

128C2016

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las ocho horas y cinco minutos del día quince de diciembre de dos mil dieciséis.

La presente resolución es proveída por los Magistrados Leonardo Ramírez Murcia, Ricardo Rodrigo Suárez Fischnaler y Sandra Luz Chicas Bautista, en la que se pronuncian sobre el recurso de casación promovido por el licenciado José Armando González Linares, en su calidad de defensor particular del imputado **ROBERTO ANTONIO R. M.**, a quien se le atribuye la comisión del delito de **TRÁFICO ILÍCITO**, previsto y sancionado en el art. 33 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en perjuicio de la **SALUD PÚBLICA**; contra resolución de la Cámara de la Tercera Sección de Occidente, con sede en Ahuachapán, a las catorce horas del día dieciocho de febrero de dos mil dieciséis, mediante la cual confirmó la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Segundo de Sentencia de Santa Ana.

Interviene además, el licenciado Carlos Alberto Hernández Romero, en calidad de agente auxiliar del señor Fiscal General de la República.

I. ANTECEDENTES.

UNO. El proceso penal inició mediante requerimiento fiscal presentado en el Juzgado de Paz de San Sebastián Saltrillo, departamento de Santa Ana; posteriormente pasó al conocimiento del Juzgado de Instrucción de Chalchuapa, de la misma ciudad, quien ordenó apertura a juicio, remitiendo las actuaciones al Tribunal Segundo de Sentencia de Santa Ana, quien emitió sentencia condenatoria a las ocho horas con veinte minutos del día seis de enero de dos mil catorce, contra la cual la defensa técnica del imputado R. M. interpuso recurso de apelación ante la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, Santa Ana, quien decidió revocar la sentencia condenatoria dictada contra el imputado R. M. y ordenó su absolución e inmediata libertad; contra dicha decisión la Fiscalía interpuso recurso de casación (Ref. 361C2014), obteniéndose su anulación y ordenándose a la Cámara de la Tercera Sección de Occidente, Ahuachapán, su reposición, quien confirmó la condena de primera instancia, siendo de esta última resolución dictada en segunda instancia que hoy se viene recurriendo en casación.

Según consta en la sentencia definitiva condenatoria, se establecieron como hechos probados, los siguientes: "*(...) en horas del mediodía del día treinta de mayo del año dos mil trece, los señores Roberto Antonio R. M. y Carlos Humberto S. M., viajaban en el vehículo placas P-[...] que era conducido por el indiciado R. M., llegando a la vivienda numero veintitrés ubicada en el polígono veintitrés de la Residencial Valencia de Santa Ana, en donde Kenneth Reynaldo V. B. le entregó al procesado S. M. un paquete de forma rectangular que ocultó bajo el asiento delantero derecho del automotor, siendo que al salir de ese lugar rumbo a la carretera que de Chalchuapa conduce a Santa Ana, a la altura del kilómetro sesenta y siete fueron interceptados por agentes de la Policía, quienes al efectuarles el registro incautaron el relacionado paquete, que de acuerdo a la prueba practicada corresponde a cocaína con un peso neto de 1002.9 gramos con un valor comercial de 25,215.77 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica*".

DOS. Mediante resolución de las catorce horas del día dieciocho de febrero de dos mil dieciséis, la Cámara de la Tercera Sección de Occidente, resolvió: "*Declarase que no ha lugar a la pretensión de la apelación por los motivos invocados por el licenciado José Armando González Linares, en su calidad de defensor particular del imputado Roberto Antonio R. M.; en consecuencia, confirmase la sentencia venida en apelación (...)"(sic).*

TRES.- Contra la anterior resolución, la defensa técnica del imputado R. M. interpone recurso de casación, aludiendo los siguientes motivos:

- Motivo 1: errónea aplicación de los arts. 62, 63 Pn y 33 LRARD. Afirma el recurrente que, la juez aplicó erróneamente las circunstancias que regulan la gradualidad de las penas, pues, si el tráfico ilícito no produjo perjuicio alguno a persona determinada, debió imponer una pena menor, por lo que la fundamentación de los doce años de prisión es insuficiente; lo que fue avalado por la Cámara. Como solución pretendida, propone la correcta aplicación de los arts. 62 y 63 Pn y 33 LRARD y se absuelva a su defendido; de forma subsidiaria, solicita que se le cambie el grado de intervención de coautor a participe.

- Motivo 2: incorporación y valoración de prueba ilegal, de conformidad a los numerales 1 y 2 del art. 478 Pr.Pn. Sostiene el recurrente que, se incorporó y valoró como un elemento

probatorio decisivo la grabación de llamadas telefónicas de fecha treinta y uno de mayo del presente año, efectuadas en el teléfono del imputado Kenneth Reynaldo V. M.. En ese sentido, al valorarse, se produce una errónea aplicación del art.175 inc. Pr.Pn, ampliando el alcance de tal inciso, ya que la incorporación de esa prueba es ilegal, lo que fue avalado por la Cámara. No obstante lo anterior, al desarrollar el motivo, critica el hecho que, la Cámara no entró a valorar si la incorporación de las llamadas telefónicas es legal o no, pues según el tribunal de alzada, no son trascendentales en la sentencia para acreditar la coautoría. Como solución pretendida, quiere que, de conformidad con el art. 346 N° 7, se declare la nulidad absoluta de la prueba material y de todo lo que dependa de ella; absolviéndose a su defendido.

- Motivo 3: inobservancia del art. 4 Pn. Sostiene que se ha incurrido en responsabilidad objetiva, ya que, se analizó únicamente el resultado material realizado por el imputado, no obstante haber actuado bajo un error de tipo, sin conocimiento de que lo encontrado en el vehículo que él conducía era droga; sin embargo, la Cámara no valoró tal circunstancia, porque la juez no lo tuvo por acreditado; es decir, no valoró tal motivo, por considerar en la sentencia que, la confesión rendida no fue una confesión sino un argumento de defensa disculpante y, por ende expresa que no puede entrar a valorarse. Como solución pretendida, solicita la correcta aplicación de las reglas de la sana crítica.

-Motivo 4: errónea aplicación del art. 258 Pn. Argumenta que, su defendido nunca estuvo inmediata ni corporalmente relacionado al paquete que tenía la sustancia ilícita; no es mencionado en la intervención de llamadas realizadas a Kenneth V.; existió una declaración indagatoria de otro imputado, en la cual se establece su desconocimiento en relación a los hechos; se presume culpable por haberse bajado del automotor y luego conducirlo. Como solución, solicita la correcta aplicación del art. 4 Pn.

- Motivo 5: inobservancia de las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos de prueba de valor decisivo (art. 478 N° 3 Pr.Pn). Reclama que la Cámara avaló el hecho que en la sentencia no se haya valorado la confesión rendida por el imputado Carlos Humberto S. M.

Como solución propone que se valoré la confesión rendida por el señor Carlos Humberto S. M., y como consecuencia de esa valoración se revoque la confirmatoria emitida por la Cámara y se ordene la absolución de su defendido.

CUATRO.- Se ha verificado que la Cámara, después de recibir el libelo de casación, emplazó a las demás partes para que contestaran el recurso, conforme a lo establecido en el art. 483 Pr.Pn. En ese sentido, la representación fiscal ejercida por el licenciado Carlos Alberto Hernández Romero, indicó en términos generales, que la impugnante no desarrolla de forma clara, precisa y concordante los motivos de casación enunciados, por lo que solicita que se declare la inadmisibilidad del recurso.

II. JUICIO DE ADMISIBILIDAD.

Examinado el escrito del recurso, se advierte:

UNO. Respecto del primer motivo, si bien es cierto se enuncia como errónea aplicación de los 62 y 63 Pn, y 33 LRARD, la argumentación del recurrente no es coherente con el mismo; pues, más que aludir a la forma en que se yerra en la aplicación de dichas disposiciones, la crítica se orienta a la insuficiencia de la motivación al momento de fijar la pena de prisión, así como de la forma en que se determinó la coautoría del imputado R. M.; lo que forma parte del ámbito de aplicación del art. 478 N° 3 Pr.Pn. El hecho que el recurrente, aluda a que el tráfico ilícito no produjo perjuicio en personas determinadas, que existe responsabilidad objetiva, que nunca tuvo contacto telefónico con las personas involucradas en la transacción de droga, no tuvo dominio corporal e inmediato sobre la sustancia; son meras afirmaciones que no satisfacen la justificación de un motivo de errónea aplicación de las disposiciones legales enunciadas.

DOS. En cuanto al segundo motivo, el recurrente enuncia las causales N° 1 y 2 del art. 478 Pr.Pn, indicando que la Cámara avaló la incorporación de prueba ilícita; sin embargo, al desarrollar sus argumentos, se infiere que circunscribe su crítica a que la Cámara no valoró la legalidad o ilegalidad de la incorporación de las llamadas telefónicas, ya que, según el tribunal de alzada, no

son trascendentales en la sentencia para acreditar la coautoría del imputado R. M.; crítica que se circunscribe al ámbito de aplicación del art. 478 N° 3 Pr.Pn.

TRES. En lo atinente a los motivos tres y cinco, de la argumentación de los mismos, se desprende que la crítica está dirigida al hecho que la Cámara no tomó en cuenta la declaración del imputado Carlos Humberto S. M., a la que el recurrente califica como una confesión; agravio que forma parte del ámbito de aplicación del art. 478 N° 3 Pr.Pn.

CUATRO. En lo pertinente al cuarto motivo, aunque se enuncie como inobservancia del art. 258 Pr.Pn, al revisar su contenido, se puede denotar que la inconformidad del apelante gira alrededor de la insuficiencia probatoria para condenar a su representado, porque su defendido nunca estuvo inmediata ni corporalmente relacionado al paquete que tenía la sustancia ilícita; no es mencionado en la intervención de llamadas realizadas a Kenneth V. ; existe una declaración indagatoria de otro imputado, en el cual se establece el desconocimiento de su representado en relación a los hechos; se ha presumido culpable a su representado porque se observó que se bajó del automotor y posteriormente lo condujo.

Sin embargo, en el escrito de casación, no se advierte una argumentación tendiente a evidenciar a esta Sala las falencias en que habría incurrido el tribunal de alzada al momento de controlar la legalidad de la sentencia condenatoria apelada en lo atiente a la insuficiencia probatoria alegada, sino más bien, muestra su inconformidad con la sentencia emitida por el juez de primera instancia; y, siendo el caso que la competencia de esta Sala se encuentra limitada a los dominios que fueron objeto de control en segunda instancia, las acotaciones que pueden ser conocidas en casación, son las que han sido objeto de análisis y pronunciamiento por parte de la Cámara; lo que no se cumple en el caso que nos ocupa y, por esta razón deberá declararse la inadmisibilidad de este motivo de casación.

CINCO. En cuanto a la soluciones propuestas en los primeros dos motivos, se denota que el recurrente ha confundido los conceptos de solución y pretensión; pues la primera, consiste en la propuesta del peticionario, mediante la que sugiere al tribunal que conocerá del recurso su interpretación de las disposiciones objeto de la infracción que estima como correctas; en cambio

la última, estriba en lo que se pretende lograr con el recurso. En ese sentido, en el primer motivo, el peticionario hace una mezcla entre la solución y la pretensión, ya que, la correcta aplicación de los arts. 62 y 63 Pn constituye la solución y la absolución de su defendido es la pretensión. Consideraciones que se replican respecto del segundo motivo, en el que la declaratoria de nulidad y subsecuente absolución constituyen la pretensión, no la solución, la que de la lectura del recurso, se infiere que es considerar la ilicitud de la prueba material de la grabación telefónica y su consecuente exclusión.

SEIS. Con las anteriores salvedades y aplicando un criterio de flexibilidad, se puede entender cuáles son los motivos de agravio, así como las soluciones propuestas, por lo que admítase el recurso en los términos antes expuestos.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Analizando el recurso, su contestación y la resolución que confirma la sentencia condenatoria, se considera:

A. SOBRE LA INSUFICIENTE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA RESPECTO DE LA COAUTORÍA Y MONTO DE LA PENA DE PRISIÓN.

UNO. La crítica descansa en la insuficiencia de la motivación respecto de la forma en que se determinó la coautoría del imputado R. M. y el monto de la pena de prisión; lo que forma parte del ámbito de aplicación del Art. 478 N° 3 Pr.Pn. Al respecto, la sala acota: La motivación de las resoluciones supone la obligación para todo tribunal de justicia, de exponer las razones y argumentos que le conducen al fallo judicial, sobre los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que lo sustentan; con ella se produce la convicción respecto a los medios probatorios que desfilan durante el juicio, y que, en atención a la inmediación judicial, se hace posible su contacto directo y su valoración, la que se apoya en las reglas de la sana crítica.

La motivación, para que sea completa, debe estar referida tanto a las cuestiones de hecho como a las de derecho. En el caso particular de la sentencia definitiva, comporta la existencia de tres

niveles o apartados de análisis. El primero, debe contener una relación del hecho histórico, en donde se fija de manera clara, precisa y circunstanciada la especie que se estima acreditada sobre la cual se emite el juicio; a este nivel se le denomina fundamentación fáctica. En el segundo nivel, tenemos que ese hecho acreditado debe tener un sustento probatorio, y con ello entramos a lo que se denomina fundamentación probatoria, en la cual se distinguen: la fundamentación probatoria descriptiva y la fundamentación probatoria intelectiva.

En la fundamentación probatoria-descriptiva se debe consignar cada elemento probatorio útil involucrado, mediante una referencia explícita a los aspectos más sobresalientes de su contenido. En la fundamentación probatoria-intelectiva, es el momento en donde el juzgador se dedica a la valoración propiamente dicha de la prueba, de una manera global, vinculando cada uno de los elementos probatorios que suministran los distintos medios de prueba introducidos en el debate, es decir, al momento de su producción. En el tercero, el juzgador subsume el hecho acreditado en la norma sustantiva que considera aplicable o manifestando su negativa a aplicarla y además, según el caso, indicará lo relativo a la autoría o participación y a la pena imponible, esto es a lo que se denomina fundamentación jurídica.

DOS. Del libelo recursivo del impetrante, se denota que, a su juicio la sentencia no cumple con los rubros probatorio intelectivo y jurídico, porque no se explicitan las razones por las cuales se tuvo por acreditada la coautoría y no se justificó el monto de pena impuesto, respectivamente.

TRES. Al revisar la decisión recurrida, se advierte que la Cámara acotó:

[...] 2. A fs. 551, bajo el acápite "CALIFICACIÓN LEGAL Y SANCIÓN APLICABLE", la jueza sentenciadora literalmente dijo: "(...) Se toma en cuenta que por la forma en que era transportada dicha sustancia oculta en el interior del vehículo (...) son circunstancias que llevan a concluir sobre la intención (sic) dolosa de ambos acusados de participar de forma conjunta en el transporte de la mencionada sustancia compactada para comercializarla. Pues es claro que entre ambos acusados hubo el acuerdo de un plan preestablecido para lograr la finalidad de transportar dicha sustancia, ya que ambos incoados se conducían en el precitado automóvil, desempeñando además la tarea relevante en esa conducta ilícita en su calidad de conductor en el

transporte de esa sustancia. Ambos acusados fueron ubicados por los agentes policiales desde que fueron observados cuando platicaban con el sujeto KENNETH REYNALDO V. B., quien fue el que les proporcionó la mencionada droga para su transporte hacia la ciudad de San Salvador".

3. *Al respecto hemos de decir que, si bien es cierto que la sentenciadora no ha descrito detalladamente la adecuación dogmática de la conducta mostrada por los encausados en los requisitos de la coautoría; cierto es, también, que del párrafo que hemos transscrito (así como de los hechos probados en juicio) se detectan las exigencias típicas de dicha forma de intervención delictiva.*

A. *El plan del autor en común se advierte por el hecho de haber viajado ambos desde San Salvador hacia Santa Ana, desplazándose juntos en un vehículo que era conducido por Roberto Antonio R. M., haber llegado a una colonia del área rural de esa ciudad, tener contacto con un sujeto que le entregó a uno de ellos un paquete conteniendo una gran cantidad de droga cocaína, esconder ese paquete bajo el asiento del copiloto del vehículo y desplazarse en el mencionado automotor hacia San Salvador, siendo conducido por el mismo imputado R. M. Todos estos hechos indicadores hacen concluir que ambos encausados tenían un plan en común.*

B. *La distribución de roles puede apreciarse fácilmente, debido a que los dos sujetos que iban en el vehículo tuvieron tareas funcionalmente asignadas, puesto que mientras uno era el que condujo el vehículo desde San Salvador a Santa Ana y viceversa, el otro fue el encargado de contactar al sujeto que le proporcionó la droga; significa, también, que este otro individuo que les entregó la sustancia ilícita formaba parte de la organización criminal, con funciones o rol distinto y específico.*

C. *De igual manera, la conducta del encausado Roberto Antonio R. M. fue relevante porque no se aportó prueba indicadora que haya existido, en ese momento preciso, otra forma de desplazarse y transportar la droga de una ciudad a otra; por ende, si este encartado desistía de su conducta la consumación del ilícito se imposibilitaba. En ese orden de ideas, al hacer una exclusión mental hipotética de la conducta desplegada por el señor R. M., es obvio que en ese*

momento resultaba imposible el transporte de la droga si él no lo hubiera realizado; demostrándose lo trascendente de su aporte a la consumación del delito.

En vista de lo expuesto se denota que los elementos probatorios indican la existencia de la coautoría (...).

(...) Como todos sabemos, las reglas que todo juez debe tomar en cuenta para fundamentar la imposición de una pena específica se encuentran detalladas en el art. 63 CP. Entonces, cuando el juez cumple con estas normas dosimétricas de la pena (siempre que sean pertinentes) habrá fundamentado adecuadamente la misma; de lo contrario, degenera en una insuficiente fundamentación.

4. *A efecto de verificar si la sentenciadora ha incurrido en el vicio señalado, es decir si ha incumplido las reglas de la determinación de la pena y ha sido insuficiente en su fundamentación, hemos de transcribir lo pertinente de la sentencia y examinar la existencia o no del vicio alegado.*

A fs. 551 se lee "(...) en el presente caso no se ha producido perjuicio alguno a persona determinada, sin embargo se puso en peligro la salud de la sociedad salvadoreña. Los acusados (...) son mayores de edad a la fecha de los hechos (...) por lo que conocían perfectamente el carácter ilícito de los mismos. No se alegaron circunstancias excluyentes ni circunstancias modificativas de responsabilidad penal, por lo que la pena máxima solicitada por la parte acusadora no es atendible en este caso (...)".

También, en párrafos precedentes al que hemos transcrita la jueza dijo que los imputados participaron de forma conjunta en (...) el transporte de la mencionada sustancia compactada para comercializarla (...); y, que el transporte es (...) para movilizar la mercancía y llegar a los puntos de venta de la misma (...)".

5. *De los anteriores razonamientos fácilmente podremos concluir:*

Que, aunque sea de manera escueta, la jueza sentenciadora ha dado cumplimiento, en lo pertinente, a las reglas para la determinación de la pena impuesta al justiciable R. M.; puesto que, por tratarse de un peligro abstracto, ha expresado que la conducta de los encausados puso en peligro la salud de la colectividad, y eso es obvio puesto que la cantidad de droga era bastante mayor y se trata de las drogas más duras que existen en el mercado ilegal; que por la mayoría de edad de los imputados se infiere que tienen un mayor conocimiento de la antijuridicidad o ilicitud de sus conductas; que las razones que les motivaron para delinquir fueron comerciales, monetarios o financieros, que no existen agravantes ni atenuantes para examinar; y, observamos también, que al no haberse presentado ninguna prueba que les excluyera de responsabilidad penal la jueza omitió referirse a detalles sobre la culpabilidad de los incaudos; aunque indirectamente si lo hace porque hizo alusión a la conciencia de la antijuridicidad de los encausados y la mayoría de edad que les ubica en la calidad de imputables, que son requisitos para la culpabilidad.

Resumimos, entonces, que no es cierto lo manifestado por el apelante, en el sentido que la fundamentación de la sentencia ha sido insuficiente] (Sic).

CUATRO. De los párrafos arriba transcritos, se vislumbra lo siguiente:

- 1) La jueza de sentencia abordó de forma lacónica el tema de la coautoría, no precisó los presupuestos que la conforman, ni realizó un juicio de subsunción al caso que nos ocupa; sin embargo, tal y como lo hace ver la Cámara, de la argumentación de la *a quo* y de los hechos probados en la vista pública, se logran vislumbrar los elementos que la conforman.
- 2) Respecto a la determinación de la pena, se reconoce que existe una somera motivación por parte de la jueza sentenciadora en cuanto al peligro en que la conducta de los imputados puso la salud de la sociedad salvadoreña; el conocimiento de la ilicitud por parte de aquéllos debido a su edad; la no concurrencia de circunstancias excluyentes o modificativas de la responsabilidad penal.

3) Sin embargo, ante la precaria motivación de la sentencia de primera instancia, la Cámara, aunque no señaló por su nombre a su tarea, realizó una fundamentación complementaria a la expresada por la juzgadora, tal y como se lo faculta el art. 476 Pr.Pn, que bajo el acápite *Rectificación*, reza:

"Los errores de derecho en la fundamentación de la resolución impugnada, que no hayan influido en la parte dispositiva, no la anularán, pero serán corregidos, así como los errores y omisiones formales y los que se refieran a la imposición o el cómputo de penas. Asimismo el tribunal, sin anular la sentencia recurrida, podrá realizar una fundamentación complementaria". (Sic).

CINCO. Con esa base en lo anterior y partiendo de los hechos acreditados en el debate, la Cámara consignó los elementos configurativos de la coautoría así como las proposiciones fácticas de donde los infiere. Para el caso, el plan del autor en común, que lo infirió de diversos indicios: el hecho de haber viajado ambos desde San Salvador hacia Santa Ana, ambos se desplazaron juntos en un vehículo conducido por Roberto Antonio R. M., el haber llegado a una colonia del área rural de esa ciudad, el tener contacto con un sujeto que le entregó a uno de ellos un paquete que contenía droga, el esconder el paquete bajo el asiento del copiloto y desplazarse en el mismo automotor rumbo a San Salvador; y la distribución de roles, porqué puede deducirse que los sujetos que iban en el vehículo tuvieron roles funcionalmente asignados: uno condujo el vehículo; el otro fue el encargado de contactar al sujeto que le proporcionó la droga.

SEIS. Y respecto a la determinación de la pena, la Cámara alude a la cantidad de droga, su clasificación como droga dura dentro del mercado ilegal y a las razones de carácter comercial que motivaron a delinquir. En ese orden de ideas y con la salvedad antes hecha, puede afirmarse que se ha motivado de forma mínima pero suficiente la coautoría del imputado Roberto Antonio R. M. y el monto de la pena de prisión impuesta; por lo que no procede acoger el reproche del impetrante por este motivo.

B. SOBRE LA NO VALORACIÓN DE LA ILCITUD DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS.

UNO. A criterio del recurrente, la Cámara no se pronunció respecto al tema de la ilicitud de la intervención telefónica. En ese sentido, se hace necesario revisar el contenido de la decisión de alzada, a efecto de verificar la procedencia de tal reclamo. Sobre ello, la Cámara sostuvo: *"No obstante, al margen de las disquisiciones que puedan hacerse sobre la legalidad de la incorporación y valoración del referido medio de prueba, esta cámara prefiere atender al principio de trascendencia de la "nulidad", en el sentido que no resulta legítimo anular un acto que no sido determinante en la decisión judicial; o sea que para no incurrir en la defenestrada "nulidad por la nulidad" se deben declarar nulos aquellos actos que son trascedentes por ser violatorios de derechos fundamentales, o aquellos que afectan formalidades insalvables y han sido denunciados oportunamente.*

(...) En ese orden de ideas, y aunque el imparante alegue que la prueba en comento tiene un valor decisivo en el fallo judicial, esta curia estima que realmente no lo es por las siguientes razones:

A. Si bien es cierto que las intervenciones telefónicas se hicieron en el marco de una investigación criminal dirigida hacia una persona distinta a los imputados; cierto es, también, que dentro del área de esas intervenciones los encausados no habían sido individualizados; por lo que la información obtenida de esa manera fue útil como una notitia criminis de sus actos, que conllevó a la vigilancia de la vivienda de la persona que estaba siendo intervenida telefónicamente; y, como consecuencia de ello, resultó la captura de los actualmente condenados; es decir, que este último acto fue una cuestión meramente circunstancial.

B. A efecto de verificar la trascendencia de la intervención telefónica en la captura de los procesados, hemos de tomar en cuenta, como ya lo expusimos, que dicha forma de indagación solo fue útil como un acto inicial de investigación en cuanto al actuar de los encausados, lo que no es ilegal ni ilegítimo pues la notitia criminis puede llegar hasta los órganos persecutores de distintas formas, hasta de manera anónima; por ende, la forma en que la agencia policial obtuvo la información sobre el potencial actuar delictivo de los imputados no se reputa como ilegal.

C. De igual manera, el medio de prueba sometido a cuestionamiento no tiene la trascendencia alegada, puesto que al hacer heurística y excluir mental e hipotéticamente ese medio de prueba el resultado de la decisión judicial resulta ser similar al que se obtuvo; ya que, es innegable la presencia de los justiciables en el momento y lugar de cometimiento del delito en estudio; y, además, tal y como lo hemos señalado en los considerandos I y II de esta sentencia, el dolo en la conducta delictiva de Roberto Antonio R. M. se ha construido a partir de haber conducido el vehículo en el que la droga era transportada; así como la coautoría en su forma de intervención criminal; todo esto al margen de los elementos de prueba que contiene la intervención telefónica; ergo, ésta resulta ser intrascendente para que la juzgadora a quo haya llegado al fallo condenatorio (...)". (Sic).

DOS. De las acotaciones de la Cámara, se advierte lo siguiente:

- 1) El tribunal de alzada era consciente del planteamiento de la defensa técnica atinente a la ilicitud de la intervención de las telecomunicaciones; sin embargo, al margen de esa circunstancia, prefirió enfocarse en la "*trascendencia de la nulidad*" (Sic).
- 2) También aludió al hecho que la intervención telefónica se realizó en el ámbito de una investigación dirigida hacia una persona distinta a los procesados y la información obtenida de tal actuación sirvió de noticia criminal respecto de estos últimos.
- 3) Además, haciendo un ejercicio de exclusión mental hipotética de la información obtenida de la intervención telefónica, el curso de la decisión no habría cambiado, porque el dolo y la coautoría del imputado R. M. se ha construido a partir de otros elementos probatorios, por lo que la misma es intrascendente.

TRES. La defensa técnica alegó en su apelación, la posible ilicitud de la intervención telefónica por violación al derecho a la inviolabilidad de las telecomunicaciones de su defendido, en el sentido que la intervención telefónica no era dirigida contra él, sino contra el señor Kenneth V.; sin embargo, de las acotaciones de la Cámara, queda claro que, al margen de haber calificado de no decisivos los elementos probatorios obtenidos de la intervención telefónica, omitió

pronunciarse sobre el punto de la ilicitud de dicha prueba por posible violación al derecho a la inviolabilidad de las telecomunicaciones del imputado R. M..

CUATRO. Advertido lo anterior, habrá de estimarse si el mismo pudo haber causado un perjuicio al recurrente. Debido a que se trata de razonamientos que tienen que ver con la licitud o ilicitud de la evidencia recabada y utilizada para sustentar la confirmación de la sentencia condenatoria de primera instancia, habrá que determinar el impacto que la respuesta habría tenido en la parte dispositiva del fallo, luego de hacer un ejercicio de inclusión mental hipotética, a efecto de establecer si la respuesta a ese planteamiento pudo variar el curso de la decisión de alzada.

CINCO. En ese orden de ideas, como punto de partida, los suscritos consideran que la Cámara ha incurrido en imprecisiones terminológicas, común en la jerga de la praxis judicial, confundiendo los términos nulidad (arts. 345-349 Pr.Pn) y exclusión probatoria (art. 175 inc. 2 Pr.Pn), siendo figuras totalmente diferentes. No obstante, cabe decir, que ambas -tratándose del supuesto de nulidad absoluta del art. 346 N° 7 Pr.Pn- tienen como punto de convergencia la inobservancia de los derechos fundamentales de la persona; sin embargo, ambas instituciones tienen ámbitos de aplicación diferentes; para el caso de la nulidad procesal, recae sobre actos procesales; por su parte, la exclusión probatoria recae sobre la actividad de obtención de la prueba.

La nulidad, busca corregir vicios que suceden durante la tramitación de un acto del proceso en el que se toma una decisión judicial, especialmente relativa a una etapa del proceso. Cuando la decisión o el acto se realizan contra *legem*, o en forma no regulada, y violatoria de derechos y garantías, causando un efectivo perjuicio que no pueda subsanarse de otro modo, la decisión o el acto judicial se deja sin valor y se repone. Pero cuando se trata de un acto cuya finalidad es la recolección de prueba o evidencia, y este acto está viciado, no se anula el proceso sino que se excluyen de valoración los elementos de convicción así recabados.

SEIS. Aplicando esa acotación al caso que nos ocupa, es obvio que la actividad de intervención telefónica constituye un acto de obtención de información probatoria, por lo que en caso de

inobservancia de algún derecho fundamental en la práctica de ese acto, constituiría prueba ilícita, y si se dan los presupuestos, la información puede ser excluida, no anulada.

SIETE. Aclarado lo anterior, es necesario verificar si la información obtenida de la intervención telefónica constituye prueba ilícita. En esa tónica, es pertinente acotar que, uno de los ejes rectores que informan en materia de intervención de las telecomunicaciones es el principio de especialidad, en virtud del cual, la resolución que autorice la intervención de una telecomunicación debe especificar el hecho que se está investigando, su adecuación típica, la persona afectada, la terminal telefónica a intervenir y el tiempo que durará esa autorización. Al margen del cumplimiento de dicho principio, en el desarrollo de la intervención telefónica puede surgir información concerniente a delitos en flagrancia o no y personas distintas al objeto para el que originalmente fue autorizada; a esta clase de información es a la que se cataloga como hallazgos o descubrimientos casuales.

OCHO. El tema de los hallazgos casuales es uno de los aspectos más polémicos en materia de intervención de telecomunicaciones, desde distintas aristas, tales como: a) si atenta contra la inviolabilidad de las telecomunicaciones de personas no consignadas en la orden judicial; b) si la información obtenida puede ser utilizada en otro proceso penal para generar convicción o solo puede ser utilizada como noticia criminal. Las soluciones al respecto, no son pacíficas; sin embargo, dependerá de cada caso en concreto, atendiendo a la gama de situaciones que pueden suscitarse, para el caso:

"a) Inicialmente se autorizó la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones a fin de investigar un delito en concreto y durante el transcurso de la investigación aparece otro distinto pero íntimamente relacionado con el primero. Se trata de descubrimientos causales que provienen del imputado, pero sobre otros hechos delictivos no investigados, por ejemplo la intervención inició por el delito de tráfico de drogas pero, dentro de esta se estableció que también se estaba dando de forma relacionada, el delito de legitimación de capitales. Dada la conexión entre estos dos tipos de delito no es necesaria una ampliación de la orden de intervención, pues para ambas delincuencias están permitidas este tipo de intromisión.

Aunque por estrategia investigativa, el Ministerio Público podría estar interesado en que las causas se lleven de forma separada.

b) Los nuevos hechos delictivos, se encuentran dentro de los tipos penales por los cuales se permite una intervención telefónica, pero no están relacionados con la investigación inicial. En este caso, el juez deberá ampliar la misma y de esta manera legitimar la imposición de esas escuchas, pues de acuerdo con el principio de especialidad del hecho delictivo y fundamentación debe motivarse las razones de necesidad y proporcionalidad de investigar esos nuevos hechos a través de este instrumento (...).

c) Los nuevos hechos delictivos, no están dentro de la lista que la ley permite investigar a través de las intervenciones telefónicas, estén estos relacionados o no con el delito inicialmente investigado.

d) Hechos delictivos de terceros, que no son el imputado ni sujeto pasivo de la medida, pero sobre el hecho investigado. Se trata entonces del descubrimiento de hechos delictivos nuevos, los cuales no están incluidos en la orden de intervención y que son revelados en el transcurso de la intervención telefónica. Dado que no están inmersos dentro de la lista de delitos susceptibles de ser intervenidos, no es posible tenerlos por incluidos dentro de la orden original ni, ampliar la misma u ordenar una nueva". (Gullock V. , Rafael: "Las intervenciones telefónicas: con jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, Sala Tercera, Tribunal de Casación Penal, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Español, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", 1. Ed, 2008, Heredia, San Joaquín de Flores: Escuela Judicial, 2008, págs.. 76 y 77).

Al margen de los supuestos que se presenten, "(...) habrá que establecer el grado de conexidad necesario entre el hecho investigado y el hecho delictivo descubierto casualmente, imputable al propio sujeto pasivo o a un tercero, con el fin de que las escuchas telefónicas puedan ser utilizadas como prueba. En los casos que no es posible la utilización de las fuentes de prueba obtenidas a través de las intervenciones telefónicas, en un proceso distinto al que se obtienen y servirán esos hallazgos casuales como notitia criminis, que puede dar como resultado la apertura de una nueva investigación". (Gullock V. , Rafael; Op cit, Págs. 79 y 80).

NUEVE. Sobre el particular, el art. 22 de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones -en los sucesivo LEIT-, bajo el acápite *Validez en Caso de Delitos Conexos y Descubrimiento Casual de Otros Delitos*, reza: *"Si durante la intervención de las telecomunicaciones se descubre la comisión de delitos conexos a los delitos investigados que le dieron origen, la prueba obtenida será valorada de conformidad a las reglas de la sana crítica. Si mediante la intervención de las telecomunicaciones se descubre casualmente la comisión de otros delitos objeto de la presente Ley, se podrá solicitar ampliación de la autorización judicial respecto de los mismos, dentro de las setenta y dos horas siguientes a partir del registro de la telecomunicación; debiendo aplicarse en todo caso lo prescrito en el Código Procesal Penal en cuanto a la legalidad de la prueba.*

De ser procedente, el juez dictará resolución motivada sobre la procedencia de la ampliación de la medida y valorará la acumulación de los expedientes de intervención o su tramitación separada, en todo caso ante su misma autoridad.

No tendrá validez como prueba la información obtenida respecto de delitos excluidos totalmente de la aplicación de la presente Ley y que no sean conexos, la cual únicamente servirá como noticia criminal".

En la referida disposición, se regula el tratamiento de los casos de delitos conexos y descubrimiento casual de otros delitos, en los siguientes términos:

a) Si durante la intervención de las telecomunicaciones se descubren delitos conexos a los que motivaron la medida, la información será valorada conforme a las reglas de la sana crítica. Sobre el término delitos conexos, el art. 5 lit 16) de la LEIT establece una definición funcional a los efectos de esa ley, en los siguientes términos: *"(...) A los efectos de este numeral se entiende como conexo aquel delito cometido para perpetrar o facilitar la comisión de otro de los previstos anteriormente o para procurar al culpable o a otros el provecho o la impunidad"* (Sic).

Dicho supuesto no encaja en el caso que nos ocupa, pues, no se evidencia que el hecho atribuido al imputado Roberto Antonio R. M., haya sido cometido para perpetrar o facilitar la comisión de los delitos de Tráfico Ilícito y Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones

Delictivas, por los que se autorizó la intervención de sus telecomunicaciones; ni tampoco para obtener un provecho o la impunidad de la persona contra la que se autorizó la misma.

b) Si se descubren otros delitos objeto de la LEIT, se podrá solicitar ampliación de la intervención, debiendo valorarse la acumulación de los expedientes. En el caso que nos ocupa, la intervención telefónica, se suscitó en el contexto de la investigación penal por los delitos de Tráfico Ilícito y Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas; sin embargo, posteriormente se amplió a los delitos de Robo y Hurto Agravado, bajo la modalidad de crimen organizado (art. 5 lit 14) LEIT); Proposición y Conspiración para la Defraudación al Fisco, Evasión de Impuestos, Reintegros, Devoluciones, Compensaciones o Acreditamientos Indebidos, bajo la modalidad de crimen organizado (art. 5 lit 14) LEIT); Cohecho Activo y Cohecho Propio (art. 5 lit 7) LEIT); los cuales forman parte del catálogo de delitos objeto de la LEIT.

c) Si los delitos están totalmente excluidos del ámbito de aplicación de la LEIT y no son conexos, únicamente servirá de noticia criminal. Esta causal no aplica al caso bajo estudio, porque el delito de Tráfico Ilícito forma parte del catálogo de delitos del art. 5 de la LEIT.

De ahí que, ninguna de las anteriores situaciones se adegue al caso objeto de estudio.

DIEZ. En el caso que nos ocupa, la intervención telefónica, se suscitó en el contexto de la investigación penal por los delitos de Tráfico Ilícito y Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas; y ampliada posteriormente a la investigación de los delitos de Robo y Hurto Agravado, bajo la modalidad de crimen organizado; Proposición y Conspiración para la Defraudación al Fisco, Evasión de Impuestos, Reintegros, Devoluciones, Compensaciones o Acreditamientos Indebidos, bajo la modalidad de crimen organizado; Cohecho Activo y Cohecho Propio; en contra de los investigados Roberto Antonio H. H., santos Noé N. R. P., Juan Antonio A. O., José Arturo Simeón M. A., Edgar Alexander R. D., Nestor Stanley C. L., José Humberto Q. G., **Kenneth Reynaldo V. B. y otros.**

ONCE. El contenido de dicha intervención telefónica fue utilizado en el proceso penal instruido contra el imputado Kenneth Reynaldo V. B., por los delitos de Tráfico Ilícito y Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, en el Juzgado Especializado de Instrucción de San Salvador. Asimismo, el contenido de esa misma intervención, es el que se ha utilizado en el proceso penal instruido contra los imputados Kenneth Reynaldo V. B., Roberto Antonio R. M. y Carlos Humberto S. M., por el delito de Tráfico Ilícito, en el Juzgado de Instrucción de Chalchuapa, Santa Ana, y el Tribunal Segundo de Sentencia de la misma ciudad.

DOCE. Con base en lo anterior, el recurrente sostiene la ilicitud de la intervención telefónica por vulneración al derecho de la inviolabilidad de las telecomunicaciones de terceras personas, en el sentido que, ni la autorización original ni su ampliación consignan a esos terceros, entre ellos los imputados Roberto Antonio R. M. (por quien se conoce del recurso) y Carlos Humberto S. M., así como el sujeto mencionado como Carlos A., quien era uno de los interlocutores que aparecía en las comunicaciones intervenidas al imputado Kenneth Reynaldo V. B.

TRECE. Ciertamente que, el imputado Roberto Antonio R. M. no es de la gama de sujetos contra quienes se ordenó la intervención telefónica originalmente ni en su ampliación; pues, en la transcripción de la intervención telefónica relacionada al imputado Kenneth Reynaldo V. B., se alude a dos sujetos, los cuales no estaban comprendidos entre las personas contra los que se estaba practicando la intervención telefónica; sino que surgen durante comunicaciones telefónicas intervenidas, entre el imputado V. B. y otros interlocutores. Diferente es el caso del señor Kenneth Reynaldo V. B. -quien es el denominador común en ambos procesos, relacionados a delitos de droga (el primero, tramitado en la competencia especializada; el segundo, en la competencia común)-; ya que, él está contemplado entre los sujetos contra los que se ordenó la intervención telefónica.

CATORCE. Ahora bien, respecto de los interlocutores que puedan tener comunicación con el interlocutor intervenido, es importante destacar que, *"Si bien el tema es una consecuencia ínsita en el medio de recolección de elementos buscados que es la vía de las telecomunicaciones, más precisamente del teléfono que por su estructura técnica permite que no sólo el afectado sea interceptado y grabado sino también todos los que se comunican con él (...)"*. (Carbone, Carlos

Alberto: "Requisitos Constitucionales de las Intervenciones Telefónicas", 1. Ed, 2008, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 370); pues, "(...) el propio legislador constitucional vislumbró restricciones al derecho del secreto de comunicación, no de modo expreso, claro está, para las cuales no se podría contar con los requisitos de la intervención indiciaria, ni de la especialidad ni de la proporcionalidad.

Y el primer ejemplo surge de la propia norma que autoriza las intervenciones telefónicas o de la correspondencia: dada la naturaleza comunicacional del medio que se interviene y enlaza por lo menos a dos sujetos, el que habla y escucha y viceversa a través del teléfono, o al que escribe una carta y a quien la lee, el legislador implícitamente consideró que por ello era inevitable restringir el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia en sentido lato de cualquier interlocutor telefónico (hijos, amigos, colegas del sospechoso) o del despachante de la carta sin que sean siquiera sospechosos de cometer delito alguno. Y no parece aconsejable que apenas surjan estos diálogos aparentemente desvinculados del objeto de la intervención ésta se paralice o interrumpa para evitar la restricción de la libertad comunicacional de personas ajenas al caso, ya que no puede descartarse que hablen en clave, o sean utilizados por el sospechoso como meros instrumentos, por ejemplo para trasladar un paquete que contiene sustancias estupefacientes sin saberlo. Es lo que se conoce como restricción inevitable.

Esta restricción está pergeñada también originalmente en el legislador, imbricada en la potestad de interceptar o intervenir comunicaciones postales y telefónicas en razón de la naturaleza del medio de comunicación objeto de la intromisión legitimada constitucionalmente". (Carbone, Carlos Alberto; *op cit*, págs. 395 y 396).

QUINCE. De ahí que, por la propia naturaleza de la intervención telefónica, la cual conlleva la participación de al menos dos interlocutores, en caso que uno de ellos tenga intervenida su terminal telefónica mediante una orden judicial que así lo autorice, el otro u otros interlocutores que tengan comunicación con la persona intervenida telefónicamente, de forma inevitable verán afectado su derecho a la inviolabilidad a las telecomunicaciones. En ese sentido, al ser la persona nominada como Carlos A., uno de los interlocutores con los que mantenía comunicación el señor Kenneth Reynaldo V. B. (interlocutor intervenido), respecto de él, no hay afectación ilegitima a la inviolabilidad de sus telecomunicaciones.

DIECISÉIS. En el caso que nos ocupa, no se advierte la obtención de prueba ilícita producto de la referida intervención telefónica; pues, ha mediado una orden judicial que la autorizaba, dirigida contra Kenneth Reynaldo V. B., quien era investigado por el delito de tráfico ilícito, y en unas de sus conversaciones intervenidas -tal y como se desprende del contexto en que se suscitaron los hallazgos descritos en la transcripción de las intervenciones telefónicas-, se puede denotar que relaciona a dos sujetos, los cuales no estaban contemplados en el grupo de personas contra los que se había autorizado la intervención telefónica; sin embargo, se puede inferir que eran parte de una estructura o plan criminal al que pertenecía o del que formaba parte el imputado Kenneth Reynaldo V. B. y otros de los interlocutores relacionados en las intervenciones telefónicas, de los que no se tuvo conocimiento al momento de autorizarla ni de ampliarla, lo que es entendible, si tomamos en cuenta la complejidad de las actividades del tráfico ilícito de droga y la mutabilidad de los miembros de las estructuras que se dedican a ese tipo de actividades. De ahí que, la información obtenida de la intervención telefónica es lícita.

DIECISIETE. En consecuencia, haciendo un ejercicio de inclusión mental hipotética del resultado del análisis de ilicitud de la intervención telefónica, incluyéndolo en la motivación de la Cámara, el resultado no habría variado, porque la información obtenida de la intervención telefónica es lícita; por lo que no lleva la razón el recurrente.

C. SOBRE LA NO VALORACIÓN DE LA VERSIÓN DEL IMPUTADO CARLOS HUMBERTO S. M.

UNO. A criterio del recurrente, la Cámara no se pronunció respecto al motivo de su recurso de apelación en el que criticaba el hecho que la jueza de sentencia no valoró la confesión rendida por el imputado Carlos Humberto S. M., la cual desacredita la coautoría atribuida al imputado Roberto Antonio R. M. En ese sentido, se hace necesario revisar el contenido de la decisión de alzada, a efecto de verificar la procedencia de tal reclamo. Sobre ello, la Cámara sostuvo:

[1. Con el propósito de examinar si el apelante lleva la razón en su queja hemos de transcribir lo pertinente a este asunto:

Consta a fs. 548 que la jueza a quo describió la declaración rendida por el imputado Carlos Humberto S. M.; y, a partir de esa foja y la siguiente nos proporciona detalladamente las razones por las que no calificó como confesión la referida declaración; y, también porque no le merece credibilidad lo manifestado por ese imputado. En tal sentido, no es cierto lo alegado por el defensor, puesto que la sentenciadora sí valoró la declaración del señor Carlos Humberto S. M., y la ponderó de tal manera que su valoración fue negativa, porque, como ya expusimos, no le confirió la calidad de confesión; por ello, dicha deposición no pasó de ser un simple medio defensa y no alcanzó a constituir un medio de prueba] (Sic). Posteriormente continúa transcribiendo las razones por las que la jueza de sentencia no calificó como una confesión la versión del imputado S. M.

DOS. De las acotaciones de la Cámara, se logra advertir que, no es cierto lo manifestado por el recurrente, pues el tribunal de alzada si se pronunció respecto al motivo de apelación atinente a la supuesta no valoración de la versión del imputado Carlos Humberto S. M., aduciendo a las razones por las que consideró que la jueza de primera instancia sí valoró esa información; lo que atendiendo al ámbito de aplicación del motivo alegado en segunda instancia, la respuesta de la Cámara es coherente a lo planteado en aquel; por lo que no es de recibo el reclamo formulado por el casacionista.

IV. FALLO.

POR TANTO:

Con base en las consideraciones antes expuestas, disposiciones legales citadas y arts. 144, 147, 452, 453, 479 y 484 todos del Código Procesal Penal, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala **RESUELVE**:

- a) NO HA LUGAR A CASAR** la sentencia de mérito por los motivos alegados en el recurso de casación interpuesto por el licenciado José Armando González Linares.
- b) QUEDA FIRME** la sentencia dictada por la Cámara de la Tercera Sección de Occidente, Ahuachapán.
- c) REMÍTASE** el expediente al tribunal de procedencia, para los efectos legales consiguientes.
- d) NOTIFÍQUESE.**

L. R. MURCIA.-----R. SUAREZ F.-----SANDRA CHICAS.-----PRONUNCIADO POR
LOS MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN.-----ILEGIBLE.-----SRIO.-----
RUBRICADAS.