



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**ANÁLISIS DEL CONTROL PREVENTIVO DE IDENTIDAD
INCORPORADO EN EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY N° 20.931**

VALERIA DENISSE VARGAS VERA
DAGLAS GUILLERMO FINSCHI JARA

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,
para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas con mención en Derecho Judicial

Profesor Guía: Dr. Emmanuel Bernales Basaez

Santiago, Chile

2018

DEDICATORIA

A nuestras familias, en especial a nuestros padres Ramona Vera, Pedro Vargas, Verónica Jara y Fernando Finschi, por el amor y apoyo incondicional durante nuestra carrera. Esperamos que el esfuerzo y dedicación que tuvimos a lo largo de estos años, se pueda demostrar en este trabajo, y así, sientan orgullo en lo que nos hemos convertido.

Al mismo tiempo, queremos dedicar este trabajo a nuestros profesores penalistas, aquellos que nos formaron y ayudaron a incrementar la pasión por ésta materia. Esperamos no desilusionarlos y siempre recuerden el entusiasmo que tuvimos para absorber sus conocimientos.

Por último, a nuestra querida Emilia, para que en algo podamos contribuir en su libertad de caminar por la vida sin restricciones ilegítimas. A ti, que fuiste el motor de nuestras aspiraciones, gracias.

INDICE

Capítulo I

HISTORIA DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY N°20.931	1
1. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados	1
1.1. Informe de la Comisión de Constitución	1
1.2. Oficio de la Corte Suprema a la Cámara de origen	5
2. Segundo trámite Constitucional: Senado	7
2.1. Informe de la Comisión de Constitución	7
2.2. Discusión en Sala. Fecha 5 Abril de 2016	10
3. Tercer trámite Constitucional: Cámara de Diputados	13
3.1. Informe de Comisión de Seguridad Ciudadana	13
3.2. Discusión en Sala. Fecha 19 Abril de 2016	15
4. Trámite Comisión Mixta: Cámara de Diputados-Senado	21
4.1. Informe Comisión Mixta	21
4.2. Discusión en Sala. Fecha 18 de mayo 2016. Sesión 24	28
4.3. Discusión en Sala. Fecha 18 de mayo 2016. Sesión 18	30
5. Trámite Tribunal Constitucional	31
5.1. Oficio del Tribunal Constitucional a la Cámara de Origen	31
6. Trámite Finalización: Cámara de Diputados	34
7. Publicación de Ley en Diario Oficial	34
7.1. Modelo definitivo del Artículo 12	34

Capítulo II

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LAS RESTRICCIONES DE LA LIBERTAD PERSONAL 36

1. Generalidades	36
2. Alcance del concepto de Derecho de Libertad Personal	38
2.1. Principio de Legalidad	41
2.2. Principio de “no arbitrariedad”	43
3. Derecho al Debido Proceso	46
3.1. Derecho a ser informado de las razones de la detención	46
3.2. Derecho a ser llevado sin demora ante un juez	48
3.3. Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable	52
3.4. Derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente para que decida sobre la legalidad del arresto o detención	53
3.4.1. El Hábeas Corpus como mecanismo para ejercer éste Derecho	53
3.4.2. Autoridad competente para conocer de la legalidad del arresto	54
3.4.3. Insuficiencia de la sola previsión formal del recurso	55
4. Análisis del Control Preventivo de Identidad en el Ord. jurídico comparado	56
4.1. Alemania	57
4.1.1. Ley de la Policía Federal (Bundespolizeigesetz)	59
4.1.2. Ley de Policía de Nordrhein Westfalen	59
4.1.3. Ley de Policía de Baden-Württemberg	60
4.1.4. Ley de Policía de Hessen	61
4.1.5. Ley de Policía de Saxonia	62
4.2. España	63
4.3. Italia	66
4.4. Estados Unidos de América	67

Capítulo Tercero

CONTROL PREVENTIVO DE IDENTIDAD EN CHILE	70
1. Evolución Histórica De Las Facultades Preventivas	70
1.1. Detención por Sospecha	70
1.2. Nacimiento del Control de Identidad	72
1.3. Artículo 85 Código Procesal Penal	73
1.4. Control de Identidad Preventivo de la Ley N° 20.931	74
2. La Identificación	76
3. Modificaciones introducidas al control de identidad del artículo 85 CPP	79
3.1. Indicios	80
3.2. Casos fundados	82
4. Artículo 12 de la Ley N° 20.931	86
4.1. ¿Se justifica la necesidad de un Control de identidad preventivo?	88
4.2. Diferencias entre ambos controles	89
4.3. Ineficacia del artículo 85 del CPP, como argumento a favor del Control Preventivo del artículo 12 Ley N° 20.931	92
4.4. Responsabilidad Penal del Funcionario Policial	97
4.5. Bien Jurídico Protegido	98
5. Constitucionalidad del Artículo 12 Ley N° 20.931	101
5.1. En cuanto a su redacción	101
5.2. En cuanto a su aplicación	103
CONCLUSIONES	113
BIBLIOGRAFÍA	121

CAPITULO PRIMERO

HISTORIA DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY N°20.931

1. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados

1.1 Informe de la Comisión de Constitución

El informe de la Comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, recaído en el proyecto de ley N° 20.931, fue expuesto a la Cámara de Diputados el 3 de Septiembre de 2015, con el objetivo de hacer frente al aumento de la actividad criminal que ha puesto en peligro la seguridad de la Ciudadanía, obligando al Gobierno y a un Estado de Derecho, a actuar frente a esta problemática que aqueja a la población, protegiendo a todos los intervinientes con medidas que refuercen el sistema procesal penal.

Es por lo anterior, que parte de los objetivos del proyecto, eran fortalecer la investigación y la persecución penal a través de 3 objetivos: siendo uno de ellos el mejorar las reglas del Control de Identidad¹.

Respecto de esta medida, el análisis a la iniciativa de la Comisión, llevada a cabo en la Cámara de Diputados, contó con la colaboración de distintas personalidades, como la ex Ministra de Justicia señora Javiera Blanco, la Fiscal Nacional subrogante señora Solange Huerta, el Defensor Nacional señor Andrés Mahncke, El General Director de Carabineros, General Inspector señor Carlos Carrasco y la Directora Ejecutiva de la Fundación Paz Ciudadana señora Catalina Mertz, entre otros. Quienes ofrecieron sus diversas opiniones respecto a la mejora del Control preventivo.

Así, la discusión y análisis del Informe, se llevó a cabo bajo la opinión favorable de ciertos diputados y entidades, pero también bajo la preocupación y rechazo a las consecuencias que podría producir dicho control.

¹ Historia de la Ley N° 20.931. Ministra de Justicia, Javiera Blanco. Informe de la Comisión de Constitución. Cámara de Diputados, 3 de Septiembre, 2015. En sesión 66. p. 108.

Opiniones favorables:

La manera de defender el proyecto de ley, era explicar que no se trataba de volver a establecer la antigua detención por sospecha², ni imponer una herramienta arbitraria, sino más bien que el objetivo era atacar las detenciones pendientes, fortaleciendo el rol preventivo de Carabineros para corregir las falencias de la persecución penal de la actual legislación, introduciéndole, de igual manera, elementos objetivos que puedan mejorar el procedimiento.

Opiniones en contra:

La urgencia con la que se esperaba tramitar este proyecto, dio pie para que las modificaciones que se pretendían realizar, en relación con el Control Preventivo de identidad fueran criticadas, en cuanto a que una materia de tal envergadura, debía tener otro tipo de discusión y debate, por lo que correspondía excluirlas del proyecto si se pretendía realizar una rápida tramitación.

Sin embargo, tal postura no prohibió que las opiniones y el debate continuaran, formulándose así, diversas indicaciones a éste control preventivo de identidad. En primer lugar, Diputados y agentes de diversas entidades mostraron su preocupación al proyecto, específicamente a la regulación del control de identidad, ya que, al fortalecer este tipo de herramientas se vulnerarían garantías constitucionales, así como la libertad personal o de circulación, el derecho a un debido proceso, etc. se prestaría para abusos de las policías y no contribuiría al objetivo del proyecto, en cuanto a que no resolvería el problema de la delincuencia. De lo anterior, el Defensor Nacional señor Andrés Mahnke argumentó: “...sería un foco de discriminación, ya que al no existir control hay mayores posibilidades de que se generen abusos”.

Los abusos a los que se refieren aquellos que están en contra de las modificaciones al control preventivo de identidad, tienen relación con que esta nueva herramienta de control no tiene condiciones objetivas que la puedan regular, volviéndose en un control

² La detención por sospecha fue eliminada en 1998, por medio de la Ley N° 19.567 que “Modifica el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal en lo relativo a la detención, y dicta normas de protección a los derechos del ciudadano”. Código de Procedimiento Penal. [Fecha de consulta: 17 Noviembre 2016]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22960>

arbitrario. Es más, cuando se consultó sobre el derecho comparado, el Defensor Nacional señaló: “se contempla el control de identidad, pero en todas las legislaciones se exige algún nivel de indicios que justifiquen dicho control. En España se exige un indicio que basta con la impresión del policía de que existe un peligro inmediato, y es la norma más amplia, no existe una norma sin indicios o antecedentes que justifiquen el control”³.

Por último, la crítica apuntó a que no correspondería establecer esta medida preventiva en el Código Procesal Penal, pues su enfoque era de persecución y no de prevención⁴. Además, la introducción del nuevo artículo 85 Bis, donde se estipula el nuevo control preventivo de identidad, significaría la derogación tácita del actual artículo 85 del CPP, toda vez que, según el Consejero del Instituto Nacional de Derechos Humanos señor Manuel Núñez: “...la regla del 85 bis tiene menos presupuestos que el artículo 85 actualmente vigente, la norma propuesta generaría la no aplicación del artículo 85, que establece hipótesis concretas de aplicación.” De esta manera, al existir un Control de identidad vigente (art. 85 CPP), que ya tiene supuestos amplios para poder concretarse, sería absolutamente innecesario la aplicación de otro Control, que según esta postura sería una regresión a la detención por sospecha, vulneraría garantías, no tiene criterios objetivos, daría paso a abusos y no cumpliría como herramienta de prevención.

Luego de haberse escuchado las diversas opiniones en la Comisión de Constitución, la Presidenta de la República, doña Michelle Bachelet, incluyó un nuevo artículo 12, donde se regulaba el Control preventivo de Identidad con las respectivas modificaciones realizadas al artículo 85 bis en comentario.

Este nuevo artículo 12, regulaba el procedimiento en cuanto a los siguientes aspectos: 1) El lugar donde podían controlar la identidad, esto es, lugares que expusieren a un mayor peligro para la seguridad y el orden público, o lugares donde existan grandes aglomeraciones de personas que pongan en riesgo la vida, integridad física, propiedad u otras garantías constitucionales; 2) El respeto a la igualdad de trato y la no discriminación

³ Historia de la Ley N° 20.931. Defensor Nacional, Andrés Mahnke. Informe Comisión de Constitución. p. 112.

⁴ Historia de la Ley N° 20.931. Ana María Morales, Directora del área de justicia de la Fundación Paz Ciudadana. Informe Comisión de Constitución. p. 115.

por parte de las Policías; 3) La no aplicación para el registro de vestimentas, equipaje o vehículo; 4) No podrá extenderse por más de 4 horas; 5) Constará de un procedimiento de reclamo estandarizado para aquellos que han sido objeto de un control arbitrario⁵, el cual deberá ser publicado; 6) Publicidad del número de controles de identidad practicados, desagregado en sexo, edad y nacionalidad; 7) Dar cuenta de manera semestral sobre la frecuencia y lugares en que se concentren la mayor cantidad de controles de identidad por sexo, edad y nacionalidad; 8) Informar la cantidad de detenciones por flagrancia que tienen su origen en virtud de la práctica del control, sub clasificado por tipo de delito y variables antes señaladas⁶.

