y/o medios de prueba, el fiscal deberá operar de acuerdo al artículo 336° del Código procesal penal y formalizar automáticamente la Investigación Preparatoria.

Lo anterior requiere ser completado a la luz de la naturaleza real de la etapa de diligencias preliminares y de lo que implica la denegatoria de la denuncia de hechos. En este sentido, creemos que la negación a comenzar las diligencias preliminares por parte del fiscal implica un rechazo in limine, toda vez que conlleva evitar el inicio de la investigación y del proceso penal. Si esto es correcto, es coherente que dicha denegatoria deba cumplir con los mismos requisitos que un rechazo in limine. En este punto, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que el rechazo in limine, en el caso del proceso de amparo, ocurre cuando no existe

“ningún margen de duda respecto de la carencia de elementos que generen verosimilitud respecto de la amenaza o vulneración de un derecho fundamental, lo que supone, por el contrario, que cuando existan elementos de juicio que admitan un razonable margen de debate o discusión, la aplicación del dispositivo que establece tal rechazo liminar resulta impertinente”¹⁹.

Desde este punto de vista, consideramos que la sospecha razonable inicial no se dará en aquellos casos donde exista una certeza negativa, esto es, donde el fiscal no tenga duda alguna de que los hechos denunciados

no ocurrieron en la realidad. Por el contrario, si los hechos relatados en la denuncia provocan un razonable margen de discusión sobre su realidad o relevancia penal, el uso del rechazo del inicio de la investigación fiscal resulta “*impertinente*”.

A continuación, un ejemplo de ausencia de sospecha razonable inicial:

“(…) se alega, que al solicitar la intervención del Gobierno, el denunciado Presidente de la República, habría ordenado al Alcalde de la Municipalidad Distrital de Santa Eulalia, Fernando Bueno Quinto, retirar al denunciante y su familia, la asistencia social del vaso de leche. Con lo cual, atribuye al gobierno del señor Presidente Alan García Pérez y sus diferentes funcionarios de confianza, el haber desaparecido a toda su familia, y estar a punto de asesinar al denunciante”²⁰.

En conclusión:

- En principio toda denuncia de hechos merece ser investigada, de forma que sólo excepcionalmente el fiscal podrá rechazarla de plano.
- El artículo 329° del Código procesal penal permite dos excepciones a dicha regla:
 1. **ausencia de tipicidad mínima:** cuando los hechos denunciados no concuerdan con el contenido de un tipo penal
 2. **ausencia de sospecha razonable inicial:** cuando las características de los hechos denunciados llevan al fiscal a afirmar con certeza que dichos sucesos son irreales.

IV. Caso “narcoindultos” y ex presidente García Pérez

En el denominado caso “narcoindultos”, la Procuraduría Anticorrupción denunció la participación del expresidente García Pérez en la liberación irregular de personas sentenciadas por el delito de narcotráfico, a cambio de lo cual se habría entregado dinero a los funcionarios y servidores públicos responsables del

19 Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 13 de junio de 2013 en el Exp. 00817-2013-PA/TC.

20 Resolución emitida por la Fiscalía de la Nación el 28 de junio de 2011 en el Ingreso 065-2011.

procedimiento de gracias presidenciales. La Procuraduría denuncia que García Pérez, valiéndose de su poder como jefe de Estado, habría creado el contexto adecuado para la comisión del delito de cohecho pasivo impropio y, en este sentido, habría instaurado una asociación ilícita conformada con diversos funcionarios públicos, dentro de los cuales se encontraría el ex Ministro de Justicia Aurelio Pastor Valdivieso.

En esta línea lógica, García Pérez habría encargado a Pastor Valdivieso la aceleración del trámite de conmutación, exigiéndole reportes regulares. Luego, habría designado al presidente de la ex comisión de gracias presidenciales debido a su nivel de confianza y afiliación política; lo que le permitió intervenir directamente en la irregular concesión de indultos, tachando de puño y letra las recomendaciones efectuadas por la referida comisión, y enviando cartas a los establecimientos penitenciarios. El conocimiento de estos actos irregulares, y con ello la participación del ex presidente García, se induciría de sus anotaciones personales en los documentos oficiales, su cercanía y confianza con los demás investigados, su rúbrica en las respectivas resoluciones y su poder para controlar y supervisar dichos procedimientos.

Pese a lo denunciado por la Procuraduría Anticorrupción, el Ministerio Público ha considerado que los hechos antes relatados no presentan el suficiente grado de razonabilidad. En este sentido, se indica que no se cuenta con el sustento fáctico suficiente, por lo que se declaró improcedente el pedido de iniciar diligencias preliminares en contra de García Pérez. Sin perjuicio de ello, la Fiscalía Suprema ordenó que la documentación se incorpore a los actuados en la investigación en contra de Pastor Valdivieso para que una vez contrastados con las diligencias practicadas se pueda concluir la existencia o no de actos tipificados como delitos por parte del expresidente García Pérez.

