

284C2018

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; San Salvador, a las ocho horas y veinticinco minutos del catorce de marzo de dos mil diecinueve.

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 interpuesto por el licenciado Jairo García Arévalo, en calidad de defensor particular, contra la sentencia pronunciada por la Cámara de la Segunda Sección de Occidente, Sonsonate, a las catorce horas treinta y un minutos del día cinco de enero de dos mil dieciocho, mediante la cual reforma la sentencia definitiva condenatoria pronunciada por el Tribunal de Sentencia de Sonsonate, a las quince horas del día treinta de mayo de dos mil diecisiete; y modificó la calificación jurídica del delito atribuido al imputado **EMRG**, de **POSESIÓN Y TENENCIA**, previsto y sancionado en el Art. 34 Inc. 2 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, al delito de **POSESIÓN Y TENENCIA CON FINES DE TRÁFICO**, previsto y sancionado en el Art. 34 Inc. 3 *ídem.*, en perjuicio de la **Salud Pública** e imponiéndole la pena de seis años de prisión.

Interviene además, la licenciada Yanira Portillo Velásquez, en calidad de agente auxiliar del Fiscal General de la República.

I. ANTECEDENTES.

PRIMERO. El Juzgado Primero de Instrucción de Sonsonate, conoció de la audiencia preliminar contra el procesado EMRG, por el delito de Tráfico Ilícito; una vez concluida la misma, decretó auto de apertura a juicio y ordenó remitir las actuaciones al Tribunal de Sentencia de Sonsonate, quien el día treinta de mayo de dos mil diecisiete, pronunció sentencia definitiva condenatoria, por el delito de Posesión y Tenencia, de conformidad con el Inc. 2° del Art. 34 de la LRARD e impuso la pena de tres años de prisión, la que a su vez fue reemplazada; decisión judicial que fue apelada por la representación fiscal, ante la Cámara de la Segunda Sección de Occidente, Sonsonate, quien declaró no ha lugar la calificación propuesta por la fiscal en el delito de Tráfico

Ilícito; y de oficio modificó la calificación jurídica dada en primera instancia del delito de Posesión y Tenencia en su modalidad segunda [Inc. 2° del Art. 34 LRARD], al delito de Posesión y Tenencia con Fines de Tráfico, [Inc. 3° del Art. 34 LRARD]; y modificó la pena impuesta por el *A quo*, adecuándola en seis años de prisión; de cuya decisión se viene recurriendo en casación.

Los hechos probados, según la sentencia de primera instancia, en lo esencial son los siguientes: El día uno de noviembre de dos mil dieciséis, el imputado EMRG, se encontraba sobre ***** del Municipio de San Antonio del Monte, departamento de Sonsonate, y al advertir la presencia policial se mostró nervioso y se dio a la fuga; por su parte, los agentes policiales que se encontraban en el lugar deciden darle alcance y al ser requisado, en su mano derecha le fue encontrado una bolsa plástica color blanco y en su interior contenía tres paquetes medianos envueltos con cinta adhesiva de material vegetal, la que al practicarle la prueba de campo respectiva dio positivo a marihuana, con un peso total de ochocientos setenta y tres punto cuatro gramos [873.4 gramos] con un valor económico aproximado de novecientos noventa y cinco centavos de dólar [\$ 995.00] [Fs. 93-97].

SEGUNDO. La Cámara de la Segunda Sección de Occidente, Sonsonate, resolvió en los siguientes términos: "...a) **DECLÁRASE NO HA LUGAR LO SOLICITADO** por la agente fiscal, Licenciada YANIRA PORTILLO VELASQUEZ, en el sentido que se califique el delito como Tráfico Ilícito; b) **MODIFICASE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA** del ilícito atribuido al imputado **EMRG**, de **POSESIÓN Y TENENCIA** de conformidad a lo previsto en el inciso 2° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas a **POSESIÓN Y TENENCIA**, al delito establecido en el inciso 3° de la citada Ley; c) **REFÓRMASE LA SENTENCIA** pronunciada a las quince horas del día treinta de mayo de dos mil diecisiete, únicamente en lo que refiere a la **CONDENA DE TRES AÑOS DE PRISIÓN**, dictada por el delito de **POSESIÓN Y TENENCIA** artículo 34 inciso 2° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, por la Jueza del Tribunal de Sentencia de esta ciudad...contra el imputado **EMRG**, en el sentido que dicha condena será de **SEIS AÑOS DE PRISIÓN**, por la comisión del delito de **POSESIÓN Y TENENCIA** previsto y sancionado en el artículo 34 inciso 3° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; por tanto **REVOCASE EL REEMPLAZO DE LA PENA DE PRISIÓN** impuesta al imputado, por la comisión del delito

citado....". (Sic).

TERCERO. Contra el anterior fallo, la defensa técnica del imputado interpuso recurso de casación en el que alega la causal número cuatro del Art. 478 CPP., por inobservancia a las reglas relativas a la congruencia, en relación con el Art. 397 CPP:

CUARTO. Una vez interpuesto el recurso de la defensa, tal como lo dispone el Art. 483 CPP., la Cámara emplazó a la fiscal Yanira Portillo Velásquez, a fin de que emitiera su opinión técnica, quien omitió contestar el emplazamiento.

QUINTO. Al agotar el estudio de naturaleza formal ordenado en los Arts. 483 y 484 del CPP., la Sala constata que el recurso cumple con los requisitos de tiempo y de forma, por haber sido interpuesto por escrito y dentro de los diez días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación de la sentencia impugnada; asimismo cumple con los requisitos de impugnabilidad objetiva y subjetiva, por ser el objeto de la impugnación una sentencia que pone fin al proceso que ha sido dictada en segunda instancia y por haber sido interpuesto por el abogado Jairo García Arévalo, quien se encuentra debidamente acreditado dentro del proceso como defensor del imputado, y por tanto, sujeto procesal facultado para recurrir; además, el escrito cuenta con suficientes fundamentos de los que es posible individualizar el motivo de la inconformidad y los agravios que reclama, así como las normas presuntamente quebrantadas; en consecuencia, **ADMÍTESE** y decídase sobre el fondo de la impugnación.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Se acusa que la Cámara inobservó las reglas relativas a la congruencia, porque resolvió *extra petita* al haber modificado la calificación jurídica del delito de Posesión y Tenencia, regulado en el Art. 34 Inc. 2° LRARD, al delito de Posesión y Tenencia con Fines de Tráfico, regulado en el Art. 34 Inc. 3° *ídem*, no obstante que el ente fiscal requirió y acusó por el delito de Tráfico Ilícito, Art. 33 LRARD, sin haber propuesto una calificación alterna o ampliación de la acusación y sin que el imputado fuese advertido de la posibilidad del cambio de calificación que hizo la Cámara al inciso tercero del Art. 34 LRARD.

La Cámara atribuyó al imputado una conducta que en ningún momento ha sido objeto de debate, generando indefensión porque la defensa técnica orientó su defensa únicamente a la calificación propuesta por la defensa y a la acusada por fiscalía.

Como solución propone que se case la sentencia recurrida y se mantenga firme la sentencia de primera instancia que calificó el delito como Posesión y Tenencia, Art. 34 Inc. 2° LRARD, con las penas que se impusieron en la misma, por considerar que es lo que a derecho corresponde.

2. Delimitado el reclamo, procede examinar el agravio de apelación admitido así como los fundamentos de la Cámara al resolverlo.

La fiscal interpuso recurso de apelación en el que alegó inobservancia de los artículos 395 numeral 2 y 144 Pr. Pn., con base en la causal N° 4 del Art. 400 Pr. Pn., aduciendo que la Juez *A quo* no fundamentó su decisión de adecuar la conducta del imputado en el delito de Posesión y Tenencia [inciso 2° del Art. 34 LRARD], pues no tomó en cuenta la considerable cantidad de droga incautada [247 gr, 331.2 gr y 295.1 gr.], la forma en que ésta fue encontrada [en capas envueltas en bolsas plásticas, embaladas con cinta adhesiva transparente] y que las circunstancias personales del imputado [veintiún años de edad, de oficio cocinero e ingresos económicos insuficientes para poseer dicha cantidad de droga]. Todas estas circunstancias -según la fiscal- demuestran que la droga estaba lista para ser entregada a terceras personas y por tanto debió mantenerse la calificación en el delito de Tráfico Ilícito.

La Cámara al admitir el recurso, sostuvo: *"...esta Cámara advierte que el motivo consiste en que a criterio de la recurrente ha existido la inobservancia del art. 33 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y , como consecuencia, la errónea aplicación del art. 34 Inc.2° de la citada ley, debido a que la conducta atribuida al procesado, siendo constitutiva del delito de Tráfico Ilícito, fue calificada definitivamente por el juzgador como Posesión y Tenencia, lo que conllevó a que la pena aplicada fuera menor..."*

Habiendo considerado la Cámara que el único punto de controversia en el que basó el apelante el

agravio, resolvió en los siguientes términos : "...de acuerdo a la acusación fiscal, la actuación realizada por el acusado fue la de llevar la droga en el interior de una bolsa plástica en su mano derecha, la cual pretendía movilizarla de un lugar a otro, pues de la forma que se acreditaron los hechos el acusado estaba realizando una acción de desplazamiento dado que al momento de su detención se conducía por la vía pública...por ello esta Cámara estima que se cuenta con una exteriorización de voluntad destinada al logro del propósito criminal, donde es razonable pensar que el procesado conducía la sustancia oculta en el interior de una bolsa de plástico, que portaba en sus manos, presumiblemente para entregarla a quien o quienes posteriormente la consumirían o redistribuirían; de ahí que a criterio de este Tribunal el procesado estaba transportando la marihuana, partiendo que "transporte" significa llevar tal sustancia de un lugar a otro... También es pertinente acotar, que el procesado no conducía una cantidad ínfima de droga- marihuana, pues se le decomisó de acuerdo a lo que versa en el examen pericial la cantidad de 873.4 gramos, con un valor comercial de 995.67 dólares, de ahí que no resulta atendible la calificación efectuada por la Juzgadora, en el sentido de sostener que se trata de una simple posesión y tenencia por exceder a los dos gramos como lo prevé el inc. 2° del art. 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas...por consiguiente... se ha constatado el error denunciado por la impugnante, por cuanto la conducta atribuida constituye el delito de Posesión y Tenencia, previsto y sancionado en el art. 34 inc 3° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, pues el procesado poseía la droga y la **transportaba** con fines de narcotráfico, determinable en razón de la cantidad que poseía, es decir, ejecutando uno de los verbos rectores que prescribe el art. 33 de la Ley en cuestión; de ahí que...no puede calificarse como Posesión y Tenencia...tampoco...dentro del tipo penal de Tráfico Ilícito, como ha sido solicitado por la agente fiscal, dado que en el presente caso el procesado era un mero conductor de la droga incautada, hacia aquellos que finalmente la redistribuirían o comercializarían, pues no puede obviarse las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se realizó la captura del imputado, dado que la droga la conducía en un lugar público y dentro de una urbanización... cuya incautación devino de un proceso rutinario policial; además debe de tomarse en cuenta, que como lo sostuvo la Jueza A quo, el imputado no ha realizado alguna acción que dejara en evidencia su ánimo tendencial de incorporar al tráfico ilícito la sustancia incautada; que con lo relacionado se descartan las circunstancias de la figura típica del art. 33 de la ley en cuestión... en consecuencia, este Tribunal califica el delito atribuido al

imputado...como Posesión y Tenencia con fines de tráfico...inciso 3°...". (Sic).

3. Al confrontar los fundamentos de la queja de apelación con la respuesta que dio el tribunal de alzada, esta Sala determina que no procede acceder a las pretensiones de la defensa de anular el proveído de la Cámara por el vicio que denuncia [inobservancia a las reglas relativas a la congruencia], por las razones que se exponen a continuación.

Se ha verificado que la fiscalía acusó por el delito de Tráfico Ilícito y por este delito se dictó auto de apertura a juicio; sin embargo, en la fase incidental del juicio, la defensa técnica solicitó el cambio de calificación jurídica de los hechos al delito de Posesión y Tenencia simple, de conformidad al Art. 34 Inc. 2° LRARD; una vez finalizada la audiencia del juicio, el procesado fue condenado por la figura típica propuesta por la defensa, imponiéndole la pena de tres años de prisión, la que fue reemplazada por trabajo de utilidad pública; inconforme con dicha calificación, la representación fiscal recurrió en apelación pretendiendo que la Cámara adecuara los hechos en el delito de Tráfico Ilícito [Art. 33 de la LRARD]; no obstante, la Cámara resolvió sin lugar las pretensiones de la fiscalía y de oficio modificó la calificación dada en primera instancia y adecuó la conducta del imputado en la figura de Posesión y Tenencia con Fines de Tráfico, regulada en el inciso 3° del Art. 34 LRARD, imponiéndole la pena de seis años de prisión.

El anterior procedimiento no revela error por parte de la Cámara, en principio porque la modificación que realizó tuvo como base hechos comprendidos tanto en el cuadro fáctico acusado como el acreditado en juicio [según consta en las actuaciones].

Asimismo, la prohibición que establece el Art. 397 Pr. Pn., en su primer inciso, se refiere a la inclusión de hechos o circunstancias fácticas que no favorezcan la situación del imputado y que no aparezcan descritas en la acusación o en su ampliación respectiva o en el auto de apertura a juicio; en el segundo inciso autoriza al tribunal adecuar los hechos en una calificación jurídica distinta a la acusada o descrita en el auto de apertura a juicio, incluso podrá aplicar penas más graves o distintas a las solicitadas, siempre que el condenado haya sido advertido previamente sobre la posible modificación de la calificación jurídica, aclarándose en dicha norma que la regla

comprenderá los preceptos que se refieran sólo a pena, en aquellos casos que se pretenda aplicar una más grave a la solicitada [entiéndase a la solicitada por la fiscalía].

En el caso de autos, como se dijo antes, no existe infracción a la regla descrita, porque fiscalía acusó por el delito de Tráfico Ilícito, cuyos parámetros de penalidad oscilan entre un mínimo de seis años a un máximo de diez años de prisión; es decir entonces que, desde el momento que la defensa del procesado solicitó en audiencia el cambio de calificación al delito de Posesión y Tenencia, quedó habilitado el tribunal para realizar dicha modificación, la que obviamente resulta más favorable al procesado en relación a la figura acusada por fiscalía [Tráfico Ilícito].

Si bien es cierto, el delito de Posesión y Tenencia contiene tres modalidades de posesión con parámetros de penalidad gradualmente distintos [Las primeras dos en atención a la cantidad de droga incautada; y la tercera, en consideración a otros hallazgos distintos a la droga u otras circunstancias particulares que descartan que se trate de una simple posesión y demuestren una posesión encaminada a realizar alguna de actividad de narcotráfico descrita en el Art. 33 LRARD]; esto no le hace perder su homogeneidad como figura típica; y en ese sentido la modificación que hizo el tribunal de alzada se encuentra comprendida dentro de la misma figura típica de Posesión y Tenencia, aunque aplicó una modalidad que establece parámetros de penalidad distintos a los aplicados por el *A quo*.

Siendo así, por razones obvias no cabe discusión en cuanto a que la modalidad aplicada por la Cámara implicó una pena más grave para el procesado, pero nótese que este incremento se encuentra dentro de los parámetros legalmente permitidos conforme el Art. 397 Pr. Pn. y dentro de las facultades resolutivas de la Cámara establecidas en el Art. 475 Pr. Pn., en tanto que, el aumento es visualizado por el casacionista únicamente en relación a la pena que aplicó el *A quo*, la que por haber sido apelada por el ente fiscal no adquirió firmeza; y sin embargo, bajo la perspectiva de las pretensiones de la fiscalía, es evidente que no implicó un incremento o una pena más grave a la solicitada por la fiscalía, en el sentido que establece la regla descrita en el Art. 397 Inc.2° Pr. Pn.

Por otra parte, el Art. 460 Pr. Pn., establece que cuando la resolución haya sido recurrida por el

fiscal, querellante o acusador, permitirán al tribunal modificar o revocar la resolución aún a favor del imputado; y en el caso concreto, la Cámara no accedió a las pretensiones de la fiscalía de calificar los hechos en el delito de Tráfico Ilícito, aplicando una pena más grave a la que solicitó fiscalía, sino que adecuó los hechos siempre en el delito de Posesión y Tenencia [basándose en el mismo cuadro fáctico acreditado], pero estimó que éstos demostraban con claridad la intención del acusado de trasladar la droga como una actividad de narcotráfico de las descritas en el Art. 33 LRARD, y por tanto, la pena que impuso no resulta ser más grave a la solicitada por fiscalía.

En consecuencia, por las razones que se dicen, no lleva la razón el recurrente al sostener que la actividad realizada por la Cámara ha sido en contravención al Art. 397 Pr. Pn., y por tanto, procede desestimar el vicio por inobservancia de las reglas relativas a la congruencia alegado.

4. No obstante lo anterior, y por encontrarse el agravio -alegado por la defensa- íntimamente relacionado con aspectos de la calificación jurídica de los hechos, esta Sala de oficio y con base en el Art. 460 Inc. 2 Pr. Pn., advierte que la Cámara ha incurrido en un error de derecho al fundamentar su decisión de adecuar los hechos en el inciso tercero del Art. 34 de la LRARD., pues se ha basado únicamente en la cantidad de la sustancia prohibida incautada, desconociendo que en el cuadro fáctico acreditado no constan otros datos o circunstancias particulares de las que se pueda inferir que la posesión fuese con el fin ulterior de realizar alguna de las actividades de narcotráfico reguladas en el Art. 33 de la LRARD.; ni al examinar el texto de la sentencia condenatoria -en la parte relativa a la descripción de las pruebas que desfilaron en juicio-se observan elementos probatorios de los que se pueda deducir que el imputado RG poseía la droga con el ánimo de realizar una actividad propia de tráfico [transporte, para el caso]; tampoco se ha establecido que el hallazgo de la droga haya sido motivado por investigaciones previas que señalaran al procesado dentro de las actividades de narcotráfico, sino al contrario, las pruebas y conclusiones fácticas revelan que fue un hallazgo casual con motivo de un procedimiento policial preventivo rutinario, como la misma Cámara lo reconoce en sus argumentaciones.

Adviértase que según el cuadro fáctico acreditado, el imputado RG fue sorprendido en horas del mediodía [aproximadamente a la 1:30 pm], en la misma zona de su residencia [*****], lugar donde es capturado en el momento que se desplazaba sobre la *****, del municipio

de San Antonio del Monte, Sonsonate, portando en su mano derecha una bolsa plástica color blanco y en su interior tres porciones medianas de marihuana, las que hicieron un total de 873.4 gramos; cantidad que si bien no es considerablemente escasa, tampoco es un dato suficiente *per se* para derivar que la posesión de dicha cantidad de droga-marihuana estuviese dirigida a la realización de alguna de las actividades de tráfico descritas en el Art. 33 LRARD, particularmente la actividad de "transportar" la droga como parte de la red de narcotráfico.

En ese sentido, tomando en cuenta que de los hechos acreditados sólo se tiene la mera cantidad de la droga-marihuana, resulta que el cambio que hizo la Cámara de calificar los hechos en el delito de Posesión y Tenencia, inciso tercero del Art. 34 LRARD, no se ajusta a dicha modalidad, porque como se dijo antes, la sola cantidad no es suficiente para inferir la finalidad requerida en el inciso tercero de dicha norma, y siendo que en las actuaciones no constan otros indicios que evidencien ese elemento subjetivo especial requerido en dicha modalidad, corresponde mantener la adecuación del comportamiento del procesado en una posesión simple, tal y como lo razonó el tribunal del primera instancia; por lo que, procede declarar la nulidad parcial de la sentencia de alzada en lo que se refiere a la calificación jurídica de los hechos en el inciso tercero del Art. 34 LRARD, y debe mantenerse la calificación dada en primera instancia en el delito de Posesión y Tenencia, de conformidad con el Inc. 2º del Art. 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.

III. FALLO

POR TANTO: Con base a lo antes expuesto y de conformidad con lo regulado en los Arts. 50 Inc. 2º, Lit. "a", 144, 179, 395, 452, 453, 479, 480 y 484 del CPP., en nombre de la República de El Salvador, esta Sala **RESUELVE:**

A. DECLÁRASE NO HA LUGAR a casar la sentencia impugnada, por haberse comprobado la inexistencia del vicio por inobservancia de las reglas relativas a la congruencia, alegado por el licenciado Jairo García Arévalo, en calidad de defensor particular del procesado EMRG.

B. DECLÁRASE DE OFICIO LA NULIDAD PARCIAL de la sentencia impugnada,

únicamente en lo que se refiere al cambio de calificación jurídica de los hechos en el delito de Posesión y Tenencia con Fines de Tráfico; en consecuencia, manténgase la calificación dada en primera instancia por el delito de Posesión y Tenencia, previsto y sancionado en Art. 34 Inc. 2º LRARD, en perjuicio de la Salud Pública.

C. Remítanse las actuaciones a la Cámara de procedencia para los efectos legales consiguientes.

NOTIFÍQUESE.

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