Ofrecidas las mencionadas modificaciones, ciertos Diputados hicieron observaciones y formularon nuevas indicaciones para mejorar la norma mencionada. Sin embargo, a pesar de los intentos por incluir incisos, reemplazar ciertas palabras, o el solo hecho de plantear nuevas propuestas, se terminó por crear e incorporar un nuevo artículo 12 (modificado), el que fue apoyado por la entonces Ministra de Justicia señora Javiera Blanco, la que de igual manera agregó: “tiene sentido que se regulen fuera del Código Procesal Penal, entregando una facultad amplia a las policías para controlar la identidad, pero incorporando elementos de control como la identificación de la placa, la presentación de reclamos, la entrega de información respecto a la cantidad de reclamos y cantidad de controles, etc. Este cúmulo de controles genera el contrapeso suficiente a esta facultad preventiva disuasiva, que por no tratarse de facultades de persecución debe regularse fuera del Código Procesal Penal”, haciendo alusión a lo referido por los Diputados en contra de la norma, que no debía ser incorporado dentro del Código ya mencionado.

Este artículo, también fue objeto de críticas, ya que se le formularon diversas indicaciones, las que finalmente fueron rechazadas. Así la Comisión de Constitución logró

⁵ La amplitud de lo dispuesto en la norma significaría que los/as funcionarios/as policiales tendrían que “distinguir o discriminar” entre las personas a las cuales realizar el requerimiento de identificación y aquellas a quienes no hacerlo. Aquí es donde se podría producir un uso arbitrario de la facultad, toda vez que el proyecto de ley no entrega ningún criterio para orientar al personal de Carabineros en tal sentido. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Informe sobre Proyecto de Ley que establece el Control Preventivo de Identidad Boletín 9036-07. p. 2. [Fecha de consulta: 17 Noviembre 2016]. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/591/Control%20de%20Identidad%20Preventivo?squence=1>.

⁶ Historia de la Ley N° 20.931. Presidenta de la República, Doña Michelle Bachelet. informe de la Comisión de Constitución. Cámara de Diputados, 3 de Septiembre, 2015. En sesión 66.

aprobar las enmiendas introducidas por la Comisión de Seguridad Ciudadana, quedando el artículo 12 de la siguiente manera:

“Artículo 12.- En cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública, y sin perjuicio de lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 del mismo Código podrán controlar la identidad de cualquier persona en el lugar en que se encontrare, por cualquier medio de identificación expedido por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir y pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona las facilidades para identificarse.

Junto con lo anterior, las policías deberán dar cuenta a lo menos semestralmente, al Ministerio del Interior y Seguridad Pública acerca de la frecuencia y lugares en que se concentra la mayor cantidad de controles de identidad por sexo, edad y nacionalidad. Asimismo, deberán informar la cantidad de detenciones por flagrancia que dieren origen en virtud de su práctica, desagregada por tipo de delito y las variables antes señaladas, de conformidad a lo dispuesto en la ley 20.502”

1.2 Oficio de la Corte Suprema a la Cámara de origen.

El Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (CCLJyR), don Leonardo Soto Ferrada, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a la Corte Suprema el proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos (Boletín N° 9.985-07). Reunida la Corte Suprema en Pleno, el día 11 de septiembre del 2015, con la asistencia de los ministros señores Patricio Valdés Aldunate, Carlos Künsemüller Loebelfelder, Haroldo Brito Cruz y Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa Egnem Saldías y María Eugenia Sandoval Gouët, señores Juan Eduardo Fuentes Belmar, Carlos Cerda Fernández, Manuel Valderrama Rebolledo y los ministros suplentes señores Alfredo Pfiffer Richter y Julio Miranda Lillo, acordaron en lo relativo al control preventivo de identidad presentar las siguientes indicaciones:

En primer término la CS se pronunció respecto de las modificaciones al artículo 85 del CPP, en el cual se propuso pasar de un control de identidad autorizado por motivos fundados, esto es, la existencia de indicios, los cuales permiten al funcionario policial presumir que el controlado a cometido o intenta cometer un crimen o simple delito, facultándolo, incluso, al registro de sus vestimentas, equipajes o vehículo e inclusive cotejar huellas y órdenes de detenciones pendientes.⁷ Por consiguiente, se propone ampliar aún más el rango de los indicios mediante la introducción de dos incisos en el artículo 85 del CPP, que autorizan el control de identidad y el respectivo registro de vestimenta, equipaje y vehículo, “cuando los funcionarios policiales tengan algún antecedente que les permita inferir que una determinada persona tiene alguna orden de detención pendiente”, haciéndose difícil pensar qué clase de antecedente podría tener algún carabinero de la existencia de una orden de detención pendiente respecto de una persona determinada, además de la propia orden de detención que lo autorizaría, sin más, a restringir su libertad⁸, considerado desde la perspectiva de un Estado democrático de Derecho.

En segundo término, se plantea un nuevo artículo 12, como una disposición autónoma, que no modifica ningún cuerpo normativo, y que, en los hechos, establece una autorización general a las policías para controlar la identidad de las personas sin ulterior expresión de causa, en un procedimiento máximo de 4 horas. Las únicas diferencias de esta facultad, respecto de la propuesta en el artículo 85 del CPP, es que como correlato a no requerir ningún sustento ni antecedente de ninguna clase (bastando la mera voluntad policial), no admite el registro de vestimentas, y establece medidas de publicidad y reclamo en torno a su funcionamiento.

Esta facultad, posee los mismos defectos que la reforma al artículo 85 del CPP, pero agravados, e implica un desmedro importante en las facultades de control de las policías.

En este sentido, cabría eliminar este control de identidad diferenciado, aunque manteniendo las importantes medidas de publicidad y reclamo que pretende regular⁹.

⁷ Historia de la Ley N° 20.931. Oficio de la Corte Suprema. Fecha 14 de septiembre, 2015. Sesión 72. Legislatura 363. Oficio de Corte Suprema. Oficio N° 102 -2015, número 7°, p. 274.

⁸ Historia de la Ley N° 20.931. Oficio de la Corte Suprema. Ibíd. número 8°, p. 274.

⁹ Historia de la Ley N° 20.931. Oficio de la Corte Suprema. Ibíd. número 9°, p. 274.

El pleno de la CS envió el correspondiente oficio al señor Leonardo Soto Ferrada presidente de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la honorable Cámara de Diputados, informando su rechazo al proyecto, y detallando los argumentos ya tratados. Este oficio es incorporado y considerado durante la discusión que se efectuó en el primer informe de la CCLJyR.

2. Segundo trámite Constitucional: Senado

2.1. Segundo Informe de la Comisión de Constitución.

El proyecto fue enviado a la CCLJyR del Senado la cual fue presidida por el honorable Senador Alfonso De Urresti. En cuya discusión se otorgó la palabra a la señora Javiera Blanco, quien en ese entonces era Ministra de Justicia, la que procedió a explicar las múltiples transformaciones efectuadas al proyecto, dentro de las cuales enfatizó que la disposición en comento (artículo 12 del proyecto Ley 20.931), sería incluida como una disposición separada dentro del proyecto, con el objeto de evitar confusiones respecto a su naturaleza. Junto con lo anterior, explicó que esta atribución no dice relación con el ejercicio de facultades investigativas propias del proceso penal, ni con la posibilidad de asignar responsabilidades penales a las personas, más bien constituirían una facultad adicional para las policías en el ámbito del control y resguardo del orden público y la seguridad pública, todo esto luego de un análisis específico del derecho comparado.

El profesor don Juan Domingo Acosta, invitado a referirse sobre la discusión, manifestó que tal como se propone la norma, representaría una regla de control policial que se ejercerá sin distinción clara de lugares, horarios, ni personas. De este modo no interesaría la edad, el sitio, ni la actividad en que se encuentre el individuo para ser sometido a dicho control. Agregó además que debería establecerse un límite en cuanto al espacio físico destinado a efectuar este tipo de control: “procedería a lo menos hacer un discernimiento acerca de los lugares en que ella podrá materializarse”, del mismo modo

sugirió que: “sería necesario exceptuar a los menores de catorce años, sobre quienes no pesa la obligación de portar un documento de identidad”¹⁰.

A su vez, la señora Patricia Rada, Abogada en representación del Instituto Nacional de Derechos Humanos, indicó que la disposición propuesta no tendería a resolver los problemas de eficacia y eficiencia que se advierte en el ámbito de la seguridad y el orden público¹¹, concluyendo que la normativa requeriría revisión, puesto que, en la forma actual de su redacción, no cumpliría con los estándares y obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile.

Con respecto a lo anterior, intervino el Senador señor Alberto Espina Otero, comentando que dicha facultad no respondería a un mero capricho, sino más bien a una respuesta a la realidad que afecta al país, además recordó: “los altos niveles que las estadísticas presentan en materia de impunidad y de investigaciones que quedan sin resultado alguno”¹².

El Senador Pedro Araya Guerrero, formuló que, si bien reconoce que existen diferentes perspectivas para enfocar el análisis, él comparte la opinión del profesor Acosta, exponiendo que no se debe perder de vista que el concepto de seguridad nacional ha evolucionado, al concepto de seguridad ciudadana, y a la noción de garantismo penal. Que por su parte el artículo 12 del proyecto que se estudia, no tendría limitaciones y se presenta en términos tan amplios que importan una vulneración a los numerales 7 y 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental, puesto que, puede tener aplicación en cualquier lugar y horario, sin distinción de ninguna especie¹³.

Los Senadores señores Hernán Larraín Fernández y Felipe Harboe Bascuñán, a su vez, expresaron su preocupación por el fenómeno delictual y los problemas de seguridad pública, complementando el señor Larraín que: “el objetivo de esta iniciativa es abordar

¹⁰ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de Ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos (boletín N° 9885-07), p. 533.

¹¹ *Ibíd.* p. 535.

¹² Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de Ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos (boletín N° 9885-07), p. 535.

¹³ *Ibíd.* p. 536.

aspectos que son prioritarios para poder vivir con tranquilidad y sin temor y que no debe perderse de vista que Carabineros ha reiterado que no dispone de las atribuciones necesarias para desarrollar adecuadamente su labor”¹⁴.

Para finalizar, intervino el Senador señor Alfonso De Urresti, quien dentro de sus apreciaciones consideró que esta nueva norma no ayudaría al éxito de la persecución penal, es más, añadió: “existen factores que deben tomarse en cuenta. Es el caso de las cargas y los traumas históricos que pesan en nuestra sociedad, así como de los sesgos que se advierten en la aplicación de este tipo de mecanismos, que se basan en la clase social o en el barrio de que se trate”¹⁵.

En definitiva, luego de haber apreciado los aportes de quienes fueron invitados a la discusión, la Comisión en definitiva advirtió recoger en un nuevo texto, las observaciones realizadas y que generaron un mayor nivel de acuerdo. Tales cambios fueron sustanciales, lo que hace necesario efectuar un resumen de ello:

- a) La fijación de la edad de la persona que podrá ser controlada, que no podrá ser menor de 14 años, estableciéndose que si hay dudas al respecto, se reputará que es menor y señalándose que respecto de los mayores de 14 y menores de 18 procederá someterse a las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y a los demás tratados vigentes sobre la materia;
- b) La determinación de los lugares en que dicho control podrá efectuarse que serán las vías y aquellos de índole pública y también los privados de acceso al público;
- c) Mencionar, entre los documentos que podrán probar la identidad, la tarjeta nacional estudiantil;
- d) Exigir que en la realización de este control, el policía además de exhibir su placa, deberá indicar su nombre, grado y dotación;

¹⁴ Historia de la Ley Nº 20.931. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de Ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos (boletín Nº 9885-07), p. 537.

¹⁵ Historia de la Ley Nº 20.931. Segundo Informe de la Comisión de Constitución Legislación, Justicia y Reglamento. Id.

- e) Precisar que el conjunto de procedimientos implicados por esta diligencia no podrá extenderse por más de 4 horas tratándose de mayores de 18 años y de una hora, cuando se trate de un menor de 18 y mayor de 14;
- f) En el caso de las órdenes de detención pendientes respecto de la persona controlada, especificar que se tratará de una o más;
- g) Puntualizar que procederá que los ciudadanos formulen reclamos cuando estimen que han sido objeto del ejercicio abusivo del control de identidad, y no del control abusivo, como se planteaba;
- h) Incorporar un nuevo inciso para establecer que constituirá una falta administrativa para el funcionario policial ejercer las atribuciones señaladas en este artículo de manera abusiva o aplicando un trato denigrante a la persona a quien se ha controlado la identidad, y
- i) Reformular las exigencias relativas a los antecedentes y publicaciones que se requerían a las instituciones policiales en relación a la aplicación de este nuevo mecanismo, consagrando un sistema trimestral de información al Ministerio del Interior y Seguridad Pública sobre los antecedentes que les sean requeridos por este último.