Ahora lo bien, el sustento del Ministerio Público manifiesta serias contradicciones. Si el Ministerio Público decide rechazar la investigación preliminar porque no existe sospecha razonable inicial es porque no le cabe la duda de que los hechos denunciados no se dieron en la realidad. En otras palabras, el Ministerio Público consideró que los hechos relatados no llevan razonabilidad, al punto que no merecen ser investigados ni discutidos

seriamente. Sin embargo, si ello es así, ¿cuál es el fundamento y el sentido de ordenar que los hechos relatados se analicen en la investigación en contra de Pastor Valdivieso? Parece claro que, en realidad, el Ministerio Público considera que si es razonable que los hechos denunciados sean reales; si ello no fuera así, carecería de sentido que el Ministerio Público ordene que estos hechos sean investigados en otro proceso penal.

Sin perjuicio de lo antes dicho, el Ministerio Público ha considerado que no existe sustento fáctico suficiente para iniciar diligencias preliminares. En tal sentido, es preciso recordar que no se puede rechazar el inicio de una investigación preliminar a partir de la ausencia de sustento fáctico, toda vez que a esta conclusión solo se podrá arribar luego de iniciada la investigación. Como hemos dicho antes, el Ministerio Público sólo podría haber rechazado la denuncia de hechos ante una ausencia de tipicidad mínima o una ausencia de razonabilidad inicial de los hechos relatados.

V. Conclusiones

Consideramos que se debería declarar procedente el dar inicio a diligencias preliminares en contra de Alan Gabriel García Pérez. Ello, como ya fue mencionado, no quiere decir que se le estaría juzgando ni condenando por algún delito, sino que simplemente se estaría tratando de hallar más indicios para dar recién inicio a una investigación preparatoria. En caso de no encontrarse mayores elementos indiciarios, no se daría paso a la etapa de investigación preparatoria y el ex Presidente García no debería tener nada de qué preocuparse. Ningún mal se le hace a García –quien por haber sido dos veces ex Presidente de la República, debe entender que el control de sus decisiones y actos tomados durante el ejercicio de su función es normal– con dar inicio a una investigación simplemente preliminar en contra de él.

Finalmente, los hechos denunciados por la Procuraduría Pública merecieron, al menos, ser investigados a través de diligencias preliminares que permitan al fiscal recabar los medios de prueba e indicios necesarios para el esclarecimiento de los hechos. Más aún, dichas diligencias hubieran permitido que el Ministerio Público dirija una investigación especializada en contra del ex presidente García Pérez, pudiendo ordenar medidas personales relevantes para los fines del proceso penal.

Porque no solo pasa en el Perú...



En la presente sección de este Boletín informativo el lector podrá encontrar noticias de casos graves de corrupción ocurridos en otros países del mundo, a los cuales los medios de comunicación internacionales les han dado suma relevancia.

Caso Ciccone (Argentina): “La audiencia en la que expondrá la defensa del vicepresidente Boudau tiene fecha”

La Sala IV de la Cámara de Casación Penal de Argentina ha convocado a audiencia oral y pública para escuchar los argumentos del vicepresidente Amado Boudau sobre su supuesta participación en el caso Ciccone. El pasado 6 de febrero el fiscal Jorge Di Lello acusó a Boudou de haber usado su cargo como ministro de Economía para beneficiar a la imprenta de papel moneda Ciccone Calcográfica y así evitar su quiebra.

Seguir leyendo en... <http://bit.ly/1fivgnR>



Caso: Corrupción en el Ejército Colombiano: “Se revela audios que evidencian una impresionante red de corrupción entre los militares colombianos”

El diario SEMANA obtuvo grabaciones que contienen conversaciones que involucran algunos generales y coroneles del Ejército Colombiano en la asignación irregular de millonarios contratos de diferentes unidades militares. En dichas contrataciones, los funcionarios del Ejército habrían elegido arbitrariamente a determinados candidatos en los procesos de licitación, todo ello a cambio de un porcentaje del dinero asignado.

Seguir leyendo en... <http://bit.ly/1czUb3C>



Porque no solo pasa en el Perú...



En la presente sección de este Boletín informativo el lector podrá encontrar noticias de casos graves de corrupción ocurridos en otros países del mundo, a los cuales los medios de comunicación internacionales les han dado suma relevancia.

Caso: Ex alcalde de EE.UU preso por corrupción: “Manuel Moroño, ex alcalde de Sweetwater, fue condenado a 40 meses por un delito de corrupción”

Manuel Moroño ex alcalde de Sweetwater, Estado de Florida, habría aceptado sobornos y habría usado sus influencias políticas a cambio de impulsar una solicitud de ejecutar un falso proyecto de ayuda federal en su ciudad

Seguir leyendo en...<http://bit.ly/1e1I54g>



Caso: Gobernador del Estado de Virginia (EE. UU): “Bob Mc Donnell, gobernador del Estado de Virginia, acusado de corrupción”

El gobernador del Estado de Virginia en EE.UU y su esposa han sido acusados de destinar dinero del gobierno ascendente a \$140 000 dólares americanos a una empresa privada de complementos dietéticos que, además, habían sido elaborados sin un respaldo científico sólido.

Seguir leyendo en... <http://slate.me/1efnzZe>

