

447C2016

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; San Salvador, a las ocho horas del día dieciocho de abril de dos mil diecisiete.

La presente resolución es emitida por la Magistrada Doris Luz Rivas Galindo y los Magistrados José Roberto Argueta Manzano y Leonardo Ramírez Murcia, para resolver el escrito casacional presentado por la licenciada Olaya Liseth Méndez, en calidad de agente auxiliar del Fiscal General de la República, quien impugna la resolución pronunciada a las quince horas y veinte minutos del día cinco de octubre del año dos mil dieciséis, por la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente con sede en San Miguel; en donde se confirma la sentencia definitiva absolutoria, dictada a las dieciocho horas y diez minutos del día cuatro de julio del año dos mil dieciséis, por el Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel, a favor del imputado **RENÁN ISAAC B. R.**, a quien se le atribuye el delito de **POSESIÓN Y TENENCIA**, previsto y sancionado en el Art. 34 Inc. 2° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en perjuicio de la Salud Pública.

Interviene además la defensora pública del imputado, licenciada Fátima Marisol Funes Portillo.

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado Tercero de Instrucción de San Miguel, celebró la audiencia preliminar contra el referido imputado, y una vez concluida la misma, remitió las actuaciones al Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel, sede que conoció de la vista pública el día veintiocho de junio de dos mil dieciséis, dictando sentencia absolutoria en relación al encartado **B. R.**, la cual fue apelada por el ministerio fiscal, y con fecha cinco de octubre del año dos mil dieciséis la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente con sede en San Miguel, confirmó la absolutoria, la cual hoy es impugnada en casación por la agente auxiliar del Fiscal General de la República.

En el presente caso los hechos sometidos a conocimiento son los siguientes: "...El día cinco de noviembre del año dos mil quince, agentes policiales se encontraban realizando patrullaje preventivo sobre la décima avenida norte y doce calle oriente, contiguo al Centro Cultural Salvadoreño de la ciudad de San Miguel, cuando observan un vehículo Nissan, color azul, placas particulares [...], conducido por una persona del sexo masculino el cual realizaba movimientos bruscos, por lo que proceden a intervenirle, identificando al conductor con el nombre de **RENÁN ISAAC B. R.**....

Al realizarle una requisita persona; por parte del Sargento A. A. S. A., le encuentra en la bolsa delantera derecha del pantalón corto que vestía, un teléfono celular color negro, marca Alcatel One Touch, en regular estado, en la bolsa delantera izquierda, la cantidad de sesenta dólares en billetes de diferente denominación, en la bolsa trasera derecha, una cartera de cuerina color café conteniendo documentos personales, en la bolsa trasera izquierda, una porción pequeña de material vegetal en el interior de una bolsa plástica transparente anudada por la parte superior, y una porción mediana de polvo blanco en el interior de una bolsa plástica transparente, anudada por la parte superior. al registrar el vehículo encuentra en el interior de la guantera, un teléfono celular marca Nokia, color negro con blanco en regular estado; por la presunción que podría tratarse de algún tipo de droga, se trasladan a la Sección de Antinarcóticos para que el perito de la División de Antinarcóticos realice prueba de orientación a las porciones encontradas, procediendo el perito J. P. R. G., a extraer una mínima muestra de cada una de las porciones, obteniendo un resultado positivo con orientación a droga Marihuana, y el polvo blanco, positivo con orientación a droga Cocaína, en razón de dicho resultado, el Sargento Sánchez Alarcón procedió a la detención del señor B. R. a las doce horas con cuarenta minutos, del día mencionado(...)

Finalmente el técnico en identificación de drogas de la División de Antinarcóticos de la ciudad de San Miguel, concluyó que la sustancia analizada consistente en material vegetal es droga Marihuana, estableciendo un peso de 2.3 gramos, con un valor económico de \$2.62, con el cual se confeccionarían cuatro cigarrillos, y el polvo blanco es droga Cocaína, con un peso de 6.0 gramos, valorado en \$173.47." (Sic). Página 1 y 2 de la sentencia definitiva.

