

32

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3991- 2010
CALLAO

Lima. diecisiete de junio de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Martín Adalberto Reyes Montes, contra la sentencia de fojas setecientos setenta y seis, de fecha veintiuno de setiembre de dos mil diez; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO: Primero: Que, el procesado Reyes Montes en su recurso fundamentado a fojas setecientos ochenta y nueve, cuestiona la decisión de la Sala Penal Superior de condenarlo como autor del delito contra de la Salud Pública, en la modalidad de tráfico ilícito de drogas agravado, en perjuicio del Estado, alegando que las diligencias preliminares de captura e incautación se llevaron a cabo sin la presencia de su abogado defensor y sin haberle informado oportunamente de sus derechos, lo que sucedió recién horas después, en función de lo cual desconoce el contenido del acta de entrevista personal donde habría aceptado haberse acercado al lugar de intervención para recoger una maleta con droga, lo que a su juicio vulnera su derecho de defensa y no autoincriminación, pues afirma que ignoraba lo que contenía el equipaje que a pedido de un tercero recogería; que en su intervención no se le halló droga alguna y se produjo después de catorce horas de la efectuada al poseedor y transportador de la droga -el sentenciado Willi Ander Silva Vásquez-, quien a lo largo del proceso ha negado conocerlo; que no realizó ninguna de las llamadas que aquél -Silva Vásquez- recibió y contestó ya bajo la dirección policial; que jurídicamente no es posible atribuirle haber intentado recoger una droga que muchas horas antes había sido comisada y

33

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3991- 2010
CALLAO

lacrada por las autoridades policiales; por estos argumentos, solicita la absolución de los cargos imputados. **Segundo:** Que, según la acusación fiscal obrante a fojas trescientos veintinueve se imputa a Martín Adalberto Reyes Montes haber intentado recoger, el dieciocho de marzo de dos mil siete, una maleta con droga -camuflada en productos deshidratados de diferentes marcas de café, leche y otros conteniendo en total doce kilos ochocientos cuarenta y siete gramos de clorhidrato de cocaína-, que un día antes fuera comisada por efectivos policiales al sentenciado Willi Ander Silva Vásquez en su equipaje, en el aeropuerto Jorge Chávez cuando pretendía viajar a la ciudad de Sao Paulo- Brasil; se señala en la acusación que para dicho fin Reyes Montes, por orden de un tercero -no identificado- acudió y se hospedó en el Hotel Sheraton, ubicado en el distrito de Ate Vitarte, y se dirigió a la habitación trescientos cinco, donde telefónicamente los interesados de la droga le habían indicado a Silva Vásquez que se hospedara en la creencia que éste no pudo abordar el vuelo planeado para el transporte de la droga, por -supuestamente- haber extraviado su DNI; cuando en realidad se trataba de una operación de inteligencia de la Policía Nacional, puesto que la droga un día antes había sido comisada y lacrada. **Tercero:** Que, de las pruebas acopiadas en autos se determina con suficiencia la comisión del ilícito penal al haberse intervenido a Willi Ander Silva Vásquez con una maleta conteniendo sustancia cocaínica; estableciéndose igualmente que el inculpado Martín Adalberto Reyes Montes concurrió al hotel -donde se le intervino- cuando pretendía recoger una maleta con droga, ello en mérito a su declaración efectuada a nivel preliminar en su entrevista con el fiscal provincial hallándose en su poder cincuenta dólares americanos respecto de los cuales señaló primigeniamente que constituían el pago por la labor encomendada -recojo de maleta con

34

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3991- 2010
CALLAO

droga-; importe que guarda correspondencia con la tarea en mención antes que a la que indicó en sus posteriores versiones -de que se constituyó para recoger celulares-; pues la especial particularidad del encargo -esto es, de recoger una maleta de un lugar para ser entregado tres cuadras después a un tercero que se mantuvo siempre cerca del lugar de recojo- no es compatible con un mandado de traslado de celulares, sino un típico pago porque un tercero asuma el riesgo de trasladar una mercancía ilícita. **Cuarto:** Ahora bien, expuestos los hechos y determinado el comportamiento del inculpado, se advierten tres cuestiones relevantes que inciden directamente en la tipicidad de esta conducta: **i)** la droga fue descubierta, neutralizada, lacrada y puesta bajo custodia legal luego de haber sido intervenido policialmente el sentenciado Ander Willi Silva Vásquez el diecisiete de marzo de dos mil siete, en el Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" en posesión de doce kilos novecientos cuarenta y siete gramos de clorhidrato de cocaína, la que llevaba oculta en su maleta de viaje, camuflada en productos deshidratados que se disponía a trasladar hacia la ciudad de Sao Paulo – Brasil; lo que se desprende del acta de apertura, prueba de campo, pesaje, comiso y lacrado de droga obrante a fojas cuarenta y tres; **ii)** luego de ello, y al advertir la fiscalía y la policía las constantes llamadas que recibía el intervenido Silva Vásquez, se le indicó que colabore con las investigaciones, recibiendo las llamadas telefónicas que ingresaran a su celular y que "simule no haber abordado su avión por no haber portado su Documento Nacional de Identidad", contexto en el cual los traficantes -que desconocían la intervención policial y comiso de droga- le dieron al intervenido Silva Vásquez nuevas instrucciones para que se aloje en diferentes hospicios, por ellos determinados, a efectos de recobrar su mercancía ilícita, lo que fue pasivamente cumplido por el correo de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3991- 2010
CALLAO

