

Santiago, diecisiete de abril de dos mil veintitrés.

Vistos:

El Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de cinco de septiembre de dos mil veintidós, en los antecedentes RUC 2.101.172.978-6, RIT 282-2022, condenó a Bryan Camilo Gallardo Ulloa, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a diez unidades tributarias mensuales, y a las accesorias legales de suspensión de cargos u oficios públicos mientras dure la condena, como autor de un delito consumado de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas, cometido el 28 de diciembre de 2021 en la comuna de La Pintana. Se dispuso el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad.

En contra de dicho fallo, la defensa del sentenciado dedujo recurso de nulidad, el cual se conoció en la audiencia pública de veintiocho de marzo pasado, convocándose a los intervinientes a la comunicación de la sentencia para el día de hoy, como consta del acta respectiva.

Considerando:

Primero: Que, la defensa funda su arbitrio recursivo en la causal de nulidad contemplada en el artículo 373, letra a) del código adjetivo, en tanto — en concepto del articulista— se trasgredió la garantía del debido proceso, consagrada en favor de todas las personas en el artículo 19, N° 3, inciso sexto de la Carta Fundamental.

Expone que, la contradicción fundamental que se presentó en el juicio oral consistió en determinar si el procedimiento de control de identidad y posterior detención del imputado se ajustó a la norma del artículo 85 del código adjetivo, concurriendo así los requisitos para realizar un control que permita la



revisión de vestimentas del sujeto investigado, encontrándose de esta forma la evidencia fundamental para sostener la acusación realizada por el ente persecutor.

Afirma que, de considerarse ilegal, existiría una vulneración de garantías fundamentales, lo cual implicaría que debió haberse excluido la prueba obtenida de tales actuaciones, en concordancia con lo señalado en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal, el cual se encarga de regular la prueba que podrá ser presentada en un juicio oral.

Estima que, la hipótesis fáctica planteada por el ente persecutor en ningún momento se condice con las posibilidades que otorga el artículo 85 ya citado, a fin de poder ejercer un control de identidad y posteriormente fiscalizar a los supuestos compradores. Los hechos planteados por el Ministerio Público como indiciarios que se estuviese cometiendo un delito y, por tanto, habilitantes para proceder con el control no son tales. En cuanto que una transacción entre dos personas de algo, cuya naturaleza no se puede determinar a simple vista, no resulta suficiente de acuerdo a la jurisprudencia que cita, para tildar de ilícita una acción.

La inferencia realizada por los funcionarios aprehensores, en base a la experiencia en cuanto se trataba de droga, demuestra que los funcionarios actuaron sin antecedentes suficientes. La mera sospecha de los Carabineros no puede entenderse como un indicio suficiente para realizar un control de identidad, y mucho menos un procedimiento de detención por flagrancia, razón por la cual solicita anular el juicio oral y la sentencia, debiendo realizarse un nuevo juicio oral, ante un tribunal no inhabilitado con exclusión de la prueba presentada por el Ministerio Público.



Segundo: Que en lo concerniente a los hechos que fundaron la acusación del Ministerio Público, la sentencia impugnada, en su motivo octavo, tuvo por acreditado que, *“...el día 28 de diciembre de 2021, a las 12:15 horas aproximadamente, en calle Antonio Machado con Pasaje Santa Ángela, comuna La Pintana, funcionarios de carabineros sorprendieron a Bryan Camilo Gallardo Ulloa realizando una venta de droga a un tercero, y al proceder al registro de sus vestimentas advirtieron que éste portaba en el bolsillo derecho 22 envoltorios de papel cuadriculado contenedores de 1,1 gramos netos de cocaína base, además de \$13.100 de dinero en efectivo, todo ello sin contar con la autorización competente”*.

Estos hechos fueron calificados por el tribunal como constitutivos del delito consumado de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas, previsto y sancionado en el artículo 4° en relación al artículo 1° de la Ley 20.000.

Ahora, en relación a los puntos abordados en el recurso de nulidad, el fallo señaló en la motivación séptima que, *“...pese a los cuestionamientos planteados por la defensa en relación con el mérito de los dichos de este testigo, en particular en cuanto a su precisión al momento de dar cuenta de la acción de intercambio que visualizó y que motivó la realización del procedimiento policial, el tribunal estima que el deponente expuso de manera completa e inteligible los hechos que presenció y en los que participó entregando detalles en relación con la maniobra corporal desplegada por el acusado, observada a corta distancia*.

En efecto, no obstante que Óscar Vigor Yaupe reconoció que no pudo ver en ese instante ni dinero ni un objeto específico en las manos de las personas que luego fueron controladas, sí vio que uno de ellos —que resultó



ser el acusado Gallardo Ulloa— se había llevado la mano al bolsillo trasero derecho del pantalón para luego llevar su mano hasta donde estaba la mano del otro sujeto, existiendo entonces un contacto entre ambos, el cual, el testigo explica, no se realizó de manera ‘cotidiana o normal’ (SIC) como podría realizarse naturalmente el intercambio de cualquier objeto, sino que para describir la forma en que estaban los partícipes cuando esta interacción se ejecutó, empleó las expresiones ‘estar oculto y atentos a las condiciones’ (SIC), con lo cual, en concepto del tribunal el testigo dio razón suficiente de sus dichos, no solo al explicar la forma en la cual pudo percibir la transacción de drogas flagrante —explicando que el empleo de motocicletas les permitía llevar a cabo de mejor manera la función policial, ya que podían llegar a lugares de acceso más complejo sin ser detectados por terceros— sino que describió de manera detallada qué fue lo que específicamente visualizó y que le motivó a proceder a realizar un control de identidad al amparo del artículo 85 del Código Procesal Penal.

Que, en este contexto, y en base a los argumentos vertidos sólo cabe desestimar las alegaciones principales de la defensa, en cuanto a que en la especie, la realización de un control de identidad al acusado Bryan Gallardo Ulloa se habría realizado al margen de lo prescrito en el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Justamente, el artículo 85 en cuestión obliga a los efectivos policiales a efectuar un control de identidad en casos fundados, en los que, según las circunstancias, estimaren que exista algún indicio de perpetración de un ilícito.

La norma en cuestión, por lo tanto, obliga al funcionario policial a efectuar una valoración de aquello que ocurre frente a él. Esta necesidad de



ponderación e interpretación se deriva del empleo por parte del Legislador de la palabra 'estimaren'.

La forma en la cual se encuentra redactado el artículo 85, luego de la modificación de la ley 20.931, no exige meramente la concurrencia de un indicio, sino que requiere de la estimación o ponderación de las circunstancias por parte de quien, por lo demás, está obligado a intervenir en los casos previstos por la norma, pues no se trata de una mera facultad, sino que de una verdadera obligación funcionaria.

Es efectivo que esta valoración o estimación debe basarse en hechos y circunstancias objetivas, es decir, en supuestos fácticos claros y reales que se producen de manera indiscutible frente al funcionario policial, requerimiento que en la especie el tribunal estima adecuadamente concurrente desde que lo que vio el funcionario Óscar Vigor Yaupe, esto es, el movimiento de manos de parte del acusado, que consistió no en un simple 'pasamanos', sino que fue precedido por un movimiento de su mano derecha hacia su bolsillo derecho para luego llevar la misma mano hasta la mano del comprador, a lo que se suma la descripción de la manera en la cual simultáneamente a este gesto, se comportaban los sujetos ('atentos a las condiciones' (SIC) según expresó el funcionario con sus propias palabras), conforma, razonablemente, un indicio o señal de que se puede estar cometiendo un delito de tráfico pequeñas cantidades de drogas.

Luego, el acto en cuestión no constituye una acción valorativamente neutra como sostuvo la defensa, y eso lo explicó muy bien el funcionario Vigor Yaupe, al comparar lo que él vio con lo que sería el intercambio normal de un objeto cualquiera entre dos personas, refiriendo que contrariamente a lo que podría ser justamente un intercambio normal, en este caso, la forma en la que



se llevó a cabo la interacción, y la actitud de los sujetos, era inequívocamente indicativa del delito de microtráfico.