En definitiva, con la colaboración de la señora Ministra de Justicia y de los representantes del Ministerio del Interior y Seguridad Pública se elaboró una nueva redacción para el precepto en estudio, que refleja los criterios ya indicados.

Entregado el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Reglamento del Senado, presentando con ella las modificaciones que se indicaron realizar al proyecto, la tramitación continuó en la discusión en Sala que efectuaron en el Senado.

2.2. Discusión en Sala. Fecha 5 Abril de 2016

En cuanto a la Discusión en Sala, con fecha 5 de abril de 2016, el cual la discusión en particular de la sesión 7 fue aprobada pero con modificaciones, fue dirigida por el Presidente del Senado, señor Ricardo Lagos Weber, quien posteriormente fue reemplazado por el Senador Jaime Quintana Leal como Presidente accidental.

La discusión puede dividirse en dos posturas divergentes: los honorables que consideraron necesaria esta norma, basados principalmente en el derecho comparado, razonaron que esta herramienta solicitada por Carabineros de Chile, es aplicada en varias partes del mundo. Así también, consideraron el gran número de órdenes de detenciones pendientes, y que por tanto, para poder reducirlas, la ciudadanía debería ceder parte de sus derechos y someterse a este control preventivo de identidad.

En resumen, alguna de las opiniones vertidas por los Senadores fueron las siguientes:

- Senador señor Alberto Espina Otero: “En el caso de España, la norma le permite abiertamente a la policía pedir su carnet de identidad a una persona cuando quiera, en cualquier lugar y, si no se lo exhibe, es arrestada y además registrada”; “luego nos vamos a Italia, donde pasa exactamente lo mismo: existe una obligación general de identificarse cuando la autoridad lo solicita”¹⁶.
- Senador señor Francisco Chahuán Chahuán agregó: “Por lo mismo, señor presidente, creemos que esta es una herramienta esencial, urgente, no solo por las 80 mil órdenes de detención pendientes en Carabineros e Investigaciones, respecto de las cuales, en definitiva, no existe instrumento alguno para poder pesquisar a los involucrados, sino además, porque habrá coordinación entre las policías, a través de un banco integrado que va a permitir que las órdenes de detención solicitadas hoy a la PDI también las pueda conocer Carabineros, y viceversa”¹⁷.
- Por último, el Senador Juan Antonio Coloma Correa, precisó: “Alemania, que en materia de derechos debe ser de las naciones más consistentes, coherentes y respetuosas de las libertades, establece un sistema muy similar al propuesto. España, que Chile ha replicado legislativamente en muchas instituciones, también tiene un control preventivo de identidad. Un creciente número de

¹⁶ Historia de la Ley N° 20.931. Discusión en Sala. Fecha 5 de abril, 2016. Diario de Sesión en Sesión 7. Legislatura 364. Discusión Particular (Boletín N° 9885-07), p. 801.

¹⁷ Historia de la Ley N° 20.931. Discusión en Sala. *Ibíd.* p. 803.

Estados de Estados Unidos lo tiene, Francia, defensor de las libertades a más no poder, lo tiene. Italia, que es quizás la otra gran fuente del derecho, lo tiene”¹⁸.

Quienes estuvieron en contra, indicaron los siguientes argumentos:

- El honorable Senador Carlos Montes Cisternas: “En primer lugar, existe una restricción de la libertad individual que no encuentra fundamento en decisión judicial alguna, sino en el mero arbitrio administrativo. Además, no se entregan garantías de resultados concretos”; por su parte el Senador Alejandro Guillier Álvarez estimó que la norma en comento esgrimiría su fundamento en la “deducción” que se hace respecto de una persona en base a antecedentes que se ignora cuáles son y que no están determinados por la ley, se transforma por lo tanto, en un riesgo de discriminación¹⁹.

- El Senador Alfonso De Urresti, reflexiono que cuando tenemos instituciones tan respetables, establecidas por este parlamento, la existencia de este tipo de normas, las que el propio Instituto de Derechos Humanos señala, tal y cual lo ha dicho el relator de la ONU y la CS: “la normativa propuesta es inaceptable en un Estado democrático de derecho”. Expresando de igual forma lo fundamental que es para la imagen de Chile, el deber de asumir como desafío central, el liberarse de las ataduras del pasado y propender a no generar nuevas amarras que dificulten el proceso de profundización de la democracia y el avance en materia de derechos humanos²⁰.

- Complementando los fundamentos en contra, finalizan la discusión los Senadores Quintana y Horvath, donde el primero destacó las numerosas críticas recibidas a la norma en discusión que propone el control preventivo de identidad (artículo 12 del proyecto de ley N° 20.931), aludiendo al Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, el señor Davor Harasic, así como también a la UNICEF y la CS. Expresando que en la práctica, el instrumento que se procura poner a disposición de las policías, no podría ser objeto de control efectivo y en algunos casos se prestaría para consolidar prácticas abusivas, especialmente en un país tan desigual y segregado como el nuestro²¹.

¹⁸ Historia de la Ley N° 20.931. Discusión en Sala. Ibíd. p. 806.

¹⁹ Historia de la Ley N° 20.931. Discusión en Sala. Ibíd. p. 797.

²⁰ Historia de la Ley N° 20.931. Discusión en Sala. Ibíd. p. 818.

²¹ Historia de la Ley N° 20.931. Discusión en Sala. Ibíd. p. 822.

3. Tercer trámite Constitucional: Cámara de Diputados

3.1. Informe de Comisión de Seguridad Ciudadana.

Recordemos que respecto del proyecto de ley, y en definitiva la noma en comento, es modificada por el Senado con el fin de establecer que el control preventivo de identidad sólo procederá respecto de mayores de 14 años y, en caso de existir dudas respecto a si es mayor o menor de 14 años, se entenderá que es menor.

Además, se estableció que solo podrá efectuarse en la vía pública, otros lugares de carácter público y en lugares privados de acceso público. Asimismo, se incorporó la posibilidad de acreditar la identidad a través de medios tecnológicos.

En cuanto al plazo del procedimiento para menores de 18 años será de 1 hora. Estableciéndose como falta administrativa el ejercicio abusivo de esta facultad. Recordemos que en la intervención del Señor Fiscal Nacional (s) Andrés Montes, expresó en el segundo informe de la comisión de constitución del Senado, con fecha 29 de febrero de 2016, en sesión 104, legislatura 363 lo siguiente: “ el artículo 85 del Código Procesal Penal establece que el abuso de la atribución del control de identidad investigativo da lugar al delito que establece el artículo 255 del Código Penal, que es el tipo de abuso de un funcionario público en acto de servicio contra un particular. Observó que, en el proyecto de ley, se tipificará sólo como una infracción administrativa”²².

Se establece de igual forma que el plazo para informar por parte de las policías al Ministerio de Interior respecto de los controles preventivos de identidad, se reduce de semestral a trimestral, y se suprime la publicación en la web de las policías respecto de la aplicación de este control.

En gran parte del debate se destacan las modificaciones realizadas por el Senado, calificándolas de enriquecedoras, en particular lo que tiene relación al control preventivo de identidad que se efectuará en jóvenes menores de 18 años y mayores de 14, estableciéndose

²² Historia de la Ley N° 20.931. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, p. 539.

este límite de edad con el fin de que exista una concordancia con la ley penal adolescente²³, señalando al respecto que la incorporación de medios tecnológicos para verificar la identidad de los menores de edad es un aporte que facilitará la ejecución de la norma. Así pues, la Diputada Claudia Nogueira Fernández añade: “el menor de edad controlado puede identificarse incluso por otros medios tecnológicos, como el celular, entre otros”, respondiendo a la intervención de la Diputada Marcela Sabat Fernández quien dejó de manifiesto que el control preventivo de identidad a menores de 18 años podría derivar en complicaciones prácticas, pues estos no están obligados a portar medios de identificación, consultando como se espera proteger a los menores, más allá del control biométrico²⁴.

De igual forma coinciden las intervenciones de los honorables diputados Walker y Fuenzalida al sostener que: “el control de identidad tuvo una amplia aprobación en circunstancias anteriores dentro de la cámara de diputados, reconociendo que el Senado la mejoró sustancialmente”, apoyando la idea de que el Poder Ejecutivo invirtiera en medios tecnológicos para que estos cambios legislativos efectivamente surtan efectos. Por consiguiente, el señor Gonzalo Fuenzalida Figueroa agregó: “que la tecnología hoy empleada por carabineros, ya permite la identificación en forma simple, de modo que los únicos casos en que podría generarse conflicto, es ante una persona que no desee identificarse”²⁵.

En definitiva, la comisión acordó aprobar por mayoría de votos las modificaciones introducidas por el Senado, mientras que en votación separada se aprobó por 7 votos a favor y 2 votos en contra la indicación que establece que el control preventivo de identidad “solo procede respecto de mayores de 14 años, y en caso de que haya dudas respecto a si es mayor o menor de 14, se entenderá que es menor”.

²³ Historia de la Ley N° 20.931. Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana recaído en el proyecto de Ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos (boletín N° 9885-07), p. 860.

²⁴ Historia de la Ley N° 20.931. Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana. Id.

²⁵ Historia de la Ley N° 20.931. Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana recaído en el proyecto de Ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos (boletín N° 9885-07). p. 861.

3.2. Discusión en Sala. Fecha 19 Abril de 2016

Después de que el Proyecto de Ley N° 20.931, fue discutido en un segundo trámite constitucional por el Senado, este se remitió con las respectivas modificaciones a la Cámara de Diputados para su tercer trámite constitucional, quien conoció y discutió sobre dichas modificaciones el 19 Abril de 2016, en sesión 14. Legislatura 364.

En lo que respecta al artículo 12 del mencionado proyecto, las modificaciones fueron los siguientes:

- 1) El procedimiento solo aplicaría para mayores de 14 años, y ante la duda sobre la edad, se presumirá siempre que la persona es menor;
- 2) La aplicación será solo en vías o lugares públicos y lugares privados de acceso al público;
- 3) Tendrá una duración de 1 hora para personas de 14 a 18 años de edad;
- 4) El funcionario policial que aplique el procedimiento de manera abusiva será sancionado administrativamente, sin perjuicio de la eventual sanción penal.

Inicialmente, la discusión en sala, fue dirigida por el Presidente de la Cámara de Diputados, señor Osvaldo Andrade, que en su primera intervención, otorgó la palabra al Diputado señor Daniel Farcas, quien comunicó sobre el informe emitido por la Comisión de Seguridad Ciudadana, la que recomendaba aprobar las modificaciones introducidas por el Senado al proyecto, con ciertas excepciones, como por ejemplo, que el procedimiento debería respetar la igualdad de trato y la no discriminación por parte de las Policías o que no aplicaría para el registro de vestimentas, equipaje o vehículo.

De manera subsiguiente, se otorgó la palabra a Jorge Burgos, quien en ese entonces era Ministro del Interior y Seguridad Pública. Se refirió a la larga Historia que ha tenido este tipo de medidas, además de convencer a los Diputados de que, con éste Control Preventivo de Identidad, el gobierno: *“no busca volver a la detención por sospecha, por ser contrario a los ideales de un sistema democrático y porque el gobierno es respetuoso de los derechos humanos”*... *“el control preventivo contempla un riguroso procedimiento de reclamos en aquellos casos en que las personas consideran que se vieron afectadas en*

sus derechos, y dispone una exhaustiva rendición de cuentas de las policías al Ministerio del Interior y Seguridad Pública para la evaluación de su aplicación”.

Finalizada la introducción e intervención del ex Ministro, comenzó la discusión parlamentaria, en la que se emitieron diversas opiniones, a favor y en contra de las modificaciones introducidas al artículo 12 del proyecto de Ley N° 20.931.

