

386C2016

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las ocho horas con quince minutos del veinticuatro de mayo del año 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 recurso de casación incoado por el licenciado Edis Alcides Guandique Carballo, en su calidad de defensor particular del procesado **MARVIN ARMANDO C.**, quien fuera declarado penalmente responsable del delito calificado como **TRÁFICO ILÍCITO**, tipificado y sancionado en el Art. 33 de la L.R.A.R.D, en perjuicio de la **SALUD PÚBLICA**. El citado profesional solicita se controle el fallo emitido a las quince horas con cincuenta minutos del dieciséis de septiembre del año dos mil dieciséis, por la Cámara de la Segunda Sección del Centro Cojutepeque, con sede en Cuscatlán, mediante el cual se modifica la calificación de Tráfico Ilícito, dada por el Tribunal de Sentencia de Cojutepeque en su fallo condenatorio, por la de Posesión y Tenencia con Fines de Tráfico.

A sus antecedentes el escrito presentado por la señora Ana Midan C., en su calidad de madre del incoado Marvin Armando C., juntamente con la constancia médica a que el mismo se refiere, en consecuencia téngase por agregado el mismo, junto con sus anexos, que consisten en constancia diagnóstica extendida por el Doctor L. A. V. C. la cual es presentada en original y una copia fotostática que tiene como acápite “centro preventivo de Ilobasco”, y provéase la decisión de ley.

Se deja constancia que en el caso de autos, esta Sala previamente conoció del incidente de recusación tramitado bajo referencia 3-REC-2016, incoado por el licenciado Edis Alcides Guandique Carballo contra los Magistrados Propietarios de la precitada Cámara, en el que se declaró no ha lugar la recusación planteada, donde únicamente se examinó el motivo por el cual se solicitaba su separación del caso y no aspectos de fondo, por lo que se procederá a hacer las acotaciones pertinentes.

Interviene además, el licenciado Remberto Ulises Saúl Luna López, en su calidad de agente auxiliar del señor Fiscal General de la República.

I.- ANTECEDENTES.

PRIMERO: El Juzgado Primero de instrucción de Cojutepeque conoció de la audiencia preliminar contra el referido enjuiciado, y una vez concluida la misma, remitió las actuaciones al Tribunal de Sentencia de esa misma ciudad, sede que llevó a cabo la vista pública, y con fecha tres de mayo del año dos mil dieciséis, dictó sentencia condenatoria en relación al sindicado, la cual fue apelada por la defensa técnica, de cuyo recurso conoció la Cámara de la Segunda Sección del Centro, Cojutepeque, quien modificó la sentencia impugnada, teniéndose los siguientes hechos probados:

“En sede fiscal se Inició investigación por medio de carpeta investigativa referencia fiscal 850- UEDNA-12-2014, por la actividad de narcotráfico, según caso originado por oficio de fecha veintisiete de septiembre de dos mil catorce, suscrito por el jefe del grupo de investigaciones paracentral, por medio del cual una persona que no quiso identificarse proporciona información sobre el comercio de droga COCAINA y que quien la vende es un sujeto de nombre Marvin Armando C. alias EL T. o B. ... en compañía de una persona del sexo femenino la cual es compañera de vida del denunciado... quienes habitan y residen en casa sin número visible ubicada a ciento cincuenta metros aproximadamente de la delegación policial de Cojutepeque costado nororiente específicamente sobre la cuarta calle [...] del Barrio [...] de Cojutepeque...”(Sic).

Según actas de vigilancias, se detalla que en fechas diecisiete de octubre del año dos mil catorce y nueve de marzo del año dos mil quince, los agentes observaron a sujetos de sexo masculino que se apersonaban a la casa del investigado, tocaban la puerta, fueron atendidos en la primera fecha por el procesado Marvin Armando C. y en la segunda por una persona del sexo femenino, saliendo pocos minutos después de la vivienda, observándose que el sujeto de la primera fecha llevaba en su mano derecha una pequeña bolsa de plástico y al segundo que al salir de la vivienda se introduce algo en la bolsa derecha del pantalón.

Posteriormente en fecha dos de mayo del año dos mil quince, se observan a un par de sujetos que llegan a la vivienda a bordo de una motocicleta, de la cual se bajó el acompañante y se dirigió al objetivo investigado, tocó la puerta e ingresó, al salir de la misma este sujeto es intervenido por

los agentes y al ser registrado se le encontró en el interior de la bolsa delantera derecha del pantalón dos porciones pequeñas de polvo blanquecino... posteriormente en fecha veinticinco de junio del mismo año fue detenido el encartado Marvin Armando C., habiéndose procedido al allanamiento de la vivienda, encontrándose sobre una modula de madera color negro una cantidad indeterminada de bolsas plásticas transparentes, una balanza marca “Tanita”, en el tercer dormitorio la cantidad de setecientos cincuenta y ocho dólares y en un vehículo que estaba en el garaje de la vivienda una porción de cocaína de 1.7 gramos.

SEGUNDO. – La Cámara de la Segunda Sección del Centro de Cojutepeque, dictó resolución en los términos siguientes: “B) *Declarar parcialmente ha lugar dicha alzada*; C) *Consecuencia de lo anterior, modificar la calificación del delito de Tráfico Ilícito, a Posesión y Tenencia atribuido al imputado Marvin Armando C., siempre en perjuicio de la Salud Pública*; D) *Modificar la pena impuesta al imputado Marvin Armando C., de diez años de prisión, imponiéndosele seis años de prisión por la conducta atribuida.*” (Sic).

TERCERO.- Al agotar el estudio de naturaleza formal ordenado por los Arts. 452, 453, 478, 479 y 480 del Código Procesal Penal, esta Sala constata que en el caso del reclamo incoado por el impetrante, licenciado Guandique Carballo, concurren ciertos alegatos que deben ser apartados del conocimiento de esta sede, por responder a una calca de los razonamientos presentados en el recurso de apelación y por no cumplir con los presupuestos objetivos requeridos para su admisión, tal como se expondrá a continuación:

El recurso presentado por dicho profesional, se compone de dos motivos de casación uno referido a la errónea aplicación de ley y otro a inobservancia de preceptos legales, dentro de cada uno se desarrollan los siguientes sub-motivos, para el caso del primero se encuentran: a) errónea aplicación del Art. 15 Pr.Pn, b) errónea aplicación del Art. 3 Pn., y c) errónea aplicación del Art. 34 inc. 3º L.R.A.R.D y en el segundo vicio se desarrollan: a) Inobservancia del Art. 34 inc. 1º de L.R.A.RD., y b) Inobservancia del Art. 179 Pr.Pn.

La exclusión en comento, para el caso del sub motivo: *errónea aplicación del precepto legal, Art.15 Pr.Pn.*, deja por fuera como objeto de conocimiento por parte de esta sede únicamente lo

atinente al alegato siguiente: *“Si hubiese aplicado una interpretación restricta o cerrada del Art. 15 Pr. Pn, [la Cámara] no hubiese modificado la sentencia condenando a seis años de prisión sino que hubiese absuelto a mi representado en el proceso. “.*

Este argumento se excluye dado que la parte recurrente se limita a señalar lo que pudo suceder si se hubiera interpretado de forma restricta el Art. 15 Pr.Pn., sin ahondar en consideraciones donde se detallan qué tipo de análisis realizó el *A quo* y porqué el mismo se encuentra errado respecto de la interpretación que debió darse al precepto legal en cita, o a partir de que aspectos o elementos afirma que Cámara no elaboró u interpretación restricta y como ello deriva en un vicio casacional.

Queda latente en el presente sub motivo para examen de fondo el contenido en el que el casacionista expone una queja al razonamiento que hiciera Cámara respecto a los *Art. 162 y 350 Pr.Pn.*, que invocó el peticionario en la alzada, como preceptos erróneamente aplicados por primera instancia y junto a ello el alegato que lleva a cabo respecto de la concurrencia del Art. 7 Pr.Pn.

En lo concerniente al segundo sub motivo que corresponde a la *“errónea aplicación de precepto legal Art. 3 Pn.”*, se denota por parte de esta Sala que su exclusión es plena, dado que todos los argumentos en los que se sustenta se circunscriben en manifestaciones doctrinarias del principio de lesividad, referentes a su concepción, tratamiento y dimensión, junto a ello relaciona el carácter de objetividad del bien jurídico y trae a cuenta la cantidad de droga que fue incautada en el presente caso, que es de 1.7 gramos, a partir de lo que desarrolla un examen analítico, del cual concluye que la cantidad incautada es insignificante y por tanto la misma no tiene importancia desde la perspectiva penal.

Los argumentos en cita, únicamente examinan y aplican el principio de lesividad a la cantidad de droga incautada, sin vincular un análisis donde exponga lo actuado por la Cámara acerca de dicho punto y el posible quebrantamiento del Art. 3 Pn., situación que deja carente de fundamento el motivo formulado, ya que uno de los requerimientos necesarios para desarrollar el vicio de casación, es que se ataque la decisión pronunciada en Segunda Instancia, lo que equivaldría a que

las explicaciones del impetrante estén encaminadas a aclarar cuál es el equívoco en que incurrió la Cámara en su pronunciamiento respecto del principio de lesividad.

Ahora bien, en lo tocante al segundo motivo, es decir la inobservancia de preceptos legales, esta sede advierte que se aparta totalmente de objeto de conocimiento el sub motivo que refiere a la *Inobservancia del Art. 179 Pr. Pn*, por las razones siguientes:

En el presente juicio, la parte recurrente manifiesta en el caso del vicio que concierne a la inobservancia del Art. 179 Pr.Pn, la síntesis de las actas de vigilancia, expresando una valoración personal respecto de su contenido, puntos que además de ser los mismos objetados en apelación, refieren a un examen subjetivo de los elementos vertidos en juicio y que están fuera del control de esta sede.

En consecuencia, a la carencia de presupuestos de impugnación detectados, esta sede de Casación no descenderá a un análisis por el fondo respecto de los puntos expuestos *supra*, siendo declarados **INADMISIBLES** sin que en el *sub judice* pueda aplicarse la cláusula de saneamiento a que se refiere el Art. 453 inc. 2 Pr.Pn.

CUARTO. Acerca de los restantes argumentos que corresponden al sub motivo: “*errónea aplicación del Art. 15 Pr.Pn*” que no han sido excluidos en el numeral *supra* y los que pertenecen a los sub motivos: “*errónea aplicación del precepto legal Art. 34 Inc. 3º L.R.A.R.D*” e “*inobservancia del Art. 34 Inc. 1º L.R.A.R.D*”, argüidos por el licenciado Guandique Carballo, advirtiéndose que 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, respecto de la cual se encuentra en desacuerdo el sujeto procesal legítimamente facultado. Al anterior acervo, se agrega que el libelo puntualiza el motivo de reclamo y cita las normas presuntamente quebrantadas; en consecuencia, **ADMÍTANSE**.

QUINTO.- El defensor particular identifica en el primer vicio de casación y admitido parcialmente, el sub motivo referido a la “*Errónea aplicación del Art. 15 Pr.Pn*”. *Al respecto manifiesta:*

“No puedo dejar de mencionar que la referida Cámara sentenciadora expresa en su sentencia, que alegué la errónea aplicación de los preceptos Art. 162 y 350 Pr.Pn., “entre otros” (Art. 130 Pr.Pn, 357 Pr.Pn, 359 Inc. 1º Pr.Pn, 361 Pr.Pn) pero ello resulta estéril porque no señalé el específico perjuicio que le pudo devenir a mi patrocinado, cuando por la simple y llana mención de esas normas es o resulta evidente y notorio el agravio causado jurídicamente hablando, olvida la referida Cámara que el Art. 162 hace referencia a las notificaciones y 350 Pr.Pn hace referencia al sobreseimiento definitivo, y si están argumentando jurídicamente una sentencia condenatoria, no podemos estar tomando en primera instancia como base una disposición que hace referencia sobreseimiento.” (Sic). (Folio 88 frente, incidente de apelación)

“No se trata de un simple error material intrascendente, como lo afirma la Cámara pues todas o casi todas las disposiciones legales que señalaron para fundamentar jurídicamente la sentencia son extrañas y absurdas a la base legal o fundamentación jurídica que deben observarse.”(Sic). (Folio 80 vuelto incidente de apelación).

Por otra parte señala: *“...el Art. 7 Pr.Pn hace referencia a duda [y] que el juez considerará lo más favorable al imputado y esa duda provocará una absolución... pero en el caso de autos resulta lo contrario, existe duda, pero esa duda es la base para una condena...” (Sic): (Folio 80 vuelto, incidente de apelación).*

Como tercer sub motivo de casación, admitido, el recurrente arguye: *“Errónea aplicación del precepto legal Art. 34 inc 3º L.R.A.R.D”*. Fundamenta el motivo de inconformidad sobre la base siguiente:

“No es cierto como lo afirma la Cámara que la droga se le incautó al imputado Marvin Armando C. ni mucho menos que la incautación se realizó en el mismo procedimiento de registro y allanamiento, puesto que en cuanto a la incautación de droga está debe realizarse y efectuarse por el fiscal. Art. 283 Pr.Pn”. (Folio 86 frente, incidente de apelación).

En calidad de segundo vicio admitido parcialmente, el impetrante señala como sub motivo la: *“Inobservancia del Art. 34 inc. 1º de L.R.A.R.D.”* llevando a cabo las siguientes manifestaciones:

La Cámara en su sentencia establece que *“la pericia es una sola pero el trámite procesal – probatorio que podría darse a los dos elementos que la integran (pericia documento y declaración de perito en juicio), resulta disímil, lo que dependerá del interés de prueba mostrados por las partes; en tal sentido, no se advierte que el apelante haya ofrecido la declaración de la perito, de donde sin mayor esfuerzo argumentativo le aplicaría lo regulado en el Art. 452 inc. 3º parte final Pr.Pn., no puede sacar provecho del acto irregular el mismo sujeto que lo provoca – o contribuye a su realización.”* (Sic). (Folio 90 frente, incidente de apelación).

Al respecto, el abogado defensor apunta que en el presente caso el perito no declaró en vista pública, y sin embargo se examinó por parte del juzgador el contenido del dictamen, decisión que ha sido avalada por la Cámara, *“olvidando por completo que la fiscalía tiene la carga de la prueba, que está ha de ser realizada contradictoriamente y que en buen principio no pertenece al imputado ninguna carga procesal, pero en atención a los derechos y garantías del acusado existe el derecho de impugnar (...) debe ser sometida esa pericia a contradicción a efecto de efectivizar el derecho de defensa, no está acreditada si la señora C. M. A. es ordenanza de la Policía o perito, no sabemos absolutamente nada de ella.”*(Sic). (Folio 90 vuelto, incidente de apelación).

Seguidamente manifiesta el peticionario, *“que de las bolsas plásticas que se dice fueron decomisadas, de cuyo número y tamaño aún no tenemos ningún dato fidedigno, ninguna contenía droga, por tanto no podemos decir, como lo afirma la Cámara, que con ellas se estaba dosificando la droga o distribuyendo, debido a que las bolsas plásticas todas están vacías sin contenido de ningún tipo(...) La Cámara estableció que existe animo de traficar por la existencia de una cantidad de bolsas plásticas pequeñas idóneas para dosificar drogas ilícitas, de considerable cantidad de dinero cuya existencia no fue razonablemente justificada y de la balanza electrónica”*.

Aunado a lo anterior, expresa el impetrante que: *“la Cámara afirma en su sentencia que existe una probable mas no una cierta actividad de tráfico ilícito, en ese caso, porqué aplica el inciso 3º del Art. 34 L.R.A.R.D, si es la misma Cámara quien afirma expresamente y literalmente que con esos objetos se intuye una probable más no una cierta actividad de tráfico ilícito, si la misma Cámara no puede arribar a un certeza que esa posesión y tenencia es con el objeto de realizar*

actividades relativas al tráfico ilícito, en ese caso, en ese razonamiento está aplicando indebidamente el Art. 34 inciso 3° L.R.A.R.D” (Folios 92 y 93 incidente de apelación).

SEXTO.- Una vez interpuesto el memorial por la parte interesada, tal como lo dispone el Art. 483 del Código Procesal Penal, se emplazó al licenciado Remberto Ulises Saúl Luna López, quien actúa en calidad de agente auxiliar del Fiscal General de la República, a fin que expresara su opinión técnica. No obstante su legal emplazamiento, omitió pronunciarse al respecto.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

1.- En el caso objeto de estudio, denota esta Sala que el primer vicio admitido refiere en su primer sub motivo a una inconformidad sobre los razonamientos que llevara a cabo la Cámara en lo concerniente a la ausencia en el recurso de apelación de uno de los presupuestos de admisión, como lo es el señalamiento del perjuicio o agravio que le generaba al procesado la errónea aplicación de los Arts. 162 y 350 Pr.Pn.

Al respecto el recurrente manifiesta en sus alegatos que de la lectura al contenido de cada precepto legal, es posible derivar el agravio que este quiso expresar, pues las normas procesales no son afines con la resolución de condena emitida por el tribunal de sentencia.

La Sala considera que **el motivo debe ser desestimado**, por los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

Siendo que el punto impugnado refiere al tema de la fundamentación que debe poseer el motivo de casación invocado a efecto de determinar el perjuicio producido, esta Sala previo a resolver el fondo, lleva a cabo las consideraciones siguientes:

De acuerdo al Art. 480 Pr.Pn, es presupuesto indispensable que acompañe a la individualización del vicio, la correspondiente fundamentación en la cual el recurrente señale de manera clara, cierta e inequívoca el defecto que se ha producido en la argumentación judicial que a su criterio ha provocado la trasgresión al precepto legal y el perjuicio que dicho acto le ha producido a la parte quejosa.

En ese orden de ideas, para que exista una adecuada motivación del defecto no basta con retomar pasajes doctrinarios o explicar en forma amplia conceptos y principios, o la sola cita de los preceptos legales, sino que resulta imperioso demostrar el error judicial y el agravio provocado, ya que esta Sala tiene competencia para analizar los puntos respectivos que demarcan la demanda de casación.

En el presente caso, la Cámara al examinar el texto de la apelación, concluyó que la cita de los preceptos legales no es suficiente para amparar la existencia de un vicio, pues a su criterio es necesario que junto a ello, sea apuntado el perjuicio que produce la inobservancia o errónea aplicación de preceptos. Al respecto, una vez revisada por esta Sala la exposición del recurso de apelación, se observa que lleva razón el tribunal de segunda instancia, pues en efecto el peticionario omite precisar con claridad los pasajes y el razonamiento del *A quo* en donde identifica el vicio de casación que aduce, apuntando únicamente los artículos y su contenido, resulta así, que el motivo invocado no está dotado de un análisis que detalle el impacto que tuvo la cita de tales preceptos dentro de la decisión del tribunal de sentencia, pareciendo que se objeta la sola presencia de los mismos dentro del fallo, situación que si bien advierte un error material, tal como lo señala la Cámara, mas no determina que con ello se produjera un agravio en las resultas del caso, en especial acerca de la congruencia, y derivación que deben poseer los argumentos intelectivos sobre los que se ampara el abordaje a una condena.

Junto a lo previamente expuesto, esta Sala advierte que no es correcta la afirmación realizada por el recurrente al señalar que basta con la sola lectura de los preceptos para derivar el agravio, pues tal como lo ha expuesto este tribunal en resolución de las nueve horas con treinta minutos del tres de septiembre del dos mil nueve, bajo referencia 501-CAS-2007: *“El término agravio en su carácter de presupuesto para impugnar... consiste en el mal, daño, lesión o afectación de los derechos e intereses de una persona; pero originado por una resolución judicial en la que se aplicó de forma indebida un precepto legal o por falta de aplicación del que debió regir el caso, no así la inconformidad que le genera el pronunciamiento.”* Dicho proveído fue durante la vigencia de la legislación derogada, pero es aplicable a autos por mantenerse incólumes las consideraciones plasmadas en él.

Así, todo recurso debe poseer tal como lo ha señalado esta sede y expresa la Cámara, argumentos

que permitan derivar cuales son las razones que habrían dado lugar a la transgresión de la resolución impugnada, siendo imperioso se haga mención de los actos procesales lesivos que se han generado ante la errónea aplicación de las normas en que se basa el reclamo interpuesto *“...en ese sentido, resulta claro que el agravio es un requisito inevitable para cuestionar un proveído, en el caso sub júdice tal presupuesto procesal hace falta, en vista que [el] recurrente no ha demostrado en su escrito de interposición, cuál fue el perjuicio ocasionado por la sentencia de mérito, sino más bien su reclamo [está planteado] de una [forma] general.”*

En otro orden, el peticionario también objeta en dicho sub motivo la condena dictada por Cámara, aduciendo que la modificación de la calificación jurídica tiene su sustento en el del Art. 7 Pr.Pn, norma que establece que en caso de duda el juez considerara lo más favorable al imputado y esa duda –a criterio del recurrente-provocará una absolución penal, lo cual no se ha producido en el presente caso.

En cuanto a tal infracción, es de señalar que el Principio *Indubio Pro Reo*, en tanto constituye una regla procesal relativa a la comprobación de la existencia del delito y la participación, *“corresponde su apreciación crítica a la libre convicción del Tribunal en la valoración de las pruebas y está excluido del control de la casación”*, Fernando de La Rúa, La Casación en Material Penal, Pág. 151, párrafo 3.

En tal sentido, la duda en términos doctrinales tiene dos etapas, la primera surge en el estado mental del juez, es decir se hace presente cuando existen determinados elementos probatorios que señalan la culpabilidad del imputado, pero al ser examinados acorde a las reglas de la sana crítica, son descartados debido a la presencia de contradicciones entre ellos o porque las pruebas en sí mismas no merecen confianza al Sentenciador por contener vacíos respecto de la existencia de un delito o no resultar ser suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia y segundo es necesario que dicha duda, quede evidenciada en la fundamentación de la sentencia.

Es de señalar que en el libelo impugnativo, el licenciado Guandique Carballo, si bien aduce la inobservancia o vulneración del Art. 7 Pr.Pn, esta Sala denota a partir de la lectura al texto de la resolución de alzada, que Cámara no sustenta los argumentos de recalificación de la conducta

atribuida al encartado, sobre la presencia de una duda razonable, advirtiéndose con ello que las manifestaciones del recurrente tienen por base una apreciación subjetiva respecto del actuar del tribunal de segunda instancia, las cuales no consolidan la estructuración del vicio argüido, pues la procedencia del mismo, se encuentra circunscrita a aquellos casos donde los Juzgadores exponen en el proveído de apelación, argumentos perfilados sobre una duda razonable y al dictar el fallo se alejan de los mismos, siendo claro que esta no es la razón por la cual el impetrante parte de la creencia que Cámara tenía duda sobre la existencia del delito, con lo cual no acredita la infracción alegada al Art. 7 del Código Procesal Penal, debiendo por tanto debe ser declarado sin lugar dicho motivo.

2.- Como tercer sub motivo, admitido parcialmente, el recurrente arguye: *“Errónea aplicación de precepto legal Art. 34 inc 3º L.R.A.R.D”* por no ser ciertas las afirmaciones realizadas por la Cámara respecto a que al imputado Marvin Armando C. se le incautó la droga, ni que la incautación se realizó en el mismo procedimiento de registro y allanamiento.

La Sala considera que **el motivo debe ser desestimado**, por las consideraciones que serán expuestas en los párrafos subsiguientes de donde se desprenden los argumentos siguientes:

A folio 74 vuelto, literal d), la Cámara manifiesta: *“De igual manera, expresa que la droga incautada al imputado Marvin Armando C. no consta en autos que haya sido incautada ni se ordenara su decomiso, como lo refiere el Art. 283 Pr.Pn., argumento que resulta ser totalmente falso, pues la incautación se hizo en el mismo procedimiento de Registro y Allanamiento de las quince horas con diez minutos del día veinticinco de junio de dos mil quince, que se formalizó con la correspondiente solicitud de secuestro agregada a folios 73, de las once horas veinte minutos del día veintisiete de junio de dos mil quince, lo que fue judicializado a las once horas veinticinco minutos, bajo responsabilidad del Juzgado Primero de Paz de este distrito judicial, según consta a folios 78, por lo que tal argumento deviene en improcedente.”*

En relación al ámbito espacial y temporal en que se dio la incautación de la droga, esta sede estima necesario remitirse a pasajes previos del proceso a efecto de verificar si lo afirmado por el tribunal de segunda instancia se encuentra en conformidad con la fecha de la incautación de la

droga, así esta Sala advierte a folio diez del expediente judicial, una *notis criminis*, de fecha veintisiete de septiembre del año dos mil catorce, realizada por un sujeto de sexo masculino, quien informó sobre el comercio y distribución de droga que llevaba a cabo el señor Marvin Armando C., y su compañera de vida en diferentes puntos de la ciudad de Cojutepeque, brindando al agente policial la dirección de residencia de estas personas.

Posterior a ello consta agregado a folio once, el auto de dirección funcional de la Fiscalía General de la República, Unidad Fiscal Especializada de Delitos de Narcotráfico, girado a las diecisiete horas con trece minutos del día veintisiete de septiembre de dos mil catorce, en el que se ordena al señor Jefe de la Sección Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil comisione uno o más agentes investigadores para que bajo la dirección y coordinación del licenciado Saúl Ulises Luna en calidad de agente auxiliar fiscal, realicen las diligencias de investigación que, conciernen a la verificación de lugar indicado donde se desarrolla la actividad delictiva, tomar fotografías y croquis del lugar, establecer dispositivo de vigilancia, identificar las características de las personas y los vehículos en que se transporta, entre otras.

Seguidamente a folios veintiuno se encuentra agregada la respectiva orden judicial de fecha veinticinco de junio del año dos mil quince, para que el fiscal procediera al registro con prevención de allanamiento del inmueble descrito en la denuncia, apuntando la juez que el ente fiscal está facultado para que en el desarrollo del registro, pueda disponer que sean incautados, recolectados y conservados los objetos que se relacionen con el delito investigado, y decidir la procedencia del decomiso y en su momento solicitar el secuestro.

Así mismo consta relacionado en el acto de registro, realizado el veinticinco de junio del años dos mil quince, agregado a folios veintitrés, que en su ejecución estuvo presente el agente fiscal licenciado Remberto Ulises Saúl Luna López y en el texto de dicho documento se relaciona que se produjo la incautación de objetos entre ellos la droga de 17 gramos de cocaína, que fueron calificados como evidencias. A partir de lo arrojado por los documentos relacionados, se concluye que la afirmación de Cámara resulta congruente con lo detallado en las respectivas diligencias, en especial con el acta de registro con prevención de allanamiento, en la que se relaciona la presencia del agente fiscal y al pie calza la firma del mismo, situación que permite

anotar que este hizo uso de la facultad que le confiere el Art. 283 Pr.Pn, lo que permite arribar a que no lleva razón el recurrente en el alegato expuesto.

En otro orden, acerca de la queja en la que se arguye que no es cierta la afirmación de Cámara al referir que al procesado se le incautó la droga, esta sede advierte, a partir de la lectura a los párrafos transcritos previamente que es acertada la mención que hace el impetrante, dado que a folios 74 literal d) de la sentencia objetada, es claro que segunda instancia expone lo siguiente: *“d.- De igual manera [refiriéndose al apelante], expresa que la droga incautada al imputado...”*, circunstancia que no se encuentra en atención al acta de registro y allanamiento, pues esta detalla que la sustancia ilícita se encontraba en un vehículo automotor específicamente a la altura de la palanca de cambio, y si bien dicho automotor se encontraba adentro del garaje de la casa registrada y en la cual habita el procesado, no es correcto afirmar que se le incautó a su persona, pues la droga no la portaba, siendo lo correcto aseverar que la sustancia fue incautada en la vivienda donde reside el procesado Marvin Armando C. quien estaba siendo investigado por actos de comercio y distribución de droga.

Sin embargo, es de advertir que la afirmación del tribunal de segunda instancia, no nace en un contexto valorativo de la sentencia, ubicándose en las primeras secciones del análisis jurídico de la pretensión, formando parte de los literales correspondientes a una síntesis de los puntos objetados, así, es posible advertir que la aseveración se produce al pretender la Cámara resumir la sección del libelo recursivo que corresponde al primer párrafo del folio 21 vuelto donde el impetrante manifiesta que: *“la cantidad de droga supuestamente incautada no le fue encontrada al imputado sobre su cuerpo y... nunca fue incautada ni se ordenó el decomiso de la misma, por el fiscal del caso.”*, debido a esa circunstancia no es posible derivar la presencia de un concreto agravio en la situación jurídica del procesado, pues dicha afirmación al formar parte de los argumentos analíticos decisivos en los que Cámara motiva el cambio de calificación de la conducta y la imposición de una nueva pena de prisión, no tiene una incidencia directa, de tal manera que aun excluyéndola hipotéticamente del pronunciamiento este se mantendría incólume, no siendo procedente casar la resolución por dicho motivo.

3.-Como segundo motivo admitido parcialmente, el recurrente alega el sub motivo por la:

“Inobservancia del Art. 34 inc. 1º L.R.A.R.D”.

La Sala considera que el reclamo **debe ser desestimado**, por los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes:

Uno de los fundamentos en que se sustenta la infracción alegada refiere al dictamen pericial y su valoración en juicio ante la ausencia de la declaración del perito, siendo que a criterio del impetrante al no haber rendido el perito su testimonio no es posible que el juez examine el dictamen, ya que la pericia no estuvo sujeta al contradictorio.

En lo concerniente al tema, la Cámara en su pronunciamiento, a folio 75 frente literal h.- razona lo siguiente: *“...la pericia es una sola pero el trámite procesal -probatorio que podría darse a los dos elementos que la integran (pericia documento y declaración de perito en juicio), resulta disímil, lo que dependerá del interés de prueba mostrado por las partes; en tal sentido, no se advierte que el apelante haya ofrecido la declaración de la perito, de donde sin mayor esfuerzo argumentativo le aplicaría lo regulado en el Art. 452 in. 3º parte final Pr.Pn., no puede sacar provecho del acto irregular el mismo sujeto que lo provoca – o contribuye a su realización.”*(Sic). (Folio 90 frente, incidente de apelación).

Al respecto, esta Sala es del criterio que a fin de favorecer la inmediación y el contradictorio en la producción de la prueba, en principio debe procurarse el apersonamiento de los peritos a la vista pública; no obstante, la no comparecencia de los mismos al acto del juicio no desencadena un efecto en el valor probatorio que ostenta y se reconoce legalmente al dictamen Art. 372 Pr.Pn.

En tal sentido, el valor probatorio del dictamen pericial, debido a la ausencia de la declaración del perito, no sufre alteración alguna, pues tal como lo ha sostenido esta Sede Casacional en diversos pronunciamientos, la experticia y la declaración del perito en juicio son dos objetos de prueba distintos, por ende cada uno ostenta su valor, el cual se determina conforme a la sana crítica.

Así, en conformidad al criterio sostenido por esta Sala, resulta atinado el tratamiento que brinda el tribunal de segunda instancia al reclamo del impetrante, pues si bien la perito C. M. A. no estuvo presente en la vista pública, el ofrecimiento que se hace del dictamen pericial y la declaración de la perito dada su naturaleza procesal, se lleva a cabo separadamente, dándose al

primero la connotación de prueba pericial y al segundo de prueba testimonial y bajo dicho tratamiento es el legislador quien en el numeral tercero del Art. 372 Pr.Pn., reconoce valor probatorio documental al primero de ellos, dejando claro que la fuerza probatoria del mismo no está supeditada a la declaración del perito, la cual si bien puede ser requerida por las partes, no constriñe su ausencia a que el juzgador omita el examen sobre el dictamen.

Por otro lado, la parte recurrente también señaló: *“olvidando por completo que la fiscalía tiene la carga de la prueba, que está ha de ser realizada contradictoriamente y que en buen principio no pertenece al imputado ninguna carga procesal, pero en atención a los derechos y garantías del acusado existe el derecho de impugnar... porque la posibilidad de atacar está cerrada por la ausencia no obstante haberse solicitado por la fiscalía, debe ser sometida esa pericia a contradicción a efecto de efectivizar el derecho de defensa, no está acreditada si la señora C. M. A. es ordenanza de la Policía o perito, no sabemos absolutamente nada de ella.”*(Sic). (Folio 90 vuelto, incidente de apelación)

En lo concerniente a dicho punto, esta sede ha manifestado, que la parte defensora puede exigir la comparecencia personal del perito, cuando sea posible, acorde a lo preceptuado en el Art. 372 Pr.Pn., no obstante en el presente caso, como lo señala la Cámara, el profesional licenciado Guandique Carballo no hizo uso de ese derecho en vista pública, el cual resultaba aplicable a efecto de favorecer la inmediación de la prueba, ya que éste tuvo conocimiento de la no comparecencia de la técnico analista, circunstancia que junto con la incorporación mediante lectura del dictamen pericia) realizada en la vista pública, tal como consta a folio 283 vuelto del acta, constituyeron momentos oportunos para que el defensor requiriera la presencia de la perito, para someter al contradictorio el contenido del dictamen con miras a la estrategia de defensa de su defendido, facultad respecto de la cual expone Cámara que *“no se advierte que el apelante haya ofrecido la declaración de la perito, ni se haya opuesto a la incomparecencia, al no haber existido planteamiento de incidentes”*, no habiendo olvidado segunda instancia que la carga de la prueba corresponde a la representación fiscal, sino más bien recuerda al impugnante, que en casos como el presente pudo hacer uso de la herramienta que el legislador le provee.

Por otra parte manifiesta el peticionario, que la Cámara instituyó la existencia de una probable más no una cierta actividad de tráfico ilícito, al argumentar que existe ánimo de traficar con lo

arrojado por las actas de vigilancia, por la existencia de una cantidad de bolsas plásticas pequeñas idóneas para dosificar drogas ilícitas, una cantidad de dinero, cuya existencia no fue razonablemente justificada y el hallazgo de una balanza electrónica.

Al respecto el recurrente expresa que dichos argumentos no resultan ser suficientes para emitir una resolución de condena ya que con los mismos no se ha logrado acreditar el dominio de la droga y la finalidad de tráfico por parte del procesado, puntualizando el profesional que en la vivienda habitan varias personas, que las bolsas no poseían rastro de droga y que la cantidad de dinero encontrada es razonable, situaciones que junto a la falta de certeza de la finalidad de tráfico, son concretamente los puntos sobre los que dicho profesional alega aplicación indebida del Art. 34 inciso 3° L.R.A.R.D” (Folios 92 y 93 incidente de apelación).

A partir de los puntos objetados, esta sede advierte de la lectura al pronunciamiento de alzada que la adecuación del delito de posesión y tenencia con fines de tráfico se encuentra fundada en un análisis a los medios probatorios, los cuales permitieron a Cámara valorar una diversidad de elementos que de forma natural le produjeron un estado de conocimiento a partir de las inferencias siguientes:

“...olvida el peticionario que en el supuesto de autos se tiene que la base de la actividad acusada al ahora condenado fue la de vender droga, no la simple posesión o tenencia con propósito de autoconsumo... extremo que justifica el que se hayan efectuado diversas vigilancias policiales para comprobar la venta de droga (...) también considera este Tribunal que la existencia de una cantidad de bolsas plásticas pequeñas –idóneas para dosificar drogas ilícitas-, de considerable cantidad de dinero cuya existencia no fue razonablemente justificada y de la balanza electrónica –como herramienta básica para pesar pequeñas cantidades de sustancia ilícita, como la encontrada en el registro-, indican una probable más no cierta actividad de tráfico ilícito; por lo que la conducta en cuestión se entendería legal y justa adecuaría a lo establecido por el Art. 34 inc. 3° L.R.A.R.D no en el inc. 1° de dicha disposición... por cuanto las descritas evidencias físicas resaltan una eventualmente frustrada comercialización de sustancias ilícitas...” (Sic).

La discusión se ha suscitado, en torno a los elementos sobre los que se respalda la condena por el

delito de posesión y tenencia con fines de tráfico.

Al respecto, es de acotar que la configuración del ilícito en cuestión, requiere un plus a la posesión y tenencia, no basta que la sustancia se encuentre dentro de la esfera de dominio del imputado, requiriéndose junto a ello la correspondiente intención sin ningún asomo de duda de transmitirla ya sea total, parcial u onerosamente a un tercero es decir con fines de traficarla.

La posesión y tenencia destinada al tráfico, en tanto que supone una conducta proyectada fuera del autoconsumo, requiere un análisis de aspectos que refieran a circunstancias que han rodeado la comisión del delito, tales como: “(a) *el tipo de drogas*; (b) *grado de pureza*; (c) *nocividad – distinción entre drogas “blandas” y drogas “duras”–*; d) *presentación*; (e) *variedad*; (f) *ocupación conjunta de varias sustancias*; (g) *ocultación de la droga*; (h) *condición de drogodependiente o no del poseedor*; (i) *el uso de una falsa identidad del que la tiene*; (j) *la tenencia de instrumento o material relacionado para la elaboración o distribución de la droga*; (k) *o de dinero en cantidades inusuales para la capacidad económica del procesado*; y (l) *el lugar y momento en que se ha realizado la ocupación de la droga.*” (Ver resolución de las nueve horas de fecha dieciséis de noviembre de dos mil doce, bajo referencia 70-2006).

En el presente caso, se advierte que para arribar a la conclusión de condena dictada en la resolución impugnada, el *Ad quem* se ha fundamentado en los elementos probatorios vertidos en juicio, de los que ha inferido los aspectos antes citados, indicios que le han resultado suficientes para motivar su proveído.

En cuanto a la aptitud probatoria de los indicios, cabe mencionar que esta sede en resolución de las ocho horas con trece minutos del veintidós de marzo de dos mil trece, dictada bajo referencia 186C2012, ha sostenido que: “*efectivamente éstos pueden conformar elementos de cargo, toda vez que se cumplan los requisitos siguientes: partir de los sucesos plenamente probados, y además, que mediante un proceso mental razonado, en concordancia con las reglas del correcto entendimiento humano, se extraigan las condiciones que compongan el delito. Solamente así los referidos se distinguen de las simples sospechas*”.

Así, como primer aspecto retomado por el *A quo*, se cuenta con el señalamiento del hecho bajo el cual fue encontrada la sustancia ilícita, el Tribunal de alzada relaciona en el literal f) de su resolución, que la actividad atribuida al ahora condenado fue la de vender droga, razón por la cual se efectuaron vigilancias policías a efecto de comprobar dichas acusaciones.

En lo concerniente a tal razonamiento, esta Sala advierte que segunda instancia parte de la notis criminis llevada a cabo ante sede policial por un sujeto de sexo masculino quien informó que el encartado junto con su compañera de vida comercializaba droga; aunado a ello la Cámara retoma el contenido de las actas de vigilancia, en las que se especifica el ingreso de personas sospechosas a la casa de habitación del procesado, donde eran recibidos en algunas ocasiones por este y en otras por su compañera de vida, en tales visitas señalan que los sujetos salían de la vivienda minutos después a su ingreso, con una pequeña bolsa, alguna veces en la mano y otras introduciéndola en el pantalón, siendo que en la tercera vigilancia la cual se encuentran puntualmente relacionada por la Cámara en el literal “o”, se captura a un sujeto quien minutos previos había ingresado a la casa de habitación en comento, habiéndose encontrado en su poder dos porciones pequeñas, la cual a la prueba de campo arrojó como resultado Cocaína, sustancia ilícita que es de la misma naturaleza a la encontrada en el registro y allanamiento de la vivienda.

Seguidamente el tribunal de segunda instancia, trae a cuenta, el hallazgo de las bolsas plásticas pequeñas, las cuales afirma resultan idóneas para la distribución de la droga, junto a una cantidad de dinero, de cuya existencia apunta, no fue razonablemente justificada dado que la presencia de cinco personas en la casa de habitación no aclara la razón por la cual se poseía la cantidad de setecientos cincuenta y ocho Dólares Americanos, y de la balanza electrónica, máquina utilizada para la comisión de esta clase de ilícito, aspecto los cuales, si bien no constituyen una prueba directa de la comisión del delito, son indicios que al integrarlo con la denuncia y lo obtenido en las actas de vigilancia, como lo hace Cámara le permiten inferir de manera lógica y racional, tal como lo expresa en el pronunciamiento objetado, que en la casa de habitación existía una probable más no cierta actividad de tráfico ilícito, es decir, con los mismos no se logra acreditar el tipo penal de Tráfico Ilícito, pero si se desprende la intención proyectada hacia eventos futuros de traficar, la cual de manera clara, ha sido verificada por la Cámara, mediante los aspectos relacionados.

Por otro lado, la parte recurrente expresa que en la casa de habitación residían cinco personas y que la sustancia no fue encontrada en dominio del incoado, pues no la tenía adherida al cuerpo. Al respecto esta sede advierte que segunda instancia en el juicio de inferencia, detalla de forma pormenorizada la secuencia de hechos que le permiten sostener la imputación contra el encartado, así refiere a la denuncia e investigación con dirección funcional, la cual estaba dirigida en todo momento al procesado Marvin Armando C., el hallazgo de dinero no justificado y la balanza encontrada en la vivienda, junto con la sustancia ilícita, droga que es de la misma naturaleza a la incautada en la tercera vigilancia, extraída del automóvil propiedad del imputado.

Bajo ese contexto, procede indicar que en el acta de registro y allanamiento agregada a folios veintitrés del expediente judicial, se dejó constancia que al momento de su ejecución material (después de haberse identificado los agentes policiales), las personas que se encontraban en la vivienda quisieron impedir el ingreso a la misma, circunstancia que resulta cuestionable dados los actos que acaecían en el inmueble relacionado en la sentencia.

Con respecto a que en el acta de allanamiento se relaciona que al momento de llevarse a cabo se encontraban en el interior de la vivienda otras personas además del encartado y su compañera de vida, circunstancia a la cual hace mención la parte defensora en el libelo de apelación y en el recurso que motiva la presente sentencia, aduciendo que estas también habitan en dicha residencia, frente a lo cual esta Sala denota, que quien reclama omitió considerar que no aportó- en el momento procesal oportuno- la prueba para establecer el extremo de su alegato, es decir, que las otras personas a que el mismo se refiere eran moradores del citado inmueble por lo cual la queja basada en este punto no es de recibo, pues tal argumento constituye un alegato factico que escapa a la esfera de control casacional.

En consecuencia la Cámara modificó la decisión condenatoria dictada en primera instancia, respaldándose en la acción desplegada por el imputado, ya que la actividad investigativa de los agentes de la Policía Nacional Civil junto con la prueba considerada en la sentencia, resultó ser concluyente para demostrar que el procesado proyectaba actividades de tráfico, en tal sentido la Sala no advierte vicio que declarar y por ende estima que el proveído de mérito se encuentra conforme a derecho.

III. POR TANTO: De acuerdo a lo apuntado en los acápite precedentes, disposiciones legales citadas y artículos 50 Inc. 2º. Literal a), 144, 452, 453, 478, 479 y 484 todos del Pr. Pn., en nombre de la República de El Salvador, este Tribunal **RESUELVE:**

A.- NO HA LUGAR A CASAR la resolución dictada por el Tribunal de Segunda Instancia e impugnada por el licenciado Edis Alcides Guandique Carballo, en su calidad de defensor por los fundamentos expuestos *supra*.

B,- DECLARÁSE FIRME el pronunciamiento dictado por la Cámara de la Segunda Sección del Centro Cojutepeque, con sede en Cuscatlán.

C.-Oportunamente REMÍTASE el proceso a la Cámara de la Segunda Sección del Centro Cojutepeque, con sede en Cuscatlán, 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.