drogas, siempre bajo la dirección y custodia policial. Es en dicho contexto, que aparece Reyes Montes que aceptó recoger la maleta del Hotel Sheraton de Ate Vitarte –desde su versión a cambio de cincuenta dólares- y entregarlo a su mandante unas cuadas después, resultando en la ejecución de tal tarea capturado en la habitación a la que acudió, donde no se encontraba la maleta ni la droga, en atención a que el día anterior había sido comisada por la policía y puesta a disposición de las autoridades; **iii)** el procesado Reyes Montes no participó en etapas anteriores al comiso de la droga en el citado aeropuerto, pues el correo de drogas Silva Vásquez no lo reconoce, menos aún le atribuye algún rol como captador, seguridad, acopiador u otro vinculado a la droga interceptada. Tal como el Ministerio Público al plantear su tesis del caso lo señala. De ahí que el ámbito de incriminación del comportamiento del procesado se circunscribe al recojo de la maleta con droga –que ya se había comisado- en el hotel. **Quinto:** Que, frente a los hechos acontecidos es de advertir que el contexto en que actuó el procesado Reyes Montes fue definitivamente estructurado por la fiscalía y los efectivos policiales, un marco simulado –pues no había maleta con droga alguna- donde se engendró la conducta calificada como delito, en tanto tal situación coyuntural –el intentar recobrar la maleta con droga- evidentemente no pudo ser configurada dentro del primigenio plan criminal. En tal virtud, el marco de la conducta imputada constituye en nuestra opinión un representativo caso de delito provocado o agente provocador. Al respecto, jurisprudencia extranjera ha conceptualizado nítidamente esta figura –la misma que es rechazada unánimemente por el orden constitucional de nuestra nación-, estimando que delito provocado es "aquel que llega a realizarse en virtud de inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembro de las fuerzas de

35

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3991- 2010
CALLAO

seguridad que, deseando la detención de sospechosos, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en un supuesto concreto, delito que de no ser por tal provocación no se hubiere producido, aunque de otro lado su compleja ejecución resulta prácticamente imposible por la prevista intervención ab initio de la fuerza policial"¹. De modo similar en otra sentencia afirma que "el delito provocado (...) aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de las Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no se hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido"². En consecuencia, se aprecia que a tenor del relato imputativo, el efectivo policial a cargo de la investigación no intercepta una operación real de recojo de droga, sino que la provocó, simuló y configuró sobre una base de hechos no previstos por el agente. En efecto, Reyes Montes a quien se le atribuye la intención de recoger la maleta conteniendo la droga, fue un tercero desconocido para el correo de drogas Silva Vásquez, sin participación en los actos previos al comiso de la droga, apareciendo recién en la etapa simulada, configurada y dirigida por el Fiscal Provincial y la Policía Nacional, con

¹ Sentencia del Tribunal Español número cincuenta y tres/ noventa y siete, del veintiuno de enero de mil novecientos noventa y siete.

² Sentencia del Tribunal Supremo Español número veinticuatro/ dos mil siete, del veinticinco de enero de dos mil siete.

34

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3991- 2010
CALLAO

un rol que nació a partir de los supuestos estructurados por éstos – falsamente tenía que recoger una maleta con droga para ser entregada a los propietarios originarios de la misma, pero realmente, ello no era necesario pues la droga se encontraba lacrada y custodiada por las autoridades del orden-, que de inicio se conocía que no se encontraba en el lugar donde se indujo, indirectamente, al recurrente a concurrir para el recojo de la sustancia ilícita. En consecuencia, los operadores, con su actuación, determinaron, indirectamente, que el encausado recurrente participe en un hecho que no se tenía propuesto realizar, esto es, intentar recoger una maleta conteniendo droga que no llegó a su destino por la detección de ésta un día antes por las autoridades. **Sexto:** De ahí que resulta necesario precisar que la utilización de artilugios, falsedades, ficciones, invenciones o disimulos por parte del órgano persecutor per se no son inválidas –su consentimiento y admisión se justifica en la obligación constitucional del Estado peruano de diseñar una política criminal eficiente para sancionar el tráfico ilícito de drogas, así como en los tratados internacionales a los que nos encontramos suscritos, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año dos mil (Convención de Palermo)- cuando su finalidad se circunscriba a la búsqueda, identificación, ubicación y detención de los agentes del delito o de los miembros de una organización criminal, pero siempre sobre la base de un delito tentado, en ejecución o ya consumado, sin ingresar rupturas relevantes en la secuencia del plan criminal, esto es, siempre con el objetivo de identificar conductas cometidas con anterioridad a la simulación policial, en tanto, en este caso el agente provocador no busca la comisión del delito o de un nuevo delito, sino los medios, formas o canales por los que el tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3991- 2010
CALLAO