A favor del Proyecto:

Principalmente, estuvieron a favor del proyecto, los Diputados del conglomerado Alianza por Chile, y en menor número, ciertos Diputados del Partido Demócrata Cristiano y Partido Por la Democracia, quienes agradecieron las mejoras introducidas al artículo 12, puesto que estableció más restricciones a su aplicación, dejando una norma bastante más protectora a la que se presentó en su momento, esto es en el primer trámite constitucional.

Los Diputados consideraron la importancia de aprobar el Control preventivo de Identidad, por las siguientes razones:

- I. Herramienta fundamental para detectar personas con órdenes de detención pendientes.
Así lo consideró el Diputado Daniel Farcas, al señalar que: “El objetivo del control preventivo de identidad es que 66.000 personas que han sido juzgadas y condenadas cumplan con su pena en la cárcel”. Esta opinión fue compartida por la Diputada Claudia Nogueira y el Diputado Patricio Melero, ya que con este tipo de control sí se podrían determinar y encontrar a personas buscadas por la Justicia, que tienen órdenes de detenciones emanadas por los tribunales, defendiéndose derechos tan fundamentales como la Seguridad y el poder vivir en paz y tranquilidad²⁶, además de ayudar a complementar la labor de control que realiza Carabineros de forma preventiva.
- II. Eficaz Instrumento para la prevención y persecución criminal. Los argumentos se basaron en que, si bien ninguna herramienta acabaría definitivamente con el

²⁶ Historia de la Ley N° 20.931. Diputada Claudia Nogueira. Discusión en Sala, fecha 19 de Abril, 2016. Diario de Sesión en Sesión 14. Legislatura 364. Discusión única. p. 902.

problema de la delincuencia, sí sería un avance importante y eficaz para la persecución criminal. De esta manera, Carabineros de Chile tendría mayores facultades para poder realizar el procedimiento de identificación, sin discriminación arbitraria y abusiva según la crítica de la parte opositora, pues sería necesario para el buen funcionamiento de un Estado democrático que vendría a resguardar el orden público y la seguridad de los ciudadanos, disuadiendo la comisión de delitos.

III. Elimina los abusos cometidos por el artículo 85 del CPP.

Una de las principales disputas sobre este tema, comenzó cuando varios Diputados agradecieron las mejoras sustantivas incorporadas por el Senado al artículo 12, ya que, en su primer trámite constitucional era más amplio, no incluyendo medidas como por ejemplo, limitar el procedimiento a espacios públicos o considerar la edad a la que sería aplicable. De lo anterior, Diputados como el señor Matías Walker indicaron: "... muchos de los que respaldaron esta indicación en el primer trámite constitucional, hoy se manifiestan en contra de los cambios hechos por el Senado, que son más garantistas respecto del Control preventivo de Identidad". Aludiendo a que era inconsecuente no votar a favor de una norma que, en su principio, era bastante más amplia de la que se pretendía aprobar en esta instancia, y menos abusiva al Control de identidad que existe en la actual legislación. Misma crítica fue la del Diputado señor Gonzalo Fuenzalida al indicar que: "Aquellos Diputados que se autodenominan como grandes defensores de los derechos y contrarios a los abusos, ¿No consideran extremadamente abusivo el actual artículo 85 del Código Procesal penal?... el control preventivo corrige los abusos de la actual legislación, nos da mayor seguridad y permite a Carabineros hacer labores de prevención en las calles".

Las mejoras y restricciones introducidas por el Senado, hablan de una norma que ya se encuentra establecida en otras legislaciones, convirtiéndolo en un procedimiento con un objetivo determinado, reglado y que sanciona a los funcionarios policiales que cometan abusos, pues establece límites estrictos al actuar de Carabineros, no así, el Control que establece el artículo 85 del CPP pues ni si quiera obliga que Carabineros se identifique a la hora de aplicar este procedimiento, puede detener hasta por 8 horas al que está siendo identificado y no limita la edad a quien es

aplicable. Esta opinión era concluida al argumentar que: "...por el hecho de vivir en sociedad, deben estar dispuestos a ver restringidos, en algún grado, el ejercicio de ciertos derechos en pro del bien común"²⁷. Para explicar que, con este control preventivo de identidad, debía prevalecer el derecho a la seguridad, por sobre el derecho a la libre circulación.

En definitiva, el sector a favor de aprobar el artículo 12 de la Ley N° 20.931, defendió el proyecto, agradeció su redacción mejorada, mostraron su apoyo para aprobar la norma, pero con la sola mención a que debían mejorarse aspectos como los relacionados a los menores, pues según el Diputado Nicolás Monckeberg: "... creo que debemos tener mucho cuidado, porque la forma en que está redactada, en mi opinión, debe ser precisada en la comisión mixta por cuanto afecta derechos de los menores de 18 años que están clarísimamente protegidos en la Convención de los Derechos del Niño. No me refiero al caso del menor de 18 años que participa en algún evento con indicios de delito, sino al de aquel que, no obstante no haber participado en la comisión de un delito, pueda verse expuesto a ser conducido a una comisaría por un período de tiempo de hasta una hora por el solo hecho de no portar un documento oficial de identidad. Eso no tiene lógica porque en Chile no existe la obligatoriedad legal de que los menores de 18 años porten la cédula de identidad. Por tanto, si no hay ningún indicio de que el menor sometido a control haya participado en algún delito, hay que tener cuidado con lo que se propone en el artículo 12 del proyecto".

En contra del Proyecto:

Estuvieron a cargo de debatir, contradecir y finalmente rechazar las modificaciones introducidas por el Senado al artículo 12 del proyecto, ciertos Diputados de la bancada perteneciente a la coalición "Nueva Mayoría", en particular los del Partido Comunista, Demócrata Cristiano y Socialista.

²⁷ Historia de la Ley N° 20.931. Diputado Osvaldo Urrutia. Discusión en Sala, fecha 19 de Abril, 2016. Diario de Sesión en Sesión 14. Legislatura 364. Discusión única. p. 884.

En un principio se agradecieron las modificaciones introducidas por el Senado, sin embargo, no sin dejar en claro la crítica a que con dichas modificaciones estaban legalizando ciertas arbitrariedades.

Se basaron principalmente en la idea de que, este control de identidad atenta contra Derechos Fundamentales, como la dignidad, la seguridad personal, el principio de inocencia, pero en particular, el derecho consagrado en el artículo 19 numeral 7 de la Constitución Política de la República, esto es, el Derecho a la libertad de locomoción o ambulatoria que tiene toda persona en un Estado Democrático.

Sin embargo, las críticas al Control preventivo de identidad no solo apuntaron a la vulneración de garantías que éste podría producir, sino que también apuntó a que este tipo de herramientas, serían discriminatorias y arbitrarias, toda vez que la facultad de controlar e identificar a una persona queda al criterio de Carabineros. Así lo expresó el Diputado del Partido Socialista, don Daniel Melo: "... la aplicación de controles de identidad es la vulneración de la libertad de miles de ciudadanos que, básicamente por su aspecto, origen étnico, condición sexual y clase social, serán sometidos a una política discriminatoria y arbitraria". Este tipo de comentarios, aludía además a que como el procedimiento queda a discreción del Carabinero, podría volverse abusiva, y ese abuso no habría quien lo controle, porque las facultades de las policías deben estar regidas por criterios objetivos, y si no se cumplen, transformaría el orden de un Estado de Derecho a uno Policial.

Otro de los puntos en contra para que se aprobara este Control Preventivo de Identidad, fue que básicamente no se cumpliría con los objetivos buscados por el proyecto, ya que, según la justificación de varios Diputados, como el señor Guillermo Ceroni, señor René Saffirio y señor Ricardo Rincón, en Chile esta disposición ya existe, toda vez que se encuentra regulada en el artículo 85 del CPP, que cumple eficazmente con la persecución criminal. Sin embargo, este fue un debate para contradecir la opinión que habían formulado aquellos Diputados a favor del proyecto, quienes señalaron que el artículo ya mencionado no protegía los derechos de las personas, por ser más abusivo al que se pretendía instaurar, toda vez que: no tiene un sistema de registro y reclamos; Carabineros no está obligado a individualizarse; si no logran determinar la identidad del controlado éste podría ser trasladado a una comisaría donde quedaría detenido por a lo menos 8 horas, etc. Por tal, con

la nueva medida, si no se cumple con un procedimiento reglado, con objetivos determinados y que establezca sanciones para los funcionarios policiales, como lo hace el nuevo artículo 12, se seguirían cometiendo abusos y no habría seguridad ni prevención del delito por parte de Carabineros²⁸.

De lo anterior, la parte opositora al proyecto, formuló que si ya existe un Control de Identidad (art. 85 del CPP), que en definitiva cumple con lo solicitado internacionalmente (requisito de los indicios por ejemplo), el nuevo Control preventivo de identidad sería innecesario, poco útil e inoficioso, sin mencionar que no cumpliría con los objetivos buscados por el proyecto de Ley y lo que persigue un buen sistema penal²⁹, lo que el Control de Identidad del artículo 85 del CPP sí lo haría.

De la misma manera, se criticó que al aplicarse a menores de edad, atentaría contra los compromisos internacionales como la Convención de los Derechos del Niño, la que exige para un menor un procedimiento especial. Sin embargo, la preocupación no solo fue expuesta para los menores de 18 años a quienes se les aplicaría esta medida, sino que además para toda la ciudadanía que, sin demostrar alguna conducta sospechosa de delito, perdería su presunción de inocencia. Así lo formuló el Diputado señor Giorgio Jackson: “... pareciera que desaparece la presunción de inocencia y todos pasamos a ser, a priori, sospechosos”, opinión que fue compartida y complementada por la Diputada señorita Karol Cariola al señalar que: “Es una medida que atenta contra el principio de inocencia, ya que, automáticamente toda la población del país, se convierte en sospechosa”³⁰.

Para finalizar, se criticó que si no cumplirá con su objetivo, esto es, detectar a las personas que tienen órdenes de detenciones pendientes emanadas de los tribunales, se controlará indiscriminadamente, en todo lugar público la identidad de millones de personas al azar, para pretender atrapar a unos miles de delincuentes³¹, vulnerando de tal manera, derechos tan fundamentales como la Libertad.

²⁸ Historia de la Ley N° 20.931. Diputado Sergio Ojeda. Discusión en Sala, p. 903.

²⁹ Historia de la Ley N° 20.931. Diputado Sergio Ojeda. Ibíd. p. 905.

³⁰ Historia de la Ley N° 20.931. Diputada Karol Cariola. Historia de la ley 20.931. Discusión en Sala, p. 906

³¹ Historia de la Ley N° 20.931. Diputado Pepe Auth. Historia de la ley 20.931. Discusión en Sala, p. 897.

4. Trámite Comisión Mixta: Cámara de Diputados-Senado

4.1. Informe Comisión Mixta.

La comisión estuvo integrada por los honorable diputados señores Guillermo Ceroni Fuentes, Gonzalo Fuenzalida Figueroa, Leonardo Soto Ferrada, Arturo Squella Ovalle y Matías Walker Prieto, junto a los honorables Senadores señores Pedro Araya Guerrero, Alfonso de Urresti Longton, Alberto Espina Otero, Felipe Harboe Bascuñán y Hernán Larraín Fernández, constituida el día 4 de mayo de 2016 y con el reemplazo del senador Hernán Larraín Fernández por doña Pérez Varela.

Analizaron las discrepancias surgidas tanto en la cámara de diputados como en el Senado respecto de las modificaciones efectuadas por esta última corporación, lo cual género que la cámara de diputados en el tercer trámite constitucional rechazara tales sustituciones.

A raíz de lo anterior, se presentaron un par de discusiones por el rechazo a las modificaciones, interviniendo la Ministra de Justicia, en aquel entonces Javiera Blanco, indicando principalmente que la propuesta efectuada por el Ejecutivo, recogía en gran medida las observaciones efectuadas por ambas cámaras. Así, el control preventivo de identidad no podría practicarse ahora a los menores de 18 años, estableciéndose una presunción legal la cual señala que: “en caso de duda, se entenderá que la persona es menor”, por lo que el Carabinero o funcionario de la PDI debería abstenerse de efectuar dicho control.³² El Informe de la comisión mixta junto con especificar que el control solo podrá efectuar en el mismo lugar en que se requiera la identidad del transeúnte y que en ningún caso podrá ser trasladado a una unidad policial, para lo cual se dispondrá de medios tecnológicos para facilitar la identificación, indicando que: “procederá un uso intensivo de los medios tecnológicos disponibles para auxiliar al funcionario policial en esta tarea”.

³² Informe Comisión Mixta recaído en proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos (boletín N° 9885-07). p. 999

Igual apreciación efectuó el Diputado señor Gonzalo Fuenzalida Figueroa, formulando que: “se ha dado un paso fundamental al establecer un sistema que no requiere que el controlado que no porta documentos sea conducido a un cuartel policial para ser identificado, pues esa diligencia deberá realizarse in situ³³.

Mientras que el Diputado Guillermo Ceroní Fuentes, realizó dos comentarios contrarios; primero, que se deja al criterio del funcionario policial determinar la edad; y segundo, que el hecho de no portar documentación y desconocer su número de cedula de identidad generaría automáticamente la falta del n° 5 del artículo 496 del Código penal³⁴.

Así las cosas, prosiguió la siguiente sesión de la comisión en la que el Ejecutivo presentó una nueva redacción para el artículo 12, dejado en los siguientes términos:

“Artículo 12.- En cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública, y sin perjuicio de lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, los funcionarios policiales indicados en el artículo 83 del mismo Código, podrán verificar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años en las vías públicas o en otros lugares de libre acceso público, por cualquier medio de identificación tales como cédula de identidad, licencia de conducir, pasaporte, tarjeta estudiantil o utilizando, el funcionario policial o la persona requerida, cualquier dispositivo tecnológico idóneo para tal efecto, debiendo siempre otorgar las facilidades necesarias para su adecuado cumplimiento. En caso de duda respecto si la persona es mayor o menor de 18 años, se entenderá siempre que es menor de edad.

El procedimiento descrito anteriormente deberá limitarse al tiempo estrictamente necesario para los fines antes señalados. En ningún caso podrá extenderse más allá de una hora.

No obstante, lo anterior, en aquellos casos en que no sea posible verificar la identidad de la persona en el mismo lugar en que se encontrare, el funcionario policial deberá poner término de manera inmediata al procedimiento.

³³ Historia de la Ley N° 20.931. Informe Comisión Mixta recaído en proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos (boletín N° 9885-07), p. 1000.

³⁴ Historia de la Ley N° 20.931. Informe Comisión Mixta. Id.

Si la persona se niega a acreditar su identidad, oculta su verdadera identidad o proporciona una identidad falsa, se sancionará según lo dispuesto en el N° 5 del artículo 496 del Código Penal.

En caso de que la persona sometida a este trámite mantuviere una o más órdenes de detención pendientes, la policía procederá a su detención, de conformidad a lo establecido en el artículo 129 del Código Procesal Penal.

En el ejercicio de esta facultad, los funcionarios policiales deberán exhibir su placa y señalar su nombre, grado y dotación, debiendo respetarse siempre la igualdad de trato y no discriminación arbitraria.

Constituirá una falta administrativa ejercer las atribuciones señaladas en este artículo de manera abusiva o aplicando un trato denigrante a la persona a quien se verifica la identidad. Lo anterior tendrá lugar, sin perjuicio de la responsabilidad penal que procediere.

Las policías deberán elaborar un procedimiento estandarizado de reclamo destinado a aquellas personas que estimen haber sido objeto de un ejercicio abusivo o denigratorio de la facultad señalada en el presente artículo.

Las policías deberán informar trimestralmente al Ministerio del Interior y Seguridad Pública sobre los antecedentes que les sean requeridos por este último, para conocer la aplicación práctica que ha tenido esta facultad. El Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a su vez, publicará en su página web la estadística trimestral de la aplicación de la misma”.

De lo anterior, el Presidente de la comisión, el Senador Pedro Araya Guerrero, agradeció las modificaciones incorporadas mencionando que: “esta nueva redacción representa un valioso esfuerzo para llegar a un acuerdo que pueda zanjar las diferencias

producidas entre ambas cámaras”³⁵. Por lo que, en razón de darle una tramitación más expedita, propuso discutir y votar las disposiciones en forma separada.

Como resultado de las discusiones mencionadas, hubo acuerdo en la comisión, por lo cual se procedió al debate, en primer término, el inciso primero de la propuesta del Ejecutivo, exceptuada su oración final.

“Artículo 12.- En cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública, y sin perjuicio de lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, los funcionarios policiales indicados en el artículo 83 del mismo Código, podrán verificar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años en las vías públicas o en otros lugares de libre acceso público, por cualquier medio de identificación tales como cédula de identidad, licencia de conducir, pasaporte, tarjeta estudiantil o utilizando, el funcionario policial o la persona requerida, cualquier dispositivo tecnológico idóneo para tal efecto, debiendo siempre otorgar las facilidades necesarias para su adecuado cumplimiento.”

En efecto, a raíz de las observaciones de los señores Matías Walker Pietro, Felipe Harboe Bascuñán y Alberto Espina Otero, se determinó distinguir en tres tipos de lugares para la aplicación de la norma: A) vías públicas B) otros lugares públicos C) lugares privados de acceso público. Siendo aprobada por la mayoría de los miembros presentes de la comisión³⁶.

Cabe destacar los fundamentos confrontados del Diputado Soto y Senador Urresti contra los fundamentos del Senador Harboe y el Diputado Ceroní.

Los primeros indicaron que dicha norma transgrede las garantías constitucionales, indicando que: “importa una posibilidad grave y cierta de restringir la libertad ambulatoria de las personas, porque mientras se establecen condiciones que no son proporcionales, no se fija virtualmente ninguna limitación a la atribución que se le otorga a la policía, ”de igual

³⁵ Historia de la Ley N° 20.931. Informe Comisión Mixta recaído en proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos (boletín N° 9885-07), p.1001.

³⁶ Historia de la Ley N° 20.931. Informe Comisión Mixta. Ibíd. p. 1002.

forma contribuyó a este argumento el Senador Alfonso De Urresti, quien señaló: “la formulación recién votada constituye un avance en comparación al texto despachado por el Senado y es considerablemente mejor que la primera versión de la Cámara de Diputados, mantiene la posibilidad de que se aplique en forma discriminatoria, pues herramientas como éstas son utilizadas mayoritariamente contra segmentos de la población tales como los jóvenes y los integrantes de las minorías y de sectores más vulnerables”³⁷.

Sometida a votación la proposición anterior, fue aprobada por la mayoría de los miembros presentes de la Comisión Mixta, Honorables Senadores señores Araya, Espina y Harboe y Honorables Diputados señores Ceroni, Fuenzalida, Trisotti y Walker. Votaron en contra el Honorable Senador señor De Urresti y el Honorable Diputado señor Soto.

Acto seguido se puso en discusión la oración final del inciso primero que indica: *“En caso de duda respecto si la persona es mayor o menor de 18 años, se entenderá siempre que es menor de edad.”*

En efecto, se presentaron ciertas preocupaciones en torno a la capacidad práctica de determinar por parte de un funcionario policial la edad de un joven al cual pretenda aplicar el control preventivo de identidad. Al respecto el Senador Alberto Espina Otero, arguyó: “... no hay una forma práctica para que en su patrullaje habitual un policía pueda establecer que un joven con el que se cruza casualmente tiene 17, 18 o 19 años”. Apreciación que fue compartida por el Diputado señor Gonzalo Fuenzalida Figueroa, quien agregó: “que una atribución como ésta debe redactarse en la forma más objetiva posible, con el propósito de que el funcionario que la implemente entienda claramente lo que debe hacer y lo que le está prohibido”.

El Diputado señor Leonardo Soto Ferrada, precisó que los jóvenes son quienes utilizan mayoritariamente el espacio público, reiterando que la evidencia internacional muestra que este tipo de atribuciones son empleadas en forma desproporcionada contra ese grupo y también contra las minorías como grupos indígenas, minorías sexuales, gente

³⁷ Historia de la Ley N° 20.931. Informe Comisión Mixta recaído en proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos (boletín N° 9885-07), p. 1002.

humilde³⁸. Mientras que el Senador Alfonso De Urresti señaló que dicha medida salvaguarda los derechos de los menores de edad, complementado esto por la ex Ministra de Justicia Javiera Blanco, quien además agregó que tal indicación solo viene a centrar el control preventivo de identidad en las personas mayores de 18 años, recogiendo que la jurisprudencia reiteradamente ha declarado nulo los controles de identidad investigativos efectuados a menores de edad³⁹.

Sometida a votación la oración final del inciso primero, fue aprobada por la mayoría de los miembros presentes de la Comisión Mixta. (Votaron a favor los Honorables Senadores señores Araya, De Urresti y Harboe y los Honorables Diputados señores Ceroni, Soto y Walker. Votaron en contra los Honorables Senadores señora Van Rysselberghe y señor Espina y los Honorables Diputados señores Fuenzalida y Trisotti).

Posteriormente se procedió a la discusión del inciso segundo:

“El procedimiento descrito anteriormente deberá limitarse al tiempo estrictamente necesario para los fines antes señalados. En ningún caso podrá extenderse más allá de una hora”.

En suma, se efectuaron solo 2 intervenciones que principalmente demostraban la gran preocupación que generaría esta norma, aludiendo a la vulneración grave e injustificada de la libertad ambulatoria. Así lo planteó el Diputado señor Leonardo Soto Ferrada: “es muy discutible que la posibilidad de hacer un control de identidad *in situ* no implique una vulneración grave e injustificada de la libertad ambulatoria, porque el individuo que es controlado en la vía pública, que declara libremente su identidad pero que no tiene un medio para corroborarla, se verá sujeto a una detención de una hora”. Esto fue contrargumentado por el Senador señor Felipe Harboe Bascuñán, quien expresó que: “la jurisprudencia constitucional demuestra que el análisis de normas similares ha concluido que la afectación al derecho a la libertad ambulatoria tiene lugar cuando el transeúnte

³⁸ Historia de la Ley N° 20.931. Informe Comisión Mixta recaído en proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos (boletín N° 9885-07), p. 1003.

³⁹ Historia de la Ley N° 20.931. Informe Comisión Mixta. *Ibíd.* p. 1004.

controlado es sacado de su espacio de circulación y es conducido a otro lugar para ser identificado”⁴⁰.

Sometido a votación el inciso segundo de la disposición, fue aprobado por la mayoría de los miembros presentes de la Comisión. Votaron a favor los Honorables Senadores señora Van Rysselberghe y señores Araya, Espina y Harboe y los Honorables Diputados señores Ceroni, Fuenzalida, Trisotti y Walker. Votaron en contra el Honorable Senador señor De Urresti y el Honorable Diputado señor Soto.

Los principales argumentos a favor de la votación fueron:

- 1- Considerar “que esta disposición es un avance porque evita el traslado del controlado a un recinto policial; y
- 2- Porque pone a cargo de las policías la responsabilidad de contar con los medios tecnológicos necesarios para realizar esta labor” (Diputados Ceroni y Matías Walker Prieto).

Lo anterior fue complementado por el Senador Alberto Espina, quien indicó que dicha norma es un gran avance en comparación a la norma aprobada en el primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados, refiriéndose a que dicho texto: “resultaba mucho más conculcadora de derechos que el texto recién votado, pues establecía un control que podía tardar hasta 4 horas en un cuartel policial”.

Posteriormente sometieron a discusión los incisos tercero y cuarto, los cuales tuvieron un análisis mucho más acotado, esto, reflejado en la intervención del Diputado Leonardo Soto Ferrada y la Ministra de Justicia de aquel entonces doña Javiera Blanco. El primero, reparó que la norma en discusión es más gravosa para aquellos que no se individualicen, como lo establece el artículo 85 del CPP, señalando que: “en la norma que ahora se estudia se indica que el arresto tendrá lugar de inmediato, sin un procedimiento previo de identificación”.

Respondiendo a lo anterior, la ex Ministra de Sra. Justicia Javiera Blanco indicó que tal conclusión no era exacta, pues esta norma al igual que la establecida en el artículo 85 del

⁴⁰ Historia de la Ley N° 20.931. Informe Comisión Mixta recaído en proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos (boletín N° 9885-07), p.1004.

CPP, hacen la misma distinción: por un lado la persona que voluntariamente se individualiza, pero que no cuenta con sus documentos, podrá ser controlado *in situ* sin ser detenido; situación distinta es la posibilidad que el controlado se niegue a identificarse, caso en que sea cual sea la herramienta jurídica que haya utilizado la policía, se configura la falta y el infractor es detenido⁴¹.

Sometidos a votación los incisos tercero y cuarto del artículo 12, más la modificación propuesta por el señor Presidente de la Comisión, fue aprobada por la mayoría de los miembros de la Comisión Mixta. Votaron a favor los Honorables Senadores señora Van Rysselberghe y señores Araya, Espina y Harboe y los Honorables Diputados señores Ceroni, Fuenzalida, Soto, Trisotti y Walker. Votó en contra el Honorable Senador señor De Urresti.

El mismo tratamiento se dio para los incisos quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno, los cuales puestos a votación fueron aprobados por la mayoría de los miembros presentes en la comisión mixta. Votaron a favor los Honorables Senadores señora Van Rysselberghe y señores Araya, Espina y Harboe y los Honorables Diputados señores Ceroni, Fuenzalida, Trisotti y Walker. Votaron en contra el Honorable Senador señor De Urresti y el Honorable Diputado señor Soto.

4.2. Discusión en Sala. Fecha 18 de mayo 2016. Sesión 24

La discusión en la sala fue iniciada por el Diputado señor Matías Walker Prieto, destacando los avances y logros del proyecto de Ley “agenda corta anti delincuencia”. Pero además enfatizó que en cuanto al control preventivo de identidad, este habría sido mejorado, ya que: “ahora solo se va a aplicar a mayores de 18 años – en caso de dudas- se presume que el controlado es menor de edad”. Así, igual reconocimientos efectuó a los límites de espacio territorial para su aplicación, señalando que: “este solo procede ser aplicado en espacios públicos y en lugares de acceso público, por cualquier medio de identificación y sin que el policía pueda trasladar al controlado a una unidad policial, salvo cuando el controlado se oponga a ser identificado”.

⁴¹ Historia de la Ley N° 20.931. Informe Comisión Mixta recaído en proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos (boletín N° 9885-07), p. 1005.

Lo anterior, fue compartido por el Diputado señor Guillermo Ceroni, quien además resaltó que la actual norma imposibilita a los funcionarios policiales a llevar al controlado a un cuartel de carabineros para efectuar el control de identidad... este deberá hacerse en el lugar, *in situ*⁴². En la misma dirección fueron las intervenciones de los señores diputados Javier Macaya Danús y Jaime Pilowsky Greene.

Así también, otra participación relevante por su contrariedad a la de la mayoría de los honorables presentes en esta discusión, fue la del Diputado señor Leonardo Soto, quien además de señalar en primer término que la norma en discusión era innecesaria, esto en función de la existencia del artículo 85 del Código Procesal Penal, el cual a su parecer está dotado de mayores atribuciones que el discutido artículo 12 del proyecto de ley. Agregó que esta norma era innecesaria citando al Director Nacional de la Policía de Investigaciones don Héctor Espinosa, quien en la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamentos de la Cámara de diputados dijo textualmente: “la PDI no necesita un nuevo control de identidad preventivo para combatir la delincuencia; las herramientas policiales que tenemos son suficientes para combatir el crimen”.

En un segundo término, argumentó que el control preventivo de identidad será el inicio de una serie de actos generadores de discriminación, ya sea por clase, raza o cualquier condición social minoritaria⁴³, destacando que: “este aspecto es el más peligroso del proyecto: entregar solo al criterio del policía el uso de esta herramienta, lo cual, naturalmente, va a devenir en un ejercicio discrecional, indiscriminado y arbitrario, en que las personas pertenecientes a las minorías sociales, los jóvenes y los inmigrantes corren serio riesgo de ser el foco principal de su aplicación”.

Tales fundamentos fueron compartidos por la honorable Diputada doña Denise Pascal, quien comentó: “el control preventivo de identidad es una radical limitación de las garantías de libertad personal de los ciudadanos”, “el simbolismo retórico de “el que nada

⁴² Historia de la Ley N° 20.931. Discusión en Sala, recaído en informe Comisión Mixta. Fecha 18 de mayo 2016. Diario de Sesión 24. Legislatura 364, p. 1029.

⁴³ Historia de la Ley N° 20.931. Discusión en Sala, recaído en informe Comisión Mixta. *Ibíd.* p. 1033.

hace, nada teme”, trivializa la nítida distinción entre Estado Democrático y Estado Policial”⁴⁴.

En definitiva, los argumentos centrales de la discusión, fueron compartidos por quienes en el transcurso del proyecto estuvieron en contraposición. Por tanto, llegado el momento de la votación de las proposiciones efectuadas por la comisión mixta, dieron por resultado: a favor 69 votos; en contra 34 votos y 5 abstenciones.

4.3. Discusión en Sala. Fecha 18 de mayo 2016. Sesión 18.

Le corresponde al Senado la discusión del informe de la Comisión Mixta, el cual tenía por objetivo enmendar las diversas opiniones y modificaciones realizadas por la Cámara de Diputados al proyecto de Ley 20.931, que fueron rechazadas en su tercer trámite constitucional.

Esta corrección a las distintas modificaciones que fueron propuestas por ambas Cámaras y que finalmente no se logró llegar a acuerdo, las resolvió la Comisión Mixta proponiendo entre las normas controvertidas disposiciones nuevas y ajustes formales requeridos en el inicio de su proposición, esto es, una norma final para su aprobación.

La discusión comenzó con el ex Ministro del Interior, señor Jorge Burgos, quien se refirió brevemente al control preventivo de identidad, señalando el notorio cambio que había sufrido el proyecto volviéndose a uno totalmente distinto al que se despachó en definitiva. Pero, que, desde su percepción, la Comisión Mixta se ha encargado de incluir y mejorar elementos fundamentales, que evitan la aplicación práctica de la amenaza o ejercicio vulneratorio de garantías.

Finalizada la intervención del Ex Ministro Burgos, se procedió a la votación del informe emitido por la Comisión Mixta, el que, se aprobó por 29 votos a favor, 1 en contra y 2 abstenciones, reuniéndose el quórum constitucional exigido. No obstante, esta votación tuvo comentarios dignos de analizar.

⁴⁴ Historia de la Ley N° 20.931. Discusión en Sala, recaído en informe Comisión Mixta. Fecha 18 de mayo, 2016. Diario de Sesión 24. Legislatura 364, p. 1037.

En primer lugar, se reconoció que la Comisión Mixta había logrado avances en la regulación del Control preventivo de identidad, avances que fueron efectivos, como lo reconoce el Senador señor Rabindranath Quinteros, al señalar que: “si bien mantenemos nuestras aprensiones en cuanto a que estos procedimientos podrían dar lugar a conductas arbitrarias o discriminatorias, sus eventuales efectos lesivos han sido moderados sustancialmente”. Esto, a raíz de que con estas mejoras y a pesar de las aprehensiones, se estaría logrando un control preventivo efectivo, pues la Comisión habría limitado la edad a la que se aplicaría, excluyendo a los jóvenes entre los 14 y 18 años; restringe el tiempo del control a solo una hora y no cuatro; y por último, el lugar donde podría emplearse. La crítica apuntaba a que, esta herramienta además de verificar la identidad de personas, pudiendo encontrar a los 66.000 que mantienen órdenes de detenciones pendientes, resguardaría también, los derechos de quien está siendo controlado. Se bajarían las tasas de delincuencia, en especial de aquellos delitos objeto del proyecto como los distintos tipos de robo que se tipifican. Como por última parte, se resguardaría el Derecho Fundamental a la Seguridad individual.

En conclusión, lo que se busca es que cualquier ciudadano tenga la obligación de identificarse, pero que en su identificación no se vean vulnerados sus derechos. Es por tal, que incluso se llamó a que la capacitación de Carabineros fuera mejorada, para que no se den los supuestos de actos arbitrarios y discriminatorios.

5. Trámite Tribunal Constitucional

5.1. Oficio del Tribunal Constitucional a la Cámara de Origen.

Con fecha 14 junio de 2016, en sesión 35, le correspondió al TC pronunciarse respecto de la constitucionalidad del artículo 12 del proyecto de ley N°20.931. A consecuencia de la impugnación efectuada a través de un tégase presente por el presidente de la Cámara de Diputados Señor Osvaldo Andrade (PS). Así como también por la reserva de constitucionalidad formulada por la H. Diputada doña Karla Rubilar Barahona, y la reserva de constitucionalidad formulada por el H. Senador don Alejandro Guillier Álvarez, formulada en la Sesión 7ª de fecha 5 de abril de 2016 de la 364ª Legislatura.

En una estrecha votación fue aprobada en el Tribunal Constitucional la norma referida, en los siguientes términos: “se podrá verificar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso público, por cualquier medio de identificación, tal como cédula de identidad, licencia de conducir, pasaporte o tarjeta estudiantil, o utilizando el funcionario policial o la persona requerida cualquier dispositivo tecnológico idóneo para tal efecto, debiendo siempre otorgarse las facilidades necesarias para su adecuado cumplimiento. En caso de duda respecto de si la persona es mayor o menor de 18 años, se entenderá siempre que es menor de edad”.

Fue el voto del presidente del TC Señor Carlos Carmona, quien dirimió la constitucionalidad del control preventivo de identidad, tras un empate en la votación.

Los ministros Carmona, Marisol Peña, Gonzalo García, Domingo Hernández y Juan José Romero, estuvieron por declarar constitucional el artículo 12 sobre el control preventivo de identidad, ya que no sería una limitación a las garantías constitucionales. Esto indicando que dicho control se encuentra fundado en las funciones de seguridad y orden público de las policías⁴⁵. Es por tal que se vincula con el artículo 101 inciso segundo de la Constitución, en orden a “garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas”. Por tanto, no nos encontraríamos frente a una materia propia de Ley Orgánica Constitucional⁴⁶. Argumentando que solo se considerarían materias propias de normas orgánicas constitucionales a las cuestiones policiales referidas en el artículo 105 de la Constitución Política de la República.

En consecuencia, la Constitución y la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional habilitan a pronunciarse sobre una determinada materia, siempre y cuando exista la norma orgánica constitucional que otorgue competencia para realizar tal pronunciamiento. Lo que no ocurriría a raíz de la explicación efectuada en el párrafo anterior, e impedido por mandato constitucional del artículo 7 inciso segundo de la

⁴⁵ Historia de la Ley N° 20.931. Oficio del Tribunal Constitucional a Cámara de origen, considerando cuadragésimo séptimo, p. 1124.

⁴⁶ Historia de la Ley N° 20.931. Id.

Constitución⁴⁷. Esto no solo porque las materias orgánicas constitucionales deben estar definidas expresamente por la Constitución, sino que taxativamente por ella (artículo 63, numeral 1° de la Constitución). Y, porque su condición restrictiva está reforzada por la existencia de un procedimiento legislativo que consulta la intervención excepcional de esta Magistratura, a diferencia de las reglas normales de formación de la ley.

Mientras que los magistrados Iván Aróstica, María Luisa Brahm, Cristián Letelier, Nelson Pozo y José Ignacio Vásquez, fueron partidarios de declarar: en primer lugar, el artículo 12 permanente del proyecto de ley N° 20.931 como ley de carácter Orgánico Constitucional⁴⁸; en segundo lugar, declararon que dicho artículo 12, tendría un carácter de Inconstitucional parcial (por parte de los magistrados Iván Aróstica, María Luisa Brahm, Cristián Letelier Aguilar y José Ignacio Vásquez, por afectar dicha norma la libertad personal, y se cuestionaron que el procedimiento de control de identidad pudiese durar únicamente una hora⁴⁹. Mientras que el magistrado Nelson Pozo estuvo por declarar la inconstitucionalidad total del precepto en comento. Basado en que la afectación de la libertad personal, sólo puede tener lugar en las hipótesis expresamente determinadas por el legislador, impidiendo que sea el aplicador de la misma, quien configure los supuestos de procedencia y las modalidades de las privaciones o restricciones de tal derecho. Por último, hizo referencia a que si se entregaba la discrecionalidad a los agentes de Carabineros y de la Policía de Investigaciones, existiría una brecha demasiado corta en el que excederían los

⁴⁷ Historia de la Ley N° 20.931. Oficio del Tribunal Constitucional a Cámara de origen, considerando cuadragésimo noveno, “Por de pronto, porque estamos vinculados por el artículo 7° inciso segundo de la Constitución, que impide hacerlo. (“Ninguna magistratura (...) pueden atribuirse ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”)), p. 1124.

⁴⁸ Historia de la Ley N° 20.931. Oficio del Tribunal Constitucional a Cámara de origen. p. 1145. “Que dicha norma reviste la naturaleza de ley orgánica constitucional, con arreglo al inciso segundo del artículo 101 de la Carta Fundamental, que establece la existencia de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, con el propósito de darle eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. En efecto, la norma legal bajo examen alude precisamente al “cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública” que le incumbe a dichas instituciones policiales, repercutiendo directamente en la forma o procedimientos como ellas deben llevar a cabo sus cometidos constitucionales, razón por la cual resulta ineludible calificar a este artículo 12 como orgánico constitucional”.

⁴⁹ Historia de la Ley N° 20.931. Oficio del Tribunal Constitucional a Cámara de origen. p. 1145. “En efecto, el tiempo determinado de una hora, durante el cual se puede extender el procedimiento de verificación de identidad de una persona, resulta difuso y se presta para abusos, al punto que su aplicación puede dar como resultado -en la práctica- un evidente exceso, incluso gravemente lesivo para la libertad personal en los términos que asegura el artículo 19, N° 7, letra b) de la Carta Fundamental”. Parte declarativa.

límites constitucionales y conceptos ampliamente protegidos por nuestro orden constitucional y tratados internacionales suscritos por Chile tales como la presunción de inocencia y el principio de legalidad, entregando facultades desproporcionadas y arbitrarias a la policía.

6. Trámite Finalización: Cámara de Diputados

El Senado procedió a informar a la Cámara de origen, que había aprobado la proposición formulada por la Comisión mixta, en relación a las diferencias presentadas en el proyecto de Ley 20.931. El Oficio fue despachado al Ejecutivo, informando que el Congreso Nacional habría aprobado el proyecto de Ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación, y mejora la persecución penal en dichos delitos.

7. Publicación de Ley en Diario Oficial.

7.1. Modelo definitivo del Artículo 12.

De esta manera el Control Preventivo de Identidad, quedó estipulado en el nuevo artículo 12 de la Ley 20.931, en los siguientes términos:

Artículo 12.- En cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública, y sin perjuicio de lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, los funcionarios policiales indicados en el artículo 83 del mismo Código podrán verificar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público, por cualquier medio de identificación, tal como cédula de identidad, licencia de conducir, pasaporte o tarjeta estudiantil o utilizando, el funcionario policial o la persona requerida, cualquier dispositivo tecnológico idóneo para tal efecto, debiendo siempre otorgarse las facilidades necesarias para su adecuado cumplimiento. En caso de duda respecto de si la persona es mayor o menor de 18 años, se entenderá siempre que es menor de edad.

El procedimiento descrito anteriormente deberá limitarse al tiempo estrictamente necesario para los fines antes señalados. En ningún caso podrá extenderse más allá de una hora.

No obstante lo anterior, en aquellos casos en que no fuere posible verificar la identidad de la persona en el mismo lugar en que se encontrare, el funcionario policial deberá poner término de manera inmediata al procedimiento.

Si la persona se negare a acreditar su identidad, ocultare su verdadera identidad o proporcionare una identidad falsa, se sancionará según lo dispuesto en el número 5 del artículo 496 del Código Penal en relación con el artículo 134 del Código Procesal Penal.

En caso de que la persona sometida a este trámite mantuviere una o más órdenes de detención pendientes, la policía procederá a su detención, de conformidad a lo establecido en el artículo 129 del Código Procesal Penal.

En el ejercicio de esta facultad, los funcionarios policiales deberán exhibir su placa y señalar su nombre, grado y dotación, respetando siempre la igualdad de trato y la no discriminación arbitraria.

Constituirá una falta administrativa ejercer las atribuciones señaladas en este artículo de manera abusiva o aplicando un trato denigrante a la persona a quien se verifica la identidad. Lo anterior tendrá lugar, sin perjuicio de la responsabilidad penal que procediere.

Las Policías deberán elaborar un procedimiento estandarizado de reclamo destinado a aquellas personas que estimen haber sido objeto de un ejercicio abusivo o denigratorio de la facultad señalada en el presente artículo.

Las Policías informarán trimestralmente al Ministerio del Interior y Seguridad Pública sobre los antecedentes que les sean requeridos por este último, para conocer la aplicación práctica que ha tenido esta facultad. El Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a su vez, publicará en su página web la estadística trimestral de la aplicación de la misma.”

CAPÍTULO SEGUNDO

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, EN RELACIÓN CON LAS RESTRICCIONES DE LA LIBERTAD PERSONAL

1. Generalidades

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo CIDH), se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en relación con la restricción del Derecho de Libertad Personal, aplicando la Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, suscrita por el gobierno de Chile con fecha 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Decreto N° 873 cuya publicación se realizó el 23 de agosto de 1990 y cuya publicación se efectuó con fecha 5 de enero de 1991, en la que el gobierno de Chile declaró:

"a) El Gobierno de Chile declara que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por tiempo indefinido y bajo condiciones de reciprocidad, para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos previstos en el artículo 45 de la mencionada Convención.

b) El gobierno de Chile declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62.

Al formular las mencionadas Declaraciones, el Gobierno de Chile deja constancia que los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha del depósito de este Instrumento de Ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990. Igualmente el Gobierno de Chile, al conferir la competencia a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declara que estos órganos, al aplicar lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 21 de la Convención, no podrán pronunciarse acerca de las razones de utilidad

pública o de interés social que se hayan tenido en consideración al privar de sus bienes a una persona".

De lo anterior, se desprende que la mencionada Convención consagra en su artículo 7º determinadas garantías⁵⁰, las cuales representan los límites al ejercicio de la autoridad por parte de los agentes del Estado, en cuanto a limitar o restringir el derecho de libertad personal. Estableciendo que en todo lo que a las detenciones (restricciones de libertad) respecta, estas han de estar en concordancia con las garantías consagradas en la Convención. Además, que su aplicación tenga un carácter excepcional, que respete el principio a la presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, los cuales se constituyen como indispensables en una sociedad democrática⁵¹.

La Corte, por lo tanto, se ha encargado de establecer una serie de requisitos necesarios para que proceda el acto de restringir el Derecho a la libertad personal, demandando la existencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso, y que dicha restricción sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Por lo que, para establecer medidas

⁵⁰ Pacto de San José de Costa Rica. Artículo 7º. Derecho a la Libertad Personal:
1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.
[Fecha de última consulta: 16/07/2018]. Dispone en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16022>

⁵¹ *SERVELLÓN GARCÍA Y OTROS VS. HONDURAS*. Sobre “violación a los Derechos Humanos (Dº a la Libertad personal). Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Corte Interamericana de derechos Humanos, párrafo 88.

restrictivas de libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de esos requisitos exigidos por la Convención⁵².

Por consiguiente, el objeto de este capítulo es analizar los pronunciamientos de la Corte Interamericana respecto del instante en que una persona es arrestada, aprehendida o retenida, por la razón o motivo que fuere, vislumbrando los criterios que debe aplicar el Tribunal competente de la materia (Ej. Tribunal de Garantía) a las situaciones previstas en el artículo 7° de la Convención.

2. Alcance del concepto de Derecho de Libertad Personal

Tradicionalmente el Derecho a la Libertad Personal ha sido entendido desde la perspectiva de la libertad física (libertad de movimiento). Sin embargo, la Corte le ha dado un contenido amplio, que se asocia también a la posibilidad de autodeterminación. En este sentido ha señalado que: “con la protección de la libertad se pueden salvaguardar tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal”⁵³.

De lo anterior, se consagran dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí, distinguiendo entre una regulación general y otra específica:

- La general se encuentra en el primer numeral: “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal”.

- Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7 numeral 2), o arbitrariamente (artículo 7 numeral 3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (artículo 7 numeral 4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (artículo 7 numeral 5), a

⁵² *SERVELLÓN GARCÍA Y OTROS VS. HONDURAS*. Sobre “violación a los Derechos Humanos (D° a la Libertad personal). Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Corte Interamericana de derechos Humanos, párrafo 90.

⁵³ *HUMBERTO SÁNCHEZ VS. HONDURAS*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003, párrafo 77.

impugnar la legalidad de la detención (artículo 7 numeral 6), y a no ser detenido por deudas (artículo 7 numeral 7)⁵⁴.

Al respecto, la Corte ha fijado, en términos generales, el concepto de libertad y seguridad en un pronunciamiento aplicado al caso Chaparro Álvarez, definiéndola como: “la libertad, sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones⁵⁵.”

Concretando lo anterior, el tribunal ha establecido que el artículo 7º numeral 1 de la Convención, “protege exclusivamente el derecho de libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico”⁵⁶.

Asimismo, y en referencia a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, el Tribunal coincidió en que “la seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física”⁵⁷. Así, por tanto, la Corte a definido la seguridad como: “la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona que se proyecta en toda la Convención Americana”⁵⁸.

En efecto, del propio preámbulo de la Convención, se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales

⁵⁴ *CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ. VS. ECUADOR*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafo 51 - *NEPTUNE VS. HAITÍ*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de 2008, párrafo 89.

⁵⁵ *CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ. VS. ECUADOR*. *Ibíd.*, párrafo 52.

⁵⁶ *YVON NEPTUNE VS. HAITÍ*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de 2008, párrafo 90.

⁵⁷ *CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ. VS. ECUADOR*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafo 53.

⁵⁸ *VALLE JARAMILLO Y OTROS VS. COLOMBIA*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párrafo 108.

y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo⁵⁹.

En consecuencia, el numeral primero del artículo 7º protege de manera general el Derecho a la libertad y la seguridad personal, mientras que “los demás numerales se encargan de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad”⁶⁰. Regulando en definitiva los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que la forma en que la legislación interna afecta el Derecho a la Libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción a este derecho⁶¹.

Bajo este título, es preciso determinar el alcance del concepto de “detención”, que la Corte ha manifestado en los siguientes términos: “que ésta (la detención), sea por un periodo breve, o una “demora”, así sea con meros fines de identificación (o de seguridad y orden público⁶²), constituye una forma de privación a la libertad física de las personas y, por ende, en tanto limitación a la misma debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna de cada país suscrito establezcan al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la convención⁶³. Por ello, en términos generales, cualquier restricción de la libertad, sea por la supuesta comisión de un delito o cualquier otro motivo, será una restricción a la libertad personal y corresponderá a la Corte, verificar los criterios para aplicar la privación de libertad y si esta se ajusta a la legislación de los países suscritos, a fin de establecer la convencionalidad de la detención o detenciones⁶⁴. En consecuencia, el análisis de tales criterios, será oportuno al momento de tratar el control preventivo de identidad.

⁵⁹ *CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ. VS. ECUADOR*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafo 52.

⁶⁰ *CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ. VS. ECUADOR*. *Ibíd.*, párrafo 53.

⁶¹ *CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ. VS. ECUADOR*. *Id.*

⁶² *RODRÍGUEZ VERA Y OTROS VS. COLOMBIA*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014, párrafo 404.

⁶³ *FLEURY Y OTROS VS. HAITÍ*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párrafo 54.

⁶⁴ *FAMILIA BARRIOS VS. VENEZUELA*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, párrafo 75.

En conclusión, tales detenciones han de realizarse con estricto cumplimiento de una serie de garantías que aseguren la protección de este derecho fundamental de las personas. De esta manera, cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7° de la Convención, acarreará necesariamente la transgresión del numeral 1, lo que desemboca en suma, en la falta de protección del propio derecho a la libertad.

Por lo anterior, nos parece razonable seguir con un análisis sobre aquellos principios que también se ven involucrados, y han sido comentados por la CIDH.

2.1 Principio de Legalidad

En cuanto al principio de legalidad, este se encuentra recogido en el artículo 7° numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, estableciendo: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Por tanto, la Corte se ha referido a los requisitos necesarios para que una privación de libertad sea calificada de legal, y para tal efecto ha distinguido entre aspectos materiales y formales, los que deben ser respetados y cumplidos por los Estados partes.

Por esta razón, es el propio artículo 7° numeral 2 de la Convención el cual establece las condiciones materiales y formales para la privación de libertad⁶⁵, para lo cual se requiere necesariamente el establecimiento de las causas y las condiciones para proceder a restringir la libertad, advertidas y fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conformes a ellas (aspecto material), pero además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)⁶⁶.

A consecuencia de lo anterior, la única forma permitida de restringir la garantía primaria del derecho a la libertad física, reconocida en el artículo 7° de la Convención, es por medio de “la reserva de ley”, según la cual, únicamente a través de una ley puede

⁶⁵ *LÓPEZ ÁLVAREZ VS. HONDURAS*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párrafo 60.

⁶⁶ *PALAMARA IRIBARNE VS. CHILE*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 196.

afectarse el derecho a la libertad personal⁶⁷. Valga precisar que para la Corte el concepto de “ley” está definido como: “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”⁶⁸.

Como resultado, la reserva de ley debe ir forzosamente acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física⁶⁹.

La Corte ha especificado que la restricción del derecho a la libertad personal, como lo es la detención⁷⁰, debe darse únicamente por las causas y condiciones establecidas de ante mano [...]. A su vez, la legislación que establece las causales de restricción debe ser dictada en conformidad con los principios que rigen la Convención, y ser conducente a la efectiva observancia de las garantías en ella previstas⁷¹.

Asimismo, la Corte ha considerado que toda detención, independiente del motivo o duración de la misma, tiene que ser debidamente registrada en un documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quien la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como la constancia de que se dio aviso al juez competente, como mínimo, a fin de proteger contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Lo contrario constituye una violación de los derechos consagrados en el artículo 7º numeral 1 y 2 de la Convención Americana⁷².

⁶⁷ *CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO IÑIGUEZ. VS. ECUADOR*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafo 56.

⁶⁸ La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N°6, párrafo 38.

⁶⁹ *CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO IÑIGUEZ VS. ECUADOR*. Excepciones preliminares, fondo, reparación y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafo 57

⁷⁰ *FLEURY Y OTROS VS. HAITÍ*. Fondo y reparación. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párrafo 54.

⁷¹ *SERVILLON GARCÍA Y OTROS VS. HONDURAS*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párrafo 89.

⁷² *GARCÍA Y FAMILIARES VS. GUATEMALA*. Fondo, reparación y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2012, párrafo 100 – así también Caso J. Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre 2013, párrafo 152- En el mismo sentido, el Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrafo 122.

2.2 Principio de “no arbitrariedad”

El artículo 7º numeral 3 de la Convención Americana establece: “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”. Ante lo cual, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha desarrollado lo que entiende por arbitrariedad y lo ha aplicado en el análisis de casos contenciosos, dentro de los cuales distinguimos dos ámbitos de aplicación. En primer término, en lo relativo a la arbitrariedad existente en la privación de libertad; mientras que en segundo término, la arbitrariedad en la prolongación de la prisión preventiva durante el transcurso de un proceso judicial. En las que, si bien las causales que justifican la prisión preventiva son tratadas en el artículo 7º numeral 5 de la Convención, la Corte se ha referido a ellas en el marco del estudio del artículo 7º numeral 3, cuando el elemento central es el relacionado con la arbitrariedad de la medida que justifica dicha prisión preventiva.

Efectuada la distinción en el tratamiento de la arbitrariedad por parte de la Corte, es relevante precisar que en la presente investigación se desarrollará tal concepto desde el punto de vista relativo a la arbitrariedad en la privación o restricción del Derecho de Libertad Personal.

Dicho esto, es preciso recordar que el primer caso en que la Corte analizó la privación de libertad, fue en el caso *Velásquez Rodríguez*⁷³. Con posterioridad, estableció las condiciones para calificar a una privación de libertad como ilegal o arbitraria en el caso *Gangaram Panday*, en el cual determinó que: “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que, aun calificados de legales, puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo, por ser, entre otras cosas irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”⁷⁴. Pero no es hasta el pronunciamiento del caso *Chaparro Álvarez*⁷⁵, en que se asentó la jurisprudencia de la Corte en cuanto al análisis necesario para determinar la arbitrariedad de una detención.

⁷³ *VELÁSQUEZ RODRIGUEZ VS. HONDURAS*. Fondo, Excepciones preliminares, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de Julio de 1988.

⁷⁴ *GANGARAM PANDAY VS. SURINAM*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994, párrafo 47.

⁷⁵ *CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ. VS. ECUADOR*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafo 93.

Cuya determinación nos será útil al momento de analizar la arbitrariedad en el proceder de los funcionarios policiales en cuanto al control preventivo de identidad.

Se estipulo, por tanto, la necesidad de realizar un examen de varios aspectos de la detención, concluyendo que no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho de libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación sean compatibles con la Convención y respeten los requisitos que a continuación se detallan a efectos de que dicha medida no sea catalogada como arbitraria⁷⁶:

- 1) Que la finalidad de las medidas que priven o restrinja la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que la Corte ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones, ni eludirá la acción de la justicia⁷⁷.
- 2) Que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido.
- 3) Que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido, entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, los cuales en resumen son la compatibilidad con la Convención; la idoneidad de la medida; su necesidad, y su proporcionalidad⁷⁸.
- 4) Que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales⁷⁹.

Donde dicha proporcionalidad sea de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho de libertad no resulte desmedido ante las ventajas que se obtienen mediante tal restricción. Por consiguiente, cualquier restricción a la libertad que no

⁷⁶ *YVON NEPTUNE VS. HAITÍ. FONDO*, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de 2008, párrafo 98

⁷⁷ *SERVELLÓN GARCÍA Y OTROS VS. HONDURAS*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párrafo 90.

⁷⁸ Por esta razón cabe recordar lo dicho en cuanto al derecho de circulación, en que la Corte ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional. Así lo podemos ver en el Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 197; En similar sentido, García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 106.

⁷⁹ *“INSTITUTO DE REEDUCACIÓN DEL MENOR” VS. PARAGUAY*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párrafo 228.

contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7º numeral 3 de la Convención⁸⁰.

La Corte ha establecido que para que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, el Estado debe fundamentar y acreditar, en el caso concreto, la existencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la conducta delictiva de la persona y que la detención sea estrictamente necesaria, y por tanto, no puede tener como base la mera sospecha o percepción personal⁸¹.

De esta manera, la Corte determinó que incluso no es suficiente con que la medida que permite la restricción de libertad esté prevista y permitida por la Ley, sino que requiere, además: “un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para su procedencia y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria”⁸².

Cabe hacer presente además, que este Tribunal destaca que la prohibición de la privación arbitraria de libertad es un derecho inderogable, no susceptible de suspensión, comprendido igualmente durante un conflicto armado interno y aplicable inclusive en los casos en que se practique la detención por razones de seguridad pública⁸³. Por tanto, cualquier restricción a la libertad que no se ajuste a las condiciones señaladas, será catalogada como arbitraria y, por consecuencia, violatoria del artículo 7º numeral 3 de la Convención⁸⁴.

⁸⁰ *CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ. VS. ECUADOR*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafo 128.

⁸¹ *PACHECO TERUEL Y OTROS VS. HONDURAS*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, párrafo 106.

⁸² *LÓPEZ ÁLVAREZ VS. HONDURAS*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párrafo 68.

⁸³ *RODRÍGUEZ VERA Y OTROS (DESAPARECIDOS DEL PALACIO DE JUSTICIA) VS. COLOMBIA*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014, párrafo 402.

⁸⁴ *YVON NEPTUNE VS. HAITÍ*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de 2008, párrafo 98.

3. Derecho al Debido Proceso

3.1. Derecho a ser informado de las razones de la detención.

El artículo 7º numeral 4 de la Convención, establece que: “Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella”, esto constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y a su vez, garantizar el derecho de defensa del individuo detenido⁸⁵, por lo que este mecanismo obliga no tan solo a informar al detenido, sino que también a quienes ejercen su representación o custodia legal con el objetivo de conocer las razones y motivos de la restricción o privación de libertad cuando esta se está produciendo y de los derechos del detenido⁸⁶. Es más, la misma Corte estableció que el detenido tiene también el derecho de notificar lo ocurrido a una tercera persona, por ejemplo, a un familiar, un abogado⁸⁷ o un funcionario consular⁸⁸, más aun cuando se trate de personas menores de 18 años: “El derecho de establecer contacto con un familiar cobra especial importancia cuando se trata de detenciones de menores de edad”⁸⁹, tal obligación de informar le corresponde a la autoridad que practica la detención (según la Corte), la cual deberá llevarse a cabo inmediatamente, más aun cuando involucre a menores de edad, pues las medidas que se adoptan son tan efectivas y acertadas, que aseguran el correcto procedimiento de la notificación⁹⁰.

Esta última, cuando es realizada a un familiar o allegado tiene particular relevancia a efectos de que éste conozca el paradero y las circunstancias en que se encuentra el inculpado y pueda proveerle la asistencia y protección debidas. En el caso de la notificación a un abogado, tiene especial trascendencia la posibilidad de que el detenido se reúna en privado con aquél, lo cual es inherente a su derecho a beneficiarse de una verdadera

⁸⁵ *JUAN HUMBERTO SANCHEZ VS HONDURAS*. excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de junio de 2003, párrafo 82.

⁸⁶ *GÓMEZ PAQUIYAUARI VS. PERÚ*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, párrafo 92

⁸⁷ *GÓMEZ PAQUIYAUARI VS. PERÚ*. *Ibíd.*, párrafo 93

⁸⁸ *TIBI VS. ECUADOR*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrafo 112.

⁸⁹ *BULACIO VS. ARGENTINA*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, párrafo 130.

⁹⁰ *GÓMEZ PAQUIYAUARI VS. PERÚ*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, párrafo 93

defensa. En el caso de la notificación consular, la Corte ha señalado que el cónsul “podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión⁹¹”.

Valga reiterar que el artículo 7º numeral 4 de la Convención, exige que toda persona detenida o retenida, debe ser informada de las razones de su detención y notificada sin demora del cargo o cargos formulados en su contra. A su vez, el artículo 8.2.b) de la Convención, sobre comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada en su contra, exige que ésta sea “previa y detallada”.

Por esta razón, la Corte exige que las autoridades judiciales competentes notifiquen al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretenden atribuir responsabilidad de forma previa a la realización del proceso. Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Más aún, la Corte estima que se debe tomar en particular consideración la aplicación de esta garantía cuando se adoptan medidas que restringen el derecho a la libertad personal⁹².

Como se ha establecido, tal información es de suma importancia tomando en cuenta que permite el adecuado ejercicio del derecho de defensa, por lo que es posible sostener que la obligación de informar y notificar anteriormente descrita, no admite excepciones y debe ser observada independientemente de la forma en que ocurra la detención⁹³. Por tanto, si se establece que algún Estado miembro no informó a la víctimas de las “causas” o “razones” de su detención, la detención sería ilegal y, por ende, contraria al artículo 7º numeral 2 de la Convención (constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa

⁹¹ *TIBI VS. ECUADOR*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrafo 112.

⁹² *PALAMARA IRIBARNE VS. CHILE*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 225.

⁹³ *LÓPEZ ÁLVAREZ VS. HONDURAS*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párrafo 84.

del individuo), pero además constituiría una violación al derecho consagrado en el artículo 7º numeral 4 de la misma⁹⁴, esto es, el Derecho a ser informado de las razones por las cuales se es detenido.

Para mayor abundamiento, y con el objeto de precisar no tan solo la obligación de informar, sino que también, que es lo que debe informarse, la Corte ha razonado que cuando se habla de los motivos y razones de la detención, necesariamente supone informar, en primer lugar, de la detención misma. La persona detenida debe tener claro que está siendo detenida. En segundo lugar, el agente que lleva a cabo la detención debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en lo que se basa la detención, por lo que no se satisface el artículo 7º numeral 4 de la Convención si solo se menciona la base legal de la detención⁹⁵. Adicionalmente, es preciso señalar que el derecho a ser informado de los motivos de la detención permite al detenido impugