Lima, seis de agosto de dos mil trece.--

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los encausados AURIMAS BRASAS O TOMAS BUTKUS Y MARTINAS BAMBALAS O DARIUS KRUDAUSKAS contra la sentencia de fojas novecientos treinta y cuatro, del treinta de enero de dos mil trece, en cuanto los condenó como autores del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado a quince años de pena privativa de libertad, trescientos días multa y expulsión del país, así como fijó en diez mil nuevos soles por concepto de reparación civil.
Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Que la defensa del encausado Aurimas Brasas en su recurso formalizado de fojas novecientos cuarenta y nueve solicita la absolución. Alega que el acta de registro domiciliario y comiso de drogas no cuenta con la firma del Fiscal ni de traductor oficial; que su patrocinado no habla ni escribe castellano; que en la diligencia materia del acta de registro personal solo se le encontró dinero; que existe contradicción entre lo que declaró el instructor Luis Alberto Cotrina y el comandante de la Policía Nacional del Perú Pilco Pilco; que fue admitida la tacha contra cuatro actas levantadas por la policía en el curso de la intervención; que como se trata de prueba ilícitamente obtenida no produce ningún efecto en el proceso.

SEGUNDO. Que la defensa del encausado Martynas Bambalas en su recurso formalizado de fojas novecientos cincuenta y cuatro insta la absolución. Repite los argumentos del recurso de su coimputado Aurimas Brasas. Insiste en que no habla castellano, que su permanencia en Perú era para exportar fruta y que arrendó el inmueble donde pernoctaba con el nombre de Darius Kudraskas.

TERCERO. Que la acusación fiscal de fojas seiscientos dieciséis atribuye a los imputados recurrentes integrar una organización delictiva de tráfico de drogas mediante la modalidad de utilizar maletas, montura de caballos y otros para acondicionar droga y enviarlos mediante burriers al extranjero, cuyo centro de operaciones era un inmueble en el distrito de San Miguel.
De estos hechos tomó conocimiento personal de inteligencia de la DEPANDRO Ventanilla – Callao [Nota de Agente de fojas ciento veintiuno], por lo que –sin comunicar a la Fiscalía– el día dieciséis de marzo de dos mil uno, como a las dieciséis horas, capturó a los encausados Aurimas Brasas y Martynas Bambalas,

de nacionalidad Lituana, por inmediaciones de la cuadra uno de la calle Margarita Praxides – Urbanización Pando. Al efectuarles el registro personal sólo se encontró en su poder un total de tres mil quinientos cincuenta dólares americanos [actas de fojas treinta y cinco y treinta y seis].

A continuación, sin recabar orden judicial, ingresaron y registraron el inmueble, ubicado en el número ciento dieciséis de esa calle y urbanización –alquilado por Martynas Bambalas [contrato de fojas ciento veintidós]–. Según el acta respectiva de fojas treinta y siete –que indicó que la entrada y registro contó con la autorización de los detenidos– se encontraron, entre otros documentos, tres pasaportes de tres ciudadanos extranjeros, trescientos dólares americanos y una caja de madera que contenía una montura de caballo de cuero tallado con todos sus accesorios desarmados y con adherencias de clorhidrato de cocaína [pericia de fojas quinientos setenta y tres], una bolsa conteniendo esa misma droga: cero punto cero cuarenta y dos kilogramos [pericia de fojas quinientos setenta y dos], así como tres balanzas electrónicas y un sellador electrónico, entre otras herramientas.

Con posterioridad a esa diligencia policial –nueve días después– se realizó el acta de inspección técnica policial, con presencia del Fiscal, que no aportó dato significativo alguno [acta de fojas cuarenta].

Los imputados, según comunicación oficial de Interpol, no registran antecedentes por tráfico de drogas, sino por falsedad documental y tráfico de personas [carta de fojas ochocientos quince]. La pericia toxicológica arrojó negativo para consumo de drogas. El examen de sarro ungueal, asimismo, resultó negativo para adherencias de drogas en ambas manos de los imputados.

CUARTO. Que si bien es cierto que la sentencia no se pronunció expresamente respecto de las tachas interpuestas contra la Nota de Agente, el Acta de registro personal e incautación, el acta de registro domiciliario, comiso e incautación, las dos actas de lacrado de especies, los resultados preliminares de análisis químico y el Atestado Policial, las cuales fueron admitidas por resolución de fojas veintiséis –cuaderno de tacha–; es obvio, que implícitamente, al otorgarles valorabilidad y ser apreciadas, se desestimó las mismas.

Sin embargo, es de precisar seis puntos básicos para la debida admisión y procedencia de una tacha en el proceso penal:

1. La tacha procede, primero, contra la prueba documental y, segundo, contra los peritos y testigos (artículos 156, 165° y 262° del Código de Procedimientos Penales). Por remisión a los artículos 242° y 243° del Código Procesal Civil, la tacha a los documentos sólo cabe por falsedad o por nulidad.

2. Es de diferenciar prueba documental –los documentos propiamente dichos– de prueba documentada. Esta última contiene diligencias actuadas en sede preliminar y jurisdiccional, que según las exigencias derivadas de los principios de legalidad, contradicción, inmediación, irrepetibilidad y urgencia, podrán ser consideradas –si cumplen determinados presupuestos, condiciones y requisitos– como actos de prueba para su valoración con arreglo a la sana crítica –prueba preconstituida y prueba anticipada–.
3. El Atestado Policial, como aporte de la policía con el valor de denuncia, no es, típicamente, prueba documental. Existen algunos ámbitos del Atestado que pueden tener carácter de prueba preconstituida, si cumplen determinados requisitos. Su apreciación queda a cargo del Tribunal sentenciador cuando le corresponda apreciar la prueba –la legalidad integra el contenido esencial de lo que se entiende por prueba en el proceso jurisdiccional–. El cuestionamiento al Atestado siempre es de mérito y la vía procesal, desde luego, no es la tacha.
4. La Nota de Agente es un mero informe de un funcionario policial, sujeto a contrastación, y como tal tiene el carácter de mera denuncia. Constituye, en todo caso, objeto de prueba. Como no es un medio de prueba la tacha es rechazable de plano.
5. El resultado provisional de análisis químico no es un medio de prueba, pero comparte, muy provisionalmente, las notas de una pericia. Por tanto, lo que se puede tachar es al perito por falta de imparcialidad o por incompetencia profesional.
6. Las actas de registro, incautación o comiso pueden erigirse en prueba preconstituida si cumplen las notas características de irrepetibilidad o indisponibilidad y urgencia, y si formalmente hubo posibilidad de actuación con principio de contradicción, se debatió en el acto oral y se cumplió con las disposiciones legales que la disciplinan. Como son prueba documentada no pueden ser objeto de tacha. Si se cuestiona su constitucionalidad, el argumento es de fondo –es una oposición u objeción de mérito que debe merecer cumplida respuesta en la sentencia– y, de aceptarse, producirá su exclusión e inutilizabilidad; será una prueba de valoración prohibida.

QUINTO. Que como las reglas de prueba que integran la garantía de presunción de inocencia exigen la presencia de verdadera prueba, que ésta sea de cargo e introducida por la parte acusadora, así como que en su obtención –fuente de prueba– o en su actuación –medio de prueba– no vulnere el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, el incumplimiento de

alguna de ellas determina la imposibilidad de su valoración, de suerte que si no existe prueba bastante o suficiente, no queda otra opción al juez que dictar sentencia absolutoria.
Un cuestionamiento de este orden, como lo ha planteado la defensa, debe entenderse como argumento de defensa o, en su caso, como objeciones u oposiciones de mérito. Carece de objeto pronunciarse por las tachas dada su evidente inadmisibilidad.

SEXTO. Que, en el presente caso, es de destacar dos oposiciones de la defensa: a) la indefensión material que significó que los imputados firmen actas sin conocer el castellano; y, b) el allanamiento policial del inmueble sin cumplir las exigencias impuestas por el artículo 2°, inciso 9 de la Constitución.

SÉPTIMO. Que está probado que los imputados desconocían el castellano. Por eso se requirió la presencia de un intérprete. La declaración de la policía Marcela Katherine Stuva Farfán es significativa al respecto [fojas doscientos ochenta y seis]. De ser así, no es posible aceptar como válida, en señal de conformidad, la firma de los imputados, en las actas de registro personal y domiciliario. La indefensión material que deriva de esa omisión obliga a desestimar como legalmente válida la aceptación de los imputados a lo que allí se consigna.

OCTAVO. Que como mediaron acciones de inteligencia y se contaba con información adecuada del lugar utilizado para acciones de tráfico de drogas, la ausencia del fiscal resta credibilidad a la diligencia y, en especial, la autorización judicial, que incluso le resta legitimidad –que es anterior y prerrequisito de la fiabilidad probatoria–.
En efecto, los imputados han negado autorización personal para la entrada y registro del inmueble, por lo que la carga de la prueba recae en la policía. No hay evidencia objetiva, externa, distinta de la versión de los propios efectivos policiales, que confirme que los titulares del derecho de exclusión permitieron el ingreso y registro del predio.

NOVENO. Que cabe significar que no existió flagrancia delictiva. La droga o bienes vinculados a ella no eran observables por los policías. No consta que hubo una vigilancia del predio y que antes o en el acto de la intervención se advirtiera la presencia de movimientos propios de una actuación delictiva vinculada al tráfico de drogas. Es claro que en el presente caso no había constancia cierta de la comisión del delito a través de percepciones sensoriales, como eran, por ejemplo, la entrada y salida inmediata en el predio de personas conocidas por su adicción o comercialización de droga, de modo que exija de manera inexcusable una

inmediata intervención policial. No era patente en este caso la desaparición de los agentes del delito o la destrucción u ocultación de los objetos o los instrumentos del mismo.

Es de rigor puntualizar que a las dos notas materiales de la flagrancia: inmediatez temporal e inmediatez personal, se añaden otras dos de orden adjetivo: percepción directa y efectiva –nunca meramente presuntiva o indiciaria– de las dos notas anteriores, y necesidad urgente de la intervención policial como medio de evitar ya la consumación del delito que está cometiendo, ya el agotamiento del que se acaba de cometer, ya la desaparición de los efectos y huellas del delito que se está percibiendo directa y sensorialmente. Es evidente que en el *sub lite* estas notas no se presentaban, por ende, se requirió orden judicial –inexistente– o autorización del titular del derecho de exclusión –no acreditada, en tanto el comportamiento de los interesados, que no sabían el idioma, no permite concluir que medió aquiescencia libre y voluntaria–.

DÉCIMO. Que en estas circunstancias se tiene que la ilegitimidad constitucional de la entrada y registro domiciliario determina que lo que se dice incautado –prueba originaria– y las pericias realizadas sobre el particular –prueba derivada– no sea utilizable, esto es, que carecen de valor legal de prueba. A ello se agrega que concurrió un supuesto de indefensión material por falta de intérprete, aunque es de acotar, desde una perspectiva general, que no es significativo la firma del intervenido en una acta policial para afirmar su eficacia procesal, pues lo relevante es el cumplimiento de las pautas legalmente establecidas en la realización de la propia diligencia en función a la obtención de fuentes de prueba –requisito incumplido en esta causa–.

En tal virtud, debe estimarse el recurso defensivo. Es de aplicación el artículo 301°, primer párrafo, del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN

Por estas razones, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas novecientos treinta y cuatro del treinta de enero de dos mil trece, en cuanto condenó a AURIMAS BRASAS O TOMAS BUTKUS Y MARTINAS BAMBALAS O DARIUS KRUDAUSKAS como autores del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado a quince años de pena privativa de libertad, trescientos días multa y expulsión del país, así como fijó en diez mil nuevos soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene. Reformándola: los **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada contra ellos por el referido delito en agravio del Estado. **ORDENARON** se archive el proceso definitivamente en este extremo y

se **ANULEN** sus antecedentes policiales y judiciales como consecuencia del presente proceso. **DISPUSIERON** la inmediata libertad que se ejecutará siempre y cuando no exista contra ellos mandato de detención emanada de autoridad competente, cursándose las comunicaciones correspondientes. **MANDARON** se remitan los autos al Tribunal Superior para los fines legales correspondientes. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTIN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

NEYRA FLORES

CSM/ast

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Diny Yurianieva Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

23 AGO. 2013

LPDERECHO.PE