está produciendo, pero de la que únicamente se abrigan sospechas –ya sea de sus responsables o de sus alcances–; sin embargo, no es posible considerar que las conductas que se generen después de la aplicación de una técnica policial fingida o falsa, que no se habría producido de otro modo, puedan constituir delitos independientes o sumar para la aplicación de alguna agravante. El matiz reside, por tanto, en que la decisión de delinquir ya esté tomada por un tercero, con lo que la actuación policial tan solo persigue descubrir un delito que, en cualquier caso, se va a cometer, si es que no se ha cometido ya. Lo decisivo por tanto es que la decisión de delinquir haya sido tomada con independencia de la actuación del agente infiltrado, en cualquier fase del "iter criminis". **Sétimo:** Que, de otro lado, es menester anotar que existen supuestos donde la intervención de un agente policial o la técnica investigativa de ingresar datos distintos a la realidad en la configuración delictiva, lejos de conculcar la legalidad, interviene legítima y decisivamente en la persecución y descubrimiento del delito. Debe distinguirse por tanto el agente provocador o delito provocado de los procedimientos especiales de investigación policial de agente encubierto y remesa controlada o entrega vigilada. "El agente encubierto o secreto es aquella persona seleccionada y adiestrada que con identidad supuesta [simulando ser delincuente] se infiltra o penetra por disposición de autoridad competente a una organización criminal, con el propósito de proporcionar [desde adentro de ella] información que permita el enjuiciamiento de los miembros que la componen determinar su estructura e identificar a sus dirigentes, integrantes, recursos, "modus operandi" y conexiones con otras asociaciones

38

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3991- 2010
CALLAO

ilícitas"³. Así también con la "circulación o entrega vigilada" se trata de permitir que las drogas, equipos o materiales vinculados al tráfico ilícito de aquéllas, así como los bienes o ganancias de esta actividad ilegal, circulen por el territorio peruano o salgan o entren en él sin ser interceptados por la autoridad competente, con el fin de descubrir o identificar a todas las personas involucradas en el delito. Se trata de conseguir pruebas para la condena de todos los partícipes y de desarticular la organización delictiva. Anótese que en el agente encubierto y la remesa controlada o entrega vigilada los miembros de seguridad únicamente observan *in persona* los hechos delictivos practicados por los autores y partícipes de la organización criminal, integrándose a los planes criminales por ellos configurados cumpliendo una función de observación de la comisión continuada del delito –como en el caso del agente encubierto–, no construye uno propio o desvía el programa criminal preexistente. En ninguno de los casos legales anotados y constitucionalmente admitidos se produce un corte en el plan criminal previamente diseñado por los sujetos activos, sino que únicamente se observa el ciclo prediseñado por los traficantes para el traslado de la droga y se aprecia la modalidad, los intervinientes y el alcance, distinto al agente provocador. En la misma línea el Tribunal Constitucional ha dejado sentado que: "agente encubierto no es lo mismo que agente provocador. El agente provocador interviene para inducir o incitar a cometer el delito [para provocar la realización del delito] y su actuación determina que una o varias personas incurran en un delito que no tenían propuesto realizar con anterioridad, o en caso no hubiesen dado inicio formal a su preparación; mientras que el

³ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano número cuatro mil setecientos cincuenta- dos mil siete/TC.

39

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3991- 2010
CALLAO

agente encubierto se infiltra en una organización criminal para determinar su estructura, funcionamiento e identificar a sus integrantes, esto es, para demostrar o acreditar que una o varias personas tenían ya la predisposición de realizar actividades ilícitas, o que continúan practicando dichas actividades y cuyo descubrimiento se pretende. El conocimiento y la voluntad de dirigir el comportamiento hacia la realización del hecho delictivo surge en este caso en la persona del autor vinculado al crimen organizado y no en el agente encubierto". (STC cuatro mil setecientos cincuenta- dos mil siete/TC, de fecha nueve de enero de dos mil ocho). Sin embargo, las prácticas legales anotadas no se asemejan a la simulación como técnica policial empleada en cuyo seno se engendró ex novo la conducta delictiva imputada.

Octavo: Consideramos oportuno establecer, a diferencia de lo anotado por la jurisprudencia extranjera –esencialmente la española y colombiana- que la imposibilidad de sancionar los denominados "delitos provocados" no radica en la invalidez de la técnica policial empleada a través de un "agente provocador" –prueba ilícita-, sino esencialmente, y antes de ello, en la imposibilidad de verificar antijuridicidad material por imposibilidad de afectación al bien jurídico protegido, de ahí que no corresponde considerar el procedimiento especial de investigación policial como prueba prohibida, en tanto, la información que de ella se obtenga respecto de los delitos ya cometidos puede ser objeto de evaluación judicial sin restricción constitucional alguna. Lo ilegal o prohibido no es la técnica policial, sino la atribución de nuevos delitos provocados durante la ejecución de la misma. **Noveno:** La justificación del serio rechazo del delito provocado radica en que desde una perspectiva de legalidad constitucional no es relevante para los fines estatales buscar, identificar, perseguir y castigar a las personas que eventualmente, ante

40

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 3991- 2010
CALLAO

determinadas circunstancias –de laboratorio estatal-, cometerían un delito específico: el sistema penal interviene siempre después –con las finalidades preventivo generales y especiales, positivas y negativas que se le atribuye- no busca castigar a posibles, potenciales o virtuales criminales, su intervención será siempre después de acaecido un hecho real, buscado, ideado, planificado y con un resultado causado jurídicamente por el sujeto activo, no se trata de un supuesto en el que el agente actúe motivado por el error; la espontaneidad y originalidad en la actuación del sujeto activo marca la pauta de su persecución penal. Desde esta perspectiva, con lo actuado se tiene entonces perfecta certeza que el procesado potencialmente cometería actos de favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, pero tácticamente en el caso concreto no puso aún en riesgo el bien jurídico protegido. Por tal motivo, consideramos que el tema puesto en cuestión no se enmarca en un supuesto de prueba prohibida, antes bien, estamos frente a una conducta que carece de antijuridicidad material por resultar un delito de imposible consecución, en tanto, la droga que en el supuesto simulado por la policía pretendía recoger el procesado se encontraba para entonces bajo la custodia policial, y con ello la imposibilidad de su reingreso al tráfico ilícito de cara a lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido Salud Pública. La acción policial, con colaboración del detenido desde luego tenía como finalidad válida la identificación de los sujetos que participaron en los ciclos anteriores de la droga, esto es, el descubrimiento de un delito ya cometido, y no la punición de las acciones posteriores a éste mediante la provocación de situaciones no calculadas por el traficante. **Décimo:** Que, en consecuencia, habiéndose provocado la circunstancia sobre la cual se condujo el

42

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 3991- 2010

CALLAO

procesado Reyes Montes, se estima que el hecho imputado no reúne la condición de antijuridicidad material requerido para la configuración delictual, por imposibilidad de vulneración o puesta en peligro del bien jurídico objeto de protección, conforme a los alcances de lo dispuesto en el artículo diecisiete del Código Penal; en tal virtud, corresponde revertir la situación jurídica del encausado, y declarar su absolución. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** la sentencia de fojas setecientos setenta y seis, de fecha veintiuno de setiembre de dos mil diez, que condenó a Martín Adalberto Reyes Montes como autor del delito contra la Salud Pública, en la modalidad de tráfico ilícito de drogas agravado, inciso siete del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, en agravio del Estado, a doce años de pena privativa de libertad, doscientos cuarenta días multa a razón del veinticinco por ciento de su ingreso diario, que debía pagar el sentenciado a favor del tesoro público; e inhabilitación por el término de dos años, conforme a los incisos dos y cuatro del artículo treinta y seis del Código Penal y fijó en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil debía abonar el sentenciado a favor del Estado y dispuso el decomiso definitivo de los bienes incautados a Martín Adalberto Reyes Montes a favor del Estado; **reformándola** lo absolvieron de la acusación fiscal formulada en su contra por el mencionado delito, en perjuicio del referido agraviado; en consecuencia, **ORDENARON** la inmediata libertad del encausado Martín Adalberto Reyes Montes, siempre y cuando no exista en su contra mandato de detención emanado por autoridad competente; **OFÍCIASE**, en el día, vía fax, a la Primera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia del Callao, a fin de concretar la libertad del referido imputado; y **MANDARON** se anulen los antecedentes policiales y judiciales generados por estos hechos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3991- 2010
CALLAO

imputados al aludido encausado, así como el archivo definitivo del presente proceso; y los devolvieron.-

S.S.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

BA/ccm

SE PUBLICO CONFORME A LEY


DINY YURIANIEVA CHAVEZ/VERAMENDI
SECRETARIA (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA