224-CAS-2009

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San Salvador, a las once horas del día veintisiete de mayo de dos mil once.

Este Tribunal conoce del recurso de casación interpuesto por la licenciada **Yanira Portillo Velásquez**, quien actúa en carácter de agente auxiliar del Fiscal General de la República, en oposición a la sentencia definitiva condenatoria, dictada por el Tribunal de Sentencia de Ahuachapán, a las ocho horas del día tres de marzo de dos mil nueve, en el proceso instruido en contra de **JOSÉ ISABEL AYALA BENÍTEZ y JORGE ALEXANDER CRUZ MELÉNDEZ**, por atribuirseles la comisión del delito calificado como **POSESIÓN Y TENENCIA**, tipificado en el Art. 34 Inc. 2° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en perjuicio de la **SALUD PÚBLICA**.

La demanda se ha formalizado por escrito, en el que se ha expresado el motivo de la impugnación, su respectivo fundamento y la solución pretendida. Además, ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, por sujeto procesal facultado y contra resolución judicial recurrible. Entonces, con fundamento en los Arts. 406, 407, 421, 422 y 423, todos del Código Procesal Penal, **ADMÍTASE** y decídase.

I. RESULTANDO:

Que mediante sentencia definitiva se resolvió: "POR TANTO: De conformidad a los artículos 1, 2, 11, 12, 13, 14, 15, 65, 172 Inc. 3° y 181 de la Constitución de la República; 1 al 6, 18, 19, 32, 33, 44, 45 No. 1°, 46, 55, 62, 63, 65 y 114 del Código Penal; 1, 2, 3, 4, 8, 9, 10, 14, 15, 19, 42, 53 No. 8, 55-A, 59, 87, 129, 130, 131, 178, 180, 162, 184 Incisos 1° y 4°, 185, 206, 324 al 354, 356 al 359, 361, 441, 444, 447, 449 y 450 del Código Procesal Penal; 34 Inciso 2° y 66 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; 43, 54 y 56 de la Ley Penitenciaria; por unanimidad y en NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, ESTE TRIBUNAL FALLA: DECLÁRASE RESPONSABLE PENALMENTE a los señores **JOSÉ ISABEL AYALA BENÍTEZ y JORGE ALEXANDER CRUZ MELÉNDEZ**, como autores directores en el delito de **POSESIÓN Y TENENCIA**,

previsto y sancionado en el artículo 34 inciso 2° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en perjuicio de la SALUD PÚBLICA; CONDÉNASELES a cumplir la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, continúen en la detención en la que se encuentran ya que la misma no será sustituida por ninguna de las formas establecidas en el artículo 74 del Código Penal, tal como quedó plasmado en el Romano ,V de esta sentencia, constando en el proceso que los ahora condenados fueron detenidos el día dieciocho de agosto de dos mil ocho, terminarán de cumplir la pena de prisión impuesta hasta el día dieciocho de agosto de dos mil once, prescídase de la pena de multa, tal y como quedó plasmado en el considerando IV de esta sentencia; condénase además a los imputados mencionados a cumplir las penas accesorias siguientes: pérdida de los derechos de ciudadano e incapacidad para obtener empleos públicos por el mismo tiempo que dure la pena principal impuesta; ABSUÉLVASE de responsabilidad civil a los acusados JOSÉ ISABEL AYALA BENÍTEZ y JORGE ALEXANDER CRUZ MELÉNDEZ, asimismo exímese de costas a la defensa particular, licenciada Alba Lorena García de Peñate, por haber tenido razón suficiente para litigar, désele cumplimiento a lo ordenado respecto del secuestro. Firme este fallo, remítase certificación de la presente sentencia al Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena competente, al Director del Centro Penal Apanteos de la Ciudad de Santa Ana y al Director General de Centros Penales de la ciudad de San Salvador.

Notifíquese esta sentencia a las partes mediante su lectura integral y oportunamente archívese este expediente. "(Sic Fs. 98 vuelto)

II.MOTIVOS DE CASACIÓN.

Inconforme con la decisión pronunciada, la licenciada **Yanira Portillo Velásquez**, interpuso recurso de casación, identificando la siguiente causal: "Motivación contradictoria de la sentencia, incurriendo en el defecto establecido en el Art. 362 No. 4° del Código Procesal Penal." En apoyo a su reclamo, expone: "El Art. 130 del Código Procesal Penal establece que es obligación del juez o Tribunal fundamentar, bajo pena de nulidad, las sentencias, autos y aquellas providencias que lo ameriten. Por su parte, el Art. 357 No. 2° del Código Procesal Penal, establece como uno de los requisitos de la sentencia definitiva la fundamentación sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación.

En el caso subjúdice, no es que en la sentencia definitiva condenatoria "falte la

motivación", en sentido estricto, pues en la misma se han expresado los motivos de hecho y de derecho por los que decidieron cambiar la calificación del delito como POSESIÓN Y TENENCIA (...) En el folio ocho vuelto y nueve de la sentencia, se contiene la parte del dispositivo o fallo, en la que se expresa: "Que los hechos en la forma en que fueron probados se enmarcan dentro de la figura penal descrita como Posesión y Tenencia, en tanto que dicha conducta implica tener o poseer la droga y en ese sentido, la tiene el que la lleva unida a su cuerpo y la posee el que sin tenerla consigo ejerce o ejerció inmediatamente antes de ser encontrada, dominio o control sobre ella (...) El transporte no debe entenderse traslación de la droga de un punto a otro, el elemento subjetivo del delito de Tráfico Ilícito se integra en la ultra intención de participar en el tráfico de estupefacientes que se traslada así lo sostiene Miguel Antonio Medina en su obra Estupefacientes, debiendo esta última estar presente y estrechamente vinculada con el ánimo del poseedor de la sustancia, de introducirla en el ciclo comercial y con ello participar en el tráfico, en ese mismo orden, debe apuntarse que de adoptar como lo sostiene el relacionado autor en su obra y compartido por este Tribunal una postura rígidamente objetivista, se llegaría a considerar incurso en dicho ilícito, aún en los meros tenedores de droga en pequeñas, cantidades para su consumo, en la medida que al adquirirla y llevarla consigo la traslada de un lugar a otro."

Los argumentos expuestos constituyen los motivos por los que ustedes decidieron cambiar la calificación del delito de Tráfico Ilícito al delito de Posesión y Tenencia, y dichos motivos podrían resumirse, en escueta síntesis, en que no se determinó con plena certeza la conducta de Tráfico. Sin embargo, la representación fiscal considera que en juicio se vertió tanto prueba documental como testimonial con los cuales se probó con certeza que ambos imputados realizaron la acción de transportar la droga con la finalidad ulterior de transmitirla a otras personas, siendo esta finalidad ulterior el elemento subjetivo del tipo penal de transporte.

A continuación señalamos los razonamientos de cuyo análisis se derivan conclusiones totalmente opuestas a las primeras: se comienza por distinguir "que el transporte no debe entenderse como la mera traslación objetiva de la droga de un punto a otro". Pero a criterio de la representación fiscal se da el caso que el elemento subjetivo del delito de Tráfico Ilícito se integra con la ultra intención de participar en el tráfico de estupefacientes.

Debe añadirse que la acción de transportar estupefacientes está conformada no sólo por el simple traslado de la droga de un lugar o paraje a otro, sino también por un segundo

elemento de naturaleza subjetiva: la finalidad de transmisión a otro u otros, por lo que existe certeza que los enjuiciados transportaban la droga. Con la prueba desfilada en el juicio oral, se dio la certeza que los enjuiciados sí conocían de la existencia del estupefaciente al interior del asiento cual lo ocultaron al notar la presencia policial en el autobús que se conducían y tenían la voluntad de transportarla, pues en la conducta de ellos privaba "la ulterior finalidad de transmitir el estupefaciente transportado a otro u otros", y esto último no puede ser posible si los imputados no hubiesen tenido el conocimiento y voluntad de la conducta que realizaban."(Sic Fs. 105 —107)

III. DEL EMPLAZAMIENTO.

Posteriormente, de conformidad al Art. 426 del Código Procesal Penal, fue emplazada la licenciada **Alba Lorena García de Peñate**, defensora particular de los imputados, a efecto de que contestara el recurso interpuesto. Sin embargo, la referida profesional no hizo uso del derecho conferido.

IV. CONSIDERACIONES DE ESTA SALA.

Se ha invocado por la recurrente como único motivo de casación, la inobservancia de formas procesales, desde esta perspectiva, cuestiona la fundamentación intelectual plasmada en la sentencia de mérito, en tanto que a su criterio se revela *contradictoria*, por considerar que en un apurado razonamiento encaminado a desacreditar la existencia del Tráfico Ilícito, se consignó: "el transporte no debe entenderse como la mera traslación objetiva de la droga de un punto a otro"; sin embargo, más adelante de su reflexión los sentenciadores expusieron: "haciendo uso de la lógica común, los inculpados transportaban la droga para hacerla llegar a terceras personas. Debe añadirse que la acción de transportar estupefacientes está conformada no sólo por el simple traslado de la droga de un lugar o paraje a otro. El elemento subjetivo se integra con la ultra intención de participar en el tráfico de estupefacientes que se traslada." En ese orden de ideas, las anteriores reflexiones no pueden subsistir dentro de una misma exposición -continúa- ya que se ha afirmado la existencia del Tráfico (lícito que anteriormente fuera negada. Por tal razón, condena el referido pronunciamiento y solicita sea anulado.

En primer término, cabe recordar las circunstancias fácticas, que el sentenciador tuvo por acreditadas, así en el acápite correspondiente a los "HECHOS ACUSADOS", se consignó: "El

día dieciocho de agosto de dos mil ocho, en el kilómetro ciento veinte de la Carretera que de la Frontera La Hachadura conduce hacia Sonsonate, los agentes [...], quienes realizaban un control vehicular en dicho lugar, le hicieron señal de alto al autobús, el cual era conducido por el señor HENRÍQUEZ HERNÁNDEZ, y en el que se conducían dos sujetos que se ubicaban en el quinto asiento de atrás hacia adelante y quienes al observar que los agentes abordaron el autobús, denotaron nerviosismo y realizaron movimientos rápidos que ponían de manifiesto que trataban de ocultar algún objeto, siendo que el señor CRUZ, quien halaba el forro del asiento que llevaban delante de ellos para que el señor Ayala introdujera en él, un *objeto*, por lo que el agente [...], les mandó comandos verbales, quedándose quietos los sujetos procediendo dichos agentes a verificar el asiento mencionado, encontrando en el forro del mismo, una bolsa plástica, color negro, la cual contenía en su interior hierba seca al parecer marihuana, por lo que solicitaron la colaboración de la División Antinarcoóticos de La Hachadura, habiéndose presentado al lugar el señor MIGUEL ALFREDO MARROQUÍN, quien realizó la prueba de campo a la hierba encontrada, determinando que la misma daba resultado positivo a droga MARIHUANA(...) Asimismo se estableció que *el* resultado de la prueba de campo fue confirmado posteriormente por el análisis físico químico, teniendo la evidencia un peso neto de trescientos veintiséis punto dos gramos de droga marihuana, con un valor comercial de trescientos setenta y un dólares con ochenta y siete centavos de dólar." (*Sic*)

Una vez expuesta la circunstancia fáctica, que no puede ser alterada desde ninguna perspectiva por esta Sala, debido a que así es ordenado por el Principio de Intangibilidad de los Hechos, corresponde ahora determinar si el ejercicio de calificación efectuado por el A-Quo es adecuado o si por el contrario, ciertamente existe el vicio que denuncia la recurrente. En ese orden de ideas, conviene recordar que el ilícito en comento, es catalogado como de "peligro abstracto", es decir, aquellos que el riesgo está implícito en la acción desplegada; no se trata de que se produzca un efectivo peligro como si fuera un delito de peligro concreto, sino de la peligrosidad de la conducta, que se supone inherente a la acción. Ante tal contexto, el espíritu de actual Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en adelante LRARD, se decanta por penalizar! riesgo potencial para la salud pública, bajo el argumento que resulta constitucionalmente aceptable penalizar la tenencia de drogas sin distinción en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se lleve a cabo.

Respecto del caso concreto, de las circunstancias fácticas consignadas, el actuar de los

imputados fue calificado como "POSESIÓN", en tanto que "dicha conducta implica tener o poseer la droga y en ese sentido, la tiene quien la lleva unida a su cuerpo y la posee el que sin tener consigo ejerce o ejerció inmediatamente antes de ser encontrada, dominio y control sobre ella, así se estableció que los imputados poseían droga marihuana en cantidad superior a los tres gramos"; y no debe entenderse la conducta como "transporte", en tanto que esta actividad no se limita a la mera traslación objetiva de la droga de un punto a otro, sino que se "integra con la ultrainción de participar en el tráfico de estupefacientes que se traslada." Es decir, se decantó el Tribunal por considerar que el actuar de los procesados se adecuaba a un mero dominio y disposición de la sustancia estupefaciente, obviando en su análisis por completo las circunstancias bajo las cuales ocurrió el hallazgo de la droga. Resulta ante este punto pertinente, hacer una breve pausa y reflexionar sobre las incidencias procesales; en ese orden de ideas, al ser interceptados los imputados por los agentes policiales, resultó que la droga fue encontrada en un meticuloso envoltorio, primero papel periódico y luego cubriendo éste, una bolsa plástica negra con la cual se pretendía el ocultamiento en el respaldo del asiento de un autobús que se trasladaba desde un punto fronterizo hacia el interior del país, pretendiendo la clandestinidad. Además, la elevada cantidad de materia y su consiguiente beneficio ilícito, que asciende a la cantidad de trescientos setenta y un dólares con ochenta y siete centavos, sobrepasan la mera conducta de Posesión y Tenencia, sino que se pretende complementar el ciclo económico de la droga.

De tal forma, a criterio de esta Sala, la conducta jurídicamente relevante atribuida a los imputados, no puede ser adecuada al tipo penal descrito en el Art. 34 LRARD, tal como lo ha hecho el Sentenciador, en tanto que de la totalidad del cuadro fáctico, se advierte que éstos **TRANSPORTABAN**, es decir, "llevaba de un lugar a otro", en el interior de una mochila, la porción de hierba seca, que luego de la prueba de campo realizada, resultó positiva a marihuana, con un peso de 326.2 gramos. Lo anterior nos conduce a concluir que el hallazgo de la droga y el lugar en que ésta se encontró sobrepasa la sospecha de que la única finalidad era portarla o tenerla dentro de su esfera de dominio; estamos frente al delito de **TRÁFICO ILÍCITO**, regulado en el Art. 33 LRARD, y que los autores responsables penalmente son **JOSÉ ISABEL AYALA BENÍTEZ** y **JORGE ALEXANDER CRUZ MELÉNDEZ**, inferencias que se deducen del material probatorio que desfiló en Juicio.

Bajo esta línea de pensamiento, la acción típica del delito se adecua al contenido del Art. 33 LRARD, en tanto que ésta se encuentra integrada por una multiplicidad de verbos rectores que

permiten la realización de la infracción, siendo todos ellos relevantes en el ciclo del tráfico. Así pues, dentro de esta variedad, figura el "transporte de droga", que se ejecutó mediante el desplazamiento de ésta dentro de una mochila, hacia un destino indeterminado por la investigación fiscal.

De lo anterior se concluye que ciertamente ha ocurrido un equívoco en la labor de subsunción de los hechos al derecho ocurrido en el razonamiento del juez, en tanto que adecuó de manera errónea una figura delictiva a partir de las circunstancias fácticas por él mismo acreditadas, por lo que esta Sala considera procedente anular el proveído, en tanto que los hechos se ajustan al delito de TRÁFICO ILÍCITO. No se puede concluir otra cosa más que lo antes asegurado, ya que de la conducta realizada por los imputados se deduce que estaban transportando la Marihuana.

En consecuencia, procede casar parcialmente la sentencia actualmente impugnada, únicamente en lo correspondiente a la calificación del delito y a la cantidad de años de prisión a que fueron **condenados JOSÉ ISABEL AYALA BENÍTEZ y JORGE ALEXANDER CRUZ MELÉNDEZ**. En atención al Art. 427 Inc. 3° del Código Procesal Penal, se enmendará directamente en esta resolución, la violación a la ley sustantiva, que ha sido constatada mediante la determinación de la pena que corresponda imponer de acuerdo al **Art. 33 LRARD**, para el delito de **TRÁFICO ILÍCITO**, que está sancionado según la citada disposición con pena de prisión entre diez y quince años.

En este contexto, se retoman los argumentos expuestos en el acápite denominado **"DETERMINACIÓN DE LA PENA"**, en los cuales se plasmó el fundamento para la imposición del mínimo legal de la sanción, criterios que no son controvertidos por la recurrente.

Bajo esta argumentación, se impone la pena de diez años de prisión por el delito de **TRÁFICO ILÍCITO**, reprochable a **JOSÉ ISABEL AYALA BENÍTEZ y JORGE ALEXANDER CRUZ MELÉNDEZ**. Las penas accesorias fijadas en el fallo quedan firmes, excepto en cuanto a su vigencia, la que se modifica en correspondencia a la duración de la pena principal decidida aquí.

POR TANTO: De acuerdo a lo apuntado en los acápites precedentes, disposiciones legales citadas y artículos 50 inciso 2°, 57, 421, 422 y 427, todos del Código Procesal Penal, en nombre de la República de El Salvador, este Tribunal **RESUELVE:**

A. CÁSASE PARCIALMENTE LA SENTENCIA DE MÉRITO, sólo en cuanto a la pena de tres años de prisión a la que fueron condenados los imputados **JOSÉ ISABEL AYALA BENÍTEZ** y **JORGE ALEXANDER CRUZ MELÉNDEZ**, por el delito de **POSESIÓN Y TENENCIA**; y en su lugar, se califica como **TRÁFICO ILÍCITO**, regulado en el Art. 33 LRARD, en perjuicio de la Salud Pública, y se le impone la pena mínima legal de **DIEZ AÑOS DE PRISIÓN**, por dicho ilícito, quedando vigentes las demás penas accesorias impuestas en el fallo, variando únicamente en su tiempo de vigencia, en razón del nuevo quantum impuesto por esta Sala.

B. Vuelvan las actuaciones del proceso al Tribunal de procedencia, adjuntando esta sentencia para su cumplimiento.

**C. NOTIFÍQUESE. ---R. M. FORTÍN-----M. TREJO-----GUZMÁN U. D. C.-----
PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN -----
ILEGIBLE-----RUBRICADAS.-**