SEGUNDO.- La Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente con sede en San Miguel, dictó resolución en los términos siguientes: "a) **CONFIRMASE** la **SENTENCIA DEFINITIVA ABSOLUTORIA** venida en apelación, a favor de **RENÁN ISAAC B. R.**, por el delito de **POSESIÓN Y TENENCIA** (de droga)..." (Sic). Folios 34 del incidente de apelación.

TERCERO.- Al agotar el estudio de naturaleza formal, ordenado por los Arts. 483 y 484 Pr. Pn., esta Sala constata que se han cumplido los requisitos de tiempo y forma, así como el de impugnabilidad objetiva y subjetiva, por tratarse de una sentencia dictada en segunda instancia y de carácter definitivo, respecto de la cual se encuentra en desacuerdo el sujeto procesal legítimamente facultado. Al anterior acervo, se agrega que el libelo puntualiza el motivo del reclamo y cita las normas presuntamente quebrantadas; en consecuencia, **ADMÍTASE** y

decidase, la causal invocada, Art. 484 Pr. Pn.

CUARTO.- La recurrente alega, como motivo casacional, la infracción a las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de carácter decisivo, Art. 478 N° 3 Pr. Pn.

QUINTO.- Una vez interpuesto el memorial por la parte interesada, tal como lo dispone el Art. 483 Pr. Pn., se emplazó a la licenciada Fátima Marisol Funes Portillo, en calidad de defensora pública, para que emitiera su opinión técnica. No obstante su legal emplazamiento, la referida profesional omitió pronunciarse al respecto.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. De acuerdo al recurso presentado, la solicitante manifiesta que las consideraciones del Tribunal A quo no están constituidas por una razón suficiente que justifique sus argumentos, así como los expresados por la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente, ya que ponderaron erróneamente los fragmentos de la prueba vertida y destilada en juicio; es decir, el Ad quem solo tomo en cuenta la hipótesis de la defensa, valorada también por el tribunal de primera instancia; sin decir, por qué los medios de convicción presentados por el Ministerio Público Fiscal no le merecieron fe.

La inconforme manifiesta que, no obstante desfiló en audiencia la prueba consistente en: a) Acta de Remisión del Procesado; b) Diligencias de Secuestro sobre los objetos incautados; c) Certificación de Resolución emitida por el Juzgado Especializado de Instrucción de San Miguel, de la solicitud dirigida al Centro de Intervenciones de las Telecomunicaciones en donde se solicitó la intervención del número [...], que portaba el imputado Raúl Armando G., número al que llamo el imputado RENÁN ISAAC B. R.; d) Certificación de la resolución emitida por el Juzgado Especializado de Instrucción de San Miguel, del auto en donde autoriza la intervención telefónica del número anteriormente relacionado. Expediente Judicial número IMT7J3; e) Los audios que se reproducen de las intervenciones de las telecomunicaciones del Expediente Judicial número IMT7J3; f) Certificación de Álbum Fotográfico; g) Prueba Pericial; es decir, la Experticia practicada a la droga incautada y la Experticia de Análisis Telefónico; h) Prueba Testimonial en relación a la declaración de los señores C. A. A. S., A. A. S. A. y O. A. G. C.; i) Prueba Material, consistente en 2.3 gramos de marihuana y 6.9 gramos de cocaína; j) Declaración del imputado; k) Prueba Pericial, consistente en reporte de análisis Toxicológico Forense realizado en muestra correspondiente al imputado RENÁN ISAAC B. R.; y l) Prueba testimonial de descargo, señora A. L. R. A. de B.; el tribunal de primera instancia y la Cámara se decantaron

por la tesis de la defensa, obviando que la hipótesis fiscal se encontraba suficientemente sustentada.

Asimismo, alegó la recurrente que la defensa no acreditó la condición de drogodependiente del imputado. Que el ánimo de tráfico se extrae de las siguientes circunstancias acreditadas: a) la droga incautada estaba en porciones y no a granel, lo cual significa que el imputado la tenía para comercializarla y no para su consumo; b) Se le incautaron dos tipos de drogas (Marihuana y Cocaína); c) El imputado fue capturado en un lugar trascendente para la venta o distribución de drogas, no así para su consumo; y, d) las intervenciones telefónicas acreditan la finalidad de tráfico.

Por otra parte agrega, que no se le dio valor a las intervenciones telefónicas, porque no iban dirigidas a la investigación del imputado sino a un tercero, cuando el mismo imputado establece que la negociación de la droga la hizo por teléfono con el proveedor; y que de dichas escuchas se puede determinar la llamada que hubo entre [...] (la compañera de vida del imputado) y Raúl (el sujeto investigado y que proveyó la droga al imputado). Por todo esto sostiene que se ha comprobado el "ánimo de traficar" del enjuiciado, y su conducta se adecua a las descritas en el Art. 33 de la LRARD, como son adquirir, transportar, vender y distribuir entre otras.

Finalmente, pide se declare la nulidad de la sentencia de Cámara que confirma la decisión del tribunal de primera instancia de absolver al imputado B. R. por el delito de Posesión y Tenencia de droga, tipificado en el Art. 34 Inc. 2º de la LRARD; por considerar que la conducta desplegada por el encartado encaja en el tipo penal regulado en el Art. 33 de la LRARD, es decir por Tráfico Ilícito.

Expuesto los fundamentos de la inconformidad, la Sala considera que el motivo debe ser desestimado, conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

2. De la lectura de la sentencia pronunciada por la Cámara (Fs. 26 a 34 del incidente de apelación), se logra establecer que la inconforme formuló dos motivos de apelación, los cuales al encontrarse íntimamente vinculados fueron resueltos bajo un mismo acápite. De lo anterior, se puede determinar que la facultad resolutoria del tribunal de segunda instancia fue delimitada por la pretensión de la recurrente quien solicitó que la sentencia impugnada sea controlada por considerar insuficiente su fundamentación e inobservadas las reglas de la sana crítica en la valoración probatoria. Art. 475 Pr. Pn.

Se alegó en apelación que el juez sentenciador no valoró todo el material probatorio; que se

realizó una selección arbitraria de éstos; y que no manifestó las razones por las que los audios que contenían la intervención telefónica no le merecieron fe.

Tomando en consideración lo sostenido por la impetrante en la alzada, se tiene que a folios 30 del incidente de apelación, aparecen las conclusiones que construyó la Cámara a partir del estudio de la sentencia de primera instancia; sosteniendo que, a diferencia de lo alegado por la recurrente, considera -el Ad quem- que el juez A quo al absolver lo hizo valorando de forma integral y en su conjunto, tanto la prueba de cargo como la de descargo, realizando una suficiente motivación de la sentencia.

La Cámara señaló que la decisión de absolver al imputado por parte del juez sentenciador, se basó en el hecho de no haberse comprobado que la droga que poseía el imputado era para facilitar el consumo a terceras personas o con la finalidad de realizar alguna actividad de tráfico.

Consideró el Ad quem -como también lo hizo el juez A quo-, que la adquisición de las sustancias controladas fue para el consumo personal del encausado, tomando en consideración la cantidad que se le incautó consistente en una porción de material vegetal envuelta en plástico transparente que resultó ser 2.3 gramos de droga marihuana, y una porción de polvo blanco que dio como resultado 6.9 gramos de Cocaína; que la droga le fue proporcionada al imputado por una persona que al momento de la detención era investigada (Raúl Armando G.), y que la relación entre ambos sujetos se limitó a cuatro llamadas -una de ellas perdida-, cuya finalidad era ponerse de acuerdo sobre la forma en que se haría la entrega de la droga.

3. Considera esta Sala que las conclusiones a las que arribó el tribunal de segunda instancia, han sido construidas sobre la base fáctica y probatoria que el Juez A quo tuvo a la vista e inmedió en la respectiva etapa procesal. Su estructura argumentativa ha sido clara, completa, coherente y suficiente para fundamentar su decisión de haber confirmado el fallo absolutorio pronunciado en primera instancia a favor del imputado; pues de ese acervo no puede colegirse una tesis distinta, ya que como bien lo ha expresado la Cámara, se ha demostrado que el acusado adquirió las sustancias controladas con fines de autoconsumo.

Advierte este Tribunal, que más allá de la cantidad y valor de la sustancia incautada, la Cámara y el juzgado de primera instancia, han ponderado otros elementos como la prueba testimonial de cargo, la documental y pericia!, que fijaron circunstancias como el lugar de adquisición de la droga y la detención del imputado; otros objetos que portaba éste, así como el resultado del análisis químico de la sustancia la cual dio positivo a Marihuana y Cocaína. Sin embargo, de

estos datos únicamente se puede derivar que el referido acusado efectivamente adquirió la droga de un tercero, en la cantidad y variedad que ya ha sido determinada, lo que se corroboró tanto a través de la declaración del mismo encartado, como de las escuchas telefónicas; y si bien se adujo -tanto por el Ad quem como por el A quo- (página 15 y 16 de la sentencia de Cámara), que "no hay autenticidad de voces, se supera ésta limitante cuando es el mismo imputado quien manifiesta que efectivamente llamó por tres veces -más una llamada perdida- a un señor de nombre Raúl Armando G. con el fin de ponerse de acuerdo para la adquisición de las citadas sustancias, y además por "ser adicto a las drogas desde hace aproximadamente veinte años".

Siguiendo la misma línea de desarrollo, en cuanto a la falta de acreditación de la drogodependencia del imputado, diremos que la drogodependencia no es un elemento del tipo penal, ni tampoco lo es que el sujeto activo sea consumidor; es la finalidad de tráfico la que debe ser probada -y por la parte acusadora, no por la defensa-; de manera que, si no hay pruebas que generen certeza de esta circunstancia (ánimo de tráfico), ni se pueda extraer de indicios suficientes, procede la absolución del poseedor de droga, independientemente de que se haya acreditado o no, que el imputado es consumidor casual o drogo-dependiente, con más razón si existen indicios de que la obtuvo para su consumo personal tal y como se estableció en el presente caso, por tanto, impera la necesidad de confirmar la absolución del acusado como lo hizo la Cámara.

En ese sentido se ha pronunciado esta Sala, cuando sostuvo en casos anteriores que: "...No obstante, debe aclararse que el criterio cuantitativo expresado por el legislador no es aplicable de manera automática, pues, este inciso ha sido sometido a interpretación conforme a la Constitución, determinándose que en los supuestos que el destino de la sustancia es el autoconsumo, se configura una conducta autorreferente que no pueden ser objeto de sanción, de acuerdo a los límites legítimos del poder punitivo del Estado que se derivan del principio de lesividad del bien jurídico. Por ello, para imponer una pena por este ilícito en concreto, se requiere acreditar el elemento subjetivo especial denominado ""ánimo de traficar"..."". Sentencia pronunciada a las ocho horas y quince minutos del día veintidós de julio del año dos mil dieciséis, clasificada bajo número de referencia 94C2016.

Asimismo se ha dicho que: "...este colegiado casacional ha sostenido en decisiones previas, que al no demostrarse que concurre la intención de tráfico, en atención a la presunción de inocencia contemplada en el Art. 12 Cn., ha de presumirse a favor del imputado que la escasa cantidad de

droga ilícita es para consumo propio...". (Sentencia de casación bajo referencia 94C2016, de fecha 22/7/2016).

Aunado a lo anterior, es dable tener en cuenta, el principio de libertad probatoria que rige en materia procesal penal. El Art. 176 Pr. Pn., establece que: "los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por cualquier medio de prueba..."; por tanto, se tuvo el Reporte de Análisis de Toxicología Forense practicado el día cuatro de diciembre del año dos mil quince, por la licenciada Rogelina Cárdenas, profesional de Laboratorio Forense del Instituto de Medicina Legal de la ciudad de San Miguel, el cual fue ponderado tanto por la Cámara como por el A quo, en el sentido que al imputado se le detectó metabolitos de Marihuana y por ende, es razonable considerar (como lo hizo la Cámara) que lo dicho por el acusado así como por la madre de éste, en cuanto a que es consumidor de la sustancia incautada prohibida, se encuentra dentro de los parámetros de valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica.

De igual forma se tomaron en cuenta otros datos de convicción por medio de los cuales se derivó válidamente que la droga decomisada era para autoconsumo y no para venta; por ejemplo, la cantidad incautada fueron dos porciones pequeñas (2.3 gr. Marihuana y 6.9 Cocaína), las cuales si bien no estaban dispuestas a granel, como la impetrante sostiene sino que una porción de Marihuana y otra de Cocaína, esto no revela per se el ánimo de trasmitirla a terceros, pues de una forma u otra, por la exigua cantidad no se esperaría que la droga necesariamente estuviera lista para ser vendida al menudeo.

No se debe obviar el hecho de que el imputado fue detenido momentos después de haber adquirido la droga en uno de los lugares "conocidos" -como dice la recurrente- para la venta de la misma. Pero ello, así como lo mencionado supra no son condiciones determinantes del ánimo de tráfico, en atención a la poca cantidad decomisada, ni lo es la variedad de sustancias incautadas.

Por otra parte la recurrente sostiene en su libelo impugnativo, que tanto la Cámara como el tribunal de primera instancia, no valoraron las escuchas telefónicas de momentos posteriores a la captura del imputado, alegando que en éstas consta la conversación entre dos personas, una de ellas, el sujeto proveedor de la droga y, la segunda, una voz del sexo femenino; asegurando que esta última se trata de una persona, familiar del imputado, cuyo nombre es [...]. Asimismo, afirma que de las citadas escuchas telefónicas se evidencia que efectivamente la sustancia ilícita era para efectos de comercializarla.

Sobre lo apuntado supra esta Sala considera que, de la conversación entre el sujeto proveedor de la droga y la voz del sexo femenino, se desconoce si efectivamente esta última era la voz de la compañera de vida del imputado, pues efectivamente no hay autenticidad de voces, por lo tanto, es incierta la procedencia de la información, así como de la veracidad de la misma, pues no se encuentran elementos por medio de los cuales se establezca -sin lugar a dudas- que la droga incautada al acusado haya sido para fines de comercializarla.

En ese sentido, lo alegado por la inconforme carece de fundamento, en tanto que de la transcripción que hace de las escuchas telefónicas, (lo cual forma parte del recurso incoado), no se desprende que el imputado requiriera la sustancia ilícita con fines de comercializarla; por lo tanto tampoco en este punto se logra establecer el supuesto agravio.

Finalmente, habiéndose comprobado que el Ad quem expresó los motivos que justifican la decisión de confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia; y ajustándose sus razonamientos a las reglas de la sana crítica, Art. 179 Pr. Pn., y siendo además, que su resolución se encuentra dentro de los límites de la pretensión invocada en el recurso de apelación, Art. 475 Pr. Pn., no se advierte el yerro invocado por la impetrante, pues, la Cámara sí expresó razones válidas para confirmar la sentencia de absolución impugnada, las cuales hemos expuesto en párrafos precedentes.

En consecuencia, el vicio por infracción a las reglas de la sana crítica planteado por la licenciada Méndez, es inexistente por las razones anteriormente determinadas; por ende, no se logra configurar el agravio alegado. Lo que conlleva a desestimar el motivo de casación invocado y deberá declararse sin lugar las pretensiones de la recurrente de anular el proveído impugnado, debiendo la sentencia mantenerse inalterable por cumplir con los requisitos legales establecidos.

III.- FALLO

POR TANTO: De acuerdo a lo apuntado en los acápites precedentes, disposiciones legales citadas y artículos 50 Inc. 2°, 144, 452, 453, 459, 479 y 484 Pr. Pn., en nombre de la República de El Salvador, este Tribunal **RESUELVE:**

A.- Declárase **NO HA LUGAR A CASAR** la sentencia confirmatoria pronunciada por la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente con sede en San Miguel, por la inobservancia a las reglas de la sana crítica alegada por la licenciada Olaya Liseth Méndez, en calidad de agente auxiliar del Fiscal General de la República.

B.- Queda firme la providencia impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 147 Pr.

Pn.

C.- Remítanse las actuaciones a la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente con sede en San Miguel, para los efectos legales pertinentes.

NOTIFÍQUESE.

D. L. R. GALINDO.-----J. R. ARGUETA.-----L. R. MURCIA.-----PRONUNCIADO
POR LA MAGISTRADA Y LOS MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN.-----
ILEGIBLE.-----SRIO.-----RUBRICADA-----.