

EL QUE MUCHO ABARCA POCO APRIETA

A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL HÁBEAS CORPUS INTERPUESTO A FAVOR DE NADINE HEREDIA



Foto: peru21.pe

YVÁN MONTROYA

ÁREA PENAL / ANTICORRUPCIÓN DEL IDEHPUCP

La presentación de este boletín ingresa directamente a plantear nuestros comentarios a la resolución judicial de fecha 14 de agosto de 2015 emitida por la Sexta Sala Penal de la Corte Superior de Lima con relación al Habeas Corpus presentada por la defensa de la ciudadana investigada Nadine Heredia.

La mencionada resolución confirma la decisión de primera instancia que reafirma el impedimento de la Primera Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Lavado de Activos para continuar con las investigaciones que venía llevando a cabo con relación a Heredia y otros ciudadanos. Sin embargo, aunque acepta la vulne-

ración del principio de la cosa decidida, vinculado al principio de non bis in idem, consideraría en realidad que otros son los fundamentos para ese impedimento. En lo que sigue empezaremos por analizar el fundamento sobre la vulneración del principio de la cosa decidida vinculado al principio de non bis in idem, para continuar con nuestros comentarios críticos a otros tipo de fundamentos invocados por la Sala mencionada y que, en nuestra consideración, suponen una serie de afirmaciones temerarias, innecesarias y cuestionables.

1. EL OBJETO DEL HABEAS CORPUS Y EL PRINCIPIO DE COSA DECIDIDA

El objeto central de la demanda de Habeas Corpus era declarar nula la resolución de apertura de investigación preliminar, abierta por el Fiscal de la Primera Fiscalía Supraprovincial de Lavado de Activos, de fecha 29 de enero de 2015 contra las personas antes indicadas, en virtud de haberse vulnerado el principio de la cosa decidida vinculado al principio de non bis in idem.

Según los demandantes, esto se debe a que dicha investigación corresponde a una investigación fiscal anterior realizada a fines

del año 2009 dirigida contra la misma persona y por los mismos hechos (movimientos sospechosos de la señora Heredia en cuentas del Banco de Crédito del año 2006) y que culminó archivándose y fundamentándose en el sentido de considerar que dichos depósitos no tenían un origen ilícito. Dicha resolución fiscal fue confirmada en su momento por el Fiscal Superior respectivo. Pues bien, en esencia, dicha solicitud fue amparada por el Juez de Primera Instancia, salvo en lo que corresponde a un periodo de ampliación de la investigación referido a hechos sucedidos a partir del año 2009, periodo respecto del cual el juez consideró que la investigación fiscal podría continuar. Esta sentencia es impugnada por ambas partes y fue resuelta por la Sexta Sala Penal de la Corte Superior de Lima mediante resolución de fecha 14 de agosto de 2015. En lo sucesivo el objeto de nuestros comentarios y críticas descansan sobre esta última resolución judicial.

La Sexta Sala, si bien, por un lado, confirma la sentencia de primera instancia en el extremo que señala la violación de los principios a la cosa decidida vinculada al principio de non bis in idem, por otro lado, revoca dicha sentencia en

el extremo que permitía la continuación de la investigación fiscal sobre hechos evidenciados a partir de 2009. En ese sentido, ordena el archivamiento de toda la investigación fiscal (carpeta fiscal 122-2009) pero no tanto por el fundamento antes expuesto, esto es, la violación del principio de cosa decidida vinculada al principio de non bis in ídem, sino en virtud de otros fundamentos que, agrupados bajo el nombre de principio de debido proceso sustancial, se resumirían en la violación al derecho a la legalidad penal y a la legalidad procesal. Antes de pasar a estos últimos temas, permítasenos algunos comentarios a las reflexiones sobre la vulneración al principio de cosa decidida vinculado al principio de non bis in ídem.