El funcionario explicó que el empleo de motocicletas les había permitido llegar al lugar sin ser detectados y presenciar el intercambio a no más de diez metros, sin embargo, aun a esa distancia, que es relativamente corta, es plausible que, considerando el reducido tamaño de las papelines de droga que se le incautaron al acusado —y que el tribunal pudo apreciar directamente cuando se le exhibieron al testigo Felipe Alfonso Ciudad Monjes las cadenas de custodia 6429640 y 6429646—, éstas no hayan sido percibidas por el testigo Vigor Yaupe, considerando la dinámica del movimiento de traspaso, que no es abierta y ostensible, pudiendo incluso las mismas manos de los que intervienen en la transacción obstruir la visual hacia el objeto que se encuentra dentro de ellas.

Que, en consecuencia, no es acertada la postura de la defensa en cuanto a que en la especie el control de identidad se llevó a efecto únicamente por consideraciones de tipo subjetivo de parte de los agentes policiales. No hay en este caso una interpretación mañosa o abusiva de una conducta totalmente normal o ‘neutra’ destinada a explicar un registro indebido, sino que se conjugan en este caso actos y actitudes de los sujetos controlados, que gatillan justificadamente el actuar policial”.

Tercero: Que, en lo concerniente a la infracción denunciada por el recurso de nulidad, cabe indicar que el debido proceso es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República consistente en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y al efecto, el artículo 19, N° 3, inciso sexto del texto político confiere al legislador la misión de definir las garantías de un



procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal garantía supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los Tratados Internacionales ratificados por Chile que están en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas.

Cuarto: Que como se ha dicho en ocasiones anteriores por esta Corte, el Código Procesal Penal regula a lo largo de su normativa las funciones de la policía en relación con la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (entre otras, SCS N°s 7.178-2017, de 13 de abril de 2017; 13.881-2019, de 25 de julio de 2019; 95.749-2021, de 1 de junio de 2022; y, 59.944-2022, de 27 de febrero de 2023).

Es así como el artículo 83 del citado cuerpo normativo establece expresamente el marco regulatorio de la actuación policial sin orden previa o instrucción particular de los fiscales permitiendo su gestión autónoma para prestar auxilio a la víctima (letra a); practicar la detención en casos de flagrancia conforme a la ley (letra b); resguardar el sitio del suceso con el objeto de facilitar la intervención de personal experto de la policía, impedir la alteración o eliminación de rastros o vestigios del hecho, etcétera,(letra c);



identificar testigos y consignar las declaraciones que ellos presten voluntariamente, tratándose de los casos de las letras b) y c) citadas (letra d); recibir las denuncias del público (letra e) y efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales (letra f). Solo en las condiciones que establece la letra c) recién citada, el legislador autoriza a los funcionarios de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile a efectuar diligencias autónomas de investigación.

A su vez, los artículos 85 y 86 del Código Procesal Penal, regulan el procedimiento de control de identidad, estableciendo la facultad de los funcionarios policiales para solicitar la identificación de cualquier persona sin orden previa de los fiscales, en los casos fundados en que estimen que exista algún indicio de que se hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; en el caso que la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad; facultando para el registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, procediendo a su detención, sin necesidad de orden judicial, de quienes se sorprenda a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130 —que describe lo que debe entenderse por situación de flagrancia— así como de quienes, al momento del cotejo, registren orden de aprehensión pendiente.

Quinto: Que las disposiciones recién expuestas tratan, entonces, de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos, estableciéndose en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación al



órgano establecido por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado —y sometido a control jurisdiccional — en lo referido a las medidas que afecten los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos.

Sexto: Que, a fin de dirimir lo planteado en la causal principal, desde que las circunstancias que motivaron el control de identidad y registro al que fue sometido el encartado, fueron materia de prueba y debate en el proceso, es menester estarse a lo asentado por los jueces de la instancia al ponderar las evidencias aportadas a la litis, sin que sea dable que, para tales efectos, esta Corte Suprema, con ocasión del estudio de la causal de nulidad propuesta, efectúe una nueva valoración de esas probanzas y fije hechos distintos a los determinados por el tribunal del grado, porque ello quebranta de manera evidente las máximas de oralidad, inmediación y bilateralidad de la audiencia, que rigen la incorporación y valoración de la prueba en este sistema procesal penal, ya que implicaría que este tribunal de nulidad, únicamente de la reproducción parcial de los testimonios rendidos en el juicio —solo de lo que interesa a la recurrente— podría dar por acreditados hechos distintos y opuestos a los que los magistrados extrajeron de esas deposiciones, no obstante que estos últimos apreciaron íntegra y directamente su rendición, incluso el examen y contraexamen de los contendientes, así como hicieron las consultas necesarias para aclarar sus dudas, lo que de aceptarse, simplemente transformaría a esta Corte, en lo atinente a los hechos en que se construye esta causal de nulidad, en un tribunal de segunda instancia, lo cual, huelga explicar, resulta inaceptable. Aclarado lo anterior, se procederá al estudio de la protesta fundante del recurso con arreglo a los hechos que en la decisión se tienen por demostrados.



Séptimo: Que, en ese contexto, cabe analizar si, en la especie, se presentaba el indicio que justificaba el control de identidad al que fue sometido el imputado, lo que permitió su registro y el consiguiente hallazgo de la droga.

Al respecto, el fallo da por sentado que los funcionarios policiales advierten una acción de intercambio o venta de sustancias ilícitas en la vía pública, la que impresionó a los efectivos policiales como particularmente distinta respecto de un intercambio común y corriente, dada la forma en que ocultaron dicha operación, lo cual motivó a los efectivos policiales para realizar un control de identidad investigativo a los partícipes de dicha transacción, encontrando en poder del comprador y del acusado, los contenedores de color beige, con presencia de cocaína y la suma de dinero, en las cantidades expresadas *ut supra*.

Las circunstancias antes referidas, a juicio de esta Corte y en relación al hecho objetivo que permitió el control de identidad, conforman un indicio claro y objetivo de que el imputado “podría” estar cometiendo un delito en relación al porte o posesión de sustancias estupefacientes, desde que en este caso los funcionarios policiales observaron un intercambio con características particulares en torno a su ocultamiento, lo que, apreciado en conjunto, constituye un indicio fundado de que podría estarse cometiendo un delito como el de tráfico de sustancias estupefacientes.

No debe preterirse que, como el mismo artículo 85 del Código Procesal Penal prescribe, la determinación de la existencia o no de “algún indicio” debe ser el resultado de una “estimación” que debe realizar el propio policía “según las circunstancias”, debiendo ocuparse esta Corte únicamente de descartar una actuación arbitraria de los agentes estatales en el desempeño de sus



labores preventivas, arbitrariedad que no se observa en la especie por las razones ya tratadas.

Octavo: Que, de esta manera, queda desprovista de sustento la impugnación relativa a la falta de indicios en el control de identidad practicado al acusado así como su registro, al resultar —como ya se dijo— suficientemente justificado el proceder policial sobre la base de los elementos ponderados, por lo que no se conculcó la garantía del debido proceso, al ceñirse los funcionarios policiales a la normativa legal que los rige, resultando inconcuso que las alegaciones de invalidación apoyadas en la causal impetrada aparecen carentes de fundamento, lo que conduce inequívocamente a su rechazo.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Bryan Camilo Gallardo Ulloa, contra la sentencia de cinco de septiembre de dos mil veintidós, dictada por el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 2.101.172.978-6 y RIT 282-2022, los que en consecuencia, **no son nulos.**

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Abogada Integrante Sra. Tavolari.

Nº 110.924-2022.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., la Ministra Sra. María Teresa Letelier R., y la Abogada Integrante Sra. Pía Tavolari G. No firman el Ministro Sr. Brito y la Ministra Sra. Letelier, no obstante



haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica y con feriado legal, respectivamente.



En Santiago, a diecisiete de abril de dos mil veintitrés, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