Creo que este aspecto es, tal vez, el único tema de la Sentencia que es susceptible de aceptar razonablemente y esperar la evaluación del Tribunal Constitucional si llega a dicha sede. En efecto, es en principio meridianamente claro que el fiscal Rojas abrió una investigación fiscal contra una persona (Nadine Heredia), por los mismos hechos (investigación sobre movimientos sospechosos en cuentas del BCP

de 2006) y el mismo fundamento (delito de lavado de activos). Si bien no se trata de una resolución judicial, el Tribunal Constitucional ha extendido con modulación o flexibilización (como debe ser) los efectos del principio de non bis in ídem y de la cosa juzgada (propio de las decisiones judiciales) a las decisiones fiscales respecto de las investigaciones preliminares o preparatorias que lleven a cabo. La modulación o flexibilización del contenido se aprecia, como lo reconoce la propia resolución de la Sexta Sala, en que sí cabe la apertura de una nueva investigación contra una misma persona y por los mismos hechos si a) existen nuevos elementos de prueba no reconocidos por el Ministerio Público y b) cuando la primera investigación haya sido realizada deficientemente.

Aparentemente, es claro que al momento de la apertura de la investigación no existían elementos nuevos que justifiquen la investigación. Sin embargo, durante el desarrollo de la investigación, la Primera Fiscalía Supraprovincial acopió algunos elementos indiciarios que hubieran podido permitir la confirmación o descarte de

la existencia o no de elementos de prueba que sustenten una acusación por lavado de activos. La Sala ordena el archivamiento de todo lo investigado sobre la base de considerar que la ampliación de la investigación y todo lo demás actuado es “fruto del árbol envenenado” y por lo tanto la investigación devino en espuria.

En consecuencia si bien puede resultar claramente defendible el cuestionamiento que hace la Sala a la forma como abrió investigación la Primera Fiscalía Supraprovincial, es decir, sin elemento de prueba nuevo, no podría cancelar los elementos indiciarios o actos de investigación realizados con posterioridad. Estos mantendrían, en mi concepto, validez sin perjuicio de que un nuevo fiscal retome dichos actuados y decida abrir una nueva investigación. La teoría del fruto del árbol envenenado, que no es otra cosa que la traslación del efecto reflejo de la prueba prohibida, no

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUADRAGÉSIMO TERCER JUZGADO PENAL DE LIMA

Expediente N°: **1936-2015 (Hábeas Corpus)**
Demandante: Nadine Heredia Alarcón.
Demandado: Ricardo César Rojas León, Fiscal Provincial, encargado de la 1ra. Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio del Ministerio Público.
Asunto: Habeas Corpus conexo.
Secretario: Wilmar Castrejón Terrones.

Lima, ocho de junio del dos mil quince.-

VISTO: el proceso constitucional interpuesto por doña **NADINE HEREDIA ALARCÓN**, contra **RICARDO CÉSAR ROJAS LEÓN**, Fiscal encargado de la 1ra. Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio del Ministerio Público; por vulneración del Derecho Constitucional a la cosa decidida en sede fiscal, al principio del *Non bis In Idem*, del derecho al debido proceso, vulneración al principio constitucional de razonabilidad y proporcionalidad; oído el Informe Oral del abogado defensor de la demandante, del demandado y del abogado de la Procuraduría del Ministerio Público, cuya constancia obra a fojas 693; es del caso de pronunciarse.

sólo resulta impertinente en su aplicación a este caso sino que incluso la misma, en el ámbito de la prueba prohibida, mantiene una serie de excepciones que han sido utilizadas por nuestra Corte Suprema y nuestro Tribunal Constitucional como por ejemplo los supuestos de prueba jurídicamente independiente, el descubrimiento inevitable, la ausencia de conexión de antijuricidad, la ponderación con otros intereses preponderantes, etc. La pregunta es: ¿por qué no se evaluó la aplicación de estas excepciones?.



Sin embargo, lo más preocupante de las reflexiones de dicha Sala viene en el resto de argumentaciones adicionales que determinarían su decisión.

2. EL PELIGROSO ANÁLISIS DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y EL DESTINO DE IMPUNIDAD EN EL PERÚ.

Un tema muy peligroso es el de la interpretación que realiza del delito de lavado de activos. De acuerdo con su planteamiento, la Sala exige que, al momento de la apertura de la investigación (incluso preliminar) el fiscal deba determinar el delito concreto que ha propiciado el ingreso de dinero ilícito al normal funcionamiento de la economía. Esto en razón que los diversos delitos fuente tienen su propia técnica investigativa. El razonamiento del colegiado nos lleva a entender el delito de lavado de activos como un delito dentro del cual es esencial probar el concreto delito fuente. Con esta lógica, la razón histórica y político criminal de este tipo de delito pierde por completo su razón de ser. Haría

inefectiva o innecesaria muchas de las investigaciones por lavado de activos.

Innecesaria porque, una vez determinando el delito fuente, ya no habría sentido para persecuciones adicionales, más aun cuando se trata de delitos graves. La recomendación permanente de los instrumentos internacionales de procurar la autonomía del delito de lavado de activos tiene como propósito facilitar la investigación, juzgamiento y eventual sanción de todos aquellos actos que suponen la rentabilización de actos ilícitos graves y sobre los cuales se evidencian muchas veces organizaciones criminales.

Evidentemente, la Sala reconoce que existen dos tipos de interpre-



Foto: elcomercio.pe

tación del delito de lavado de activos. Por un lado aquellos que no exigen la referencia al delito fuente y aquellos que sí lo exigen. Si ambas interpretaciones fueran conformes con la Constitución, los miembros del colegiado, como jueces constitucionales, no debieron cuestionar la forma de proceder del fiscal dado que un magistrado de esta especialidad no puede decidir cuál es la interpretación más adecuada al caso sino sólo si la interpretación vulnera algún derecho fundamental. Esto último no parece ocurrir dado que no sólo así lo interpretan los vocales de la Corte Suprema de la República (Acuerdo Plenario 3-2010) sino el Decreto Legislativo 1106 que establece la autonomía del delito de lavado de activos respecto de los delitos fuente (art. 10). Creo que este tema es una espléndida oportunidad para que el Tribunal Constitucional se pronuncie confirmando la constitucionalidad del delito de lavado de activos y su naturaleza autónoma.

En mi concepto, creo que el delito fuente no es, en estricto, un elemento del tipo objetivo del delito de lavado de activos, sino una exigencia de la referencia del tipo subjetivo. Es por ello que el profe-

sor Prado Saldarriaga aborda este tema en un acápite sobre la tipicidad subjetiva¹. Esto se condice bien con las modificaciones que vienen provocando las recomendaciones del GAFI con respecto a este tema en el sentido de la autonomía del delito de lavado de activos. Ello no quiere decir que no se deba exigir una conexión indiciaria con un hecho delictivo previo, asumido en términos generales.

En ese sentido, el Fiscal al momento de la apertura de su investigación preliminar sólo requiere tener elementos indiciarios (en forma de causa probable) que permitan sospechar seriamente que los activos o caudales de una persona no tienen procedencia lícita. Lógicamente, es en el transcurso de la investigación fiscal que se debe completar la conexión antes mencionada, esto es, una conexión indiciaria con un hecho delictivo asumido en términos generales. Este vínculo puede sostenerse sobre la base de indicios que den cuenta, como lo señala el Acuerdo Plenario, sobre investigaciones anteriores por delitos generado-

1 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Criminalidad organizada y lavado de activo, IDEMSA, Lima, 2013, p. 240 y ss.

res de ganancias a sujetos con los cuales el lavador se haya conectado. Esta es una forma de ofrecer equilibrio entre la necesidad de mantener una lucha eficaz contra la grave criminalidad y criminalidad organizada y el respecto mínimo a las garantías del derecho penal y del proceso penal.

Desde esta perspectiva, no sería irregular ni vulneraría el principio de legalidad el hecho que el fiscal provincial haya iniciado su investigación sin una referencia al delito fuente concreto, si no que haya hecho referencia a elementos indiciarios o conductas sospechosas que den cuenta de que los activos de la persona investigada no tienen una procedencia lícita.

3. LA INCONSTITUCIONAL VISIÓN JERÁRQUICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Hay otro tema donde las apreciaciones de la Sala muestran la visión sensiblemente inconstitucional del Ministerio Público y de los fiscales. El colegiado señala que el Ministerio Público es un organismo jerárquico funcional y, por tanto, todo inferior queda sujeto a lo que decida el superior y, por lo tanto, ningún fiscal provincial puede

revisar lo realizado por un Fiscal Superior. Lo contrario es vulnerar el principio de jerarquías, dice la Sala. Desde esta visión, el tribunal cuestiona que la Primera Fiscalía Supraprovincial haya procedido a revisar la resolución de un fiscal superior que en su momento archiva la investigación contra Heredia por delito de lavado de activos (carpeta fiscal 122-2009). Esta es la razón verdadera, y no tanto la vulneración del principio de la cosa decidida, que le permite a la Sala disponer la nulidad de la apertura de investigación y la insubsistencia de todo lo actuado por el fiscal.

Sin embargo, considero que la Sala está equivocada y adolece de una lectura preconstitucional del Ministerio Público. Empecemos por la Constitución de 1993. En su artículo 158° se indica que los miembros del Ministerio Público gozan del mismo estatus que los magistrados del Poder Judicial, esto es, independencia y autonomía en el ejercicio de sus funciones. En ese sentido, un fiscal provincial, cuando debe evaluar si abre una investigación contra una persona por un hecho determinado, tiene la potestad de revisar la decisión

Foto: larepublica.pe



Foto: canaln.pe



de un Fiscal Superior que, en una investigación anterior contra la misma persona y por los mismos hechos, haya decidido por ejemplo su archivamiento. El fiscal provincial debe evaluar si la anterior investigación fiscal tiene un déficit probatorio y, en su lugar, verificar si cuenta ahora con un elemento indiciario nuevo no actuado en la primera investigación. Bajo estas condiciones, puede abrir una investigación nueva contra la misma persona y por los mismos hechos.

El reiterado artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP) que cita la Sala en su resolución judicial para afirmar la obediencia jerárquica de los fiscales inferiores hacia los fiscales superiores debe ser entendido desde la perspectiva constitucional, esto es, desde el estatuto que les reconoce a todos los fiscales independencia y autonomía en el ejercicio de sus funciones (art. 158 de la Constitu-

ción). Como señala el profesor San Martín, con relación al referido artículo 5 de la LOMP, “las instrucciones de los fiscales superiores limitan en puridad la autonomía funcional del Fiscal, sin embargo no pueden referirse a puntos concretos o específicos de casos particulares, sino a aspectos generales de política jurídica de la institución, pues de lo contrario se tergiversaría la orientación propia del Fiscal hacia la verdad y la justicia”². En consecuencia, el mencionado artículo 5 de la LOMP no puede citarse para negar la potestad de un fiscal supraprovincial, en el curso de una investigación actual, de revisar lo actuado por un fiscal superior en una investigación anterior.

2 SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Penal. Tomo I, Grijley, Lima, 2003, p. 240 En sentido semejante ANGLU ARANA, Pedro. La función del fiscal, Jurista Editores, Lima, 2007, p. 193 y sgte,

4. SOBRE LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD PENAL DESFAVORABLE.

La resolución de la Sala indica que la investigación por delito de lavado de activos, considerado de naturaleza autónoma por el art. 10 del Decreto Legislativo 1106, constituye una aplicación retroactiva desfavorable prohibida por la Constitución, dado que la Ley 27765 no contemplaba esa autonomía. Lo primero que hay que decir es que el referido artículo 10 no es un artículo constitutivo del tipo penal de lavado de activos el cual se encuentra en los artículos 1, 2 o 3 de la ley mencionada. Es un artículo de naturaleza hermenéutica y, en ese sentido, ayuda a la interpretación de los tipos penales.

De semejante manera, el Acuerdo Plenario 3-2010 interpreta como delito autónomo el delito de lavado de activos previsto en el derogado Decreto Legislativo 27765 al cual hace referencia la resolución de la indicada Sala. En otras palabras, tanto la redacción del delito de lavado de activos de la Ley 27765 como la redacción del delito de lavado de activos del Decreto Legislativo 1106 son, en el

aspecto de su autonomía, idénticos y la naturaleza autónoma de los mismos es una deducción interpretativa de su texto. Sobre esa base no puede afirmarse una aplicación retroactiva *desfavorable*.

Todo lo expuesto, entonces, me lleva a considerar que la resolución de la Sexta Sala Penal en el habeas corpus presentado por la defensa de la ciudadana Heredia se debió limitar a pronunciarse sobre la posible vulneración del principio de cosa decidida vinculado al principio de non bis in ídem. La extensión de su pronunciamiento a otras fundamentaciones y argumentaciones no han hecho más que introducir consideraciones, como ya he mencionado, temerarias, innecesarias y cuestionables que esperamos el Tribunal Constitucional pueda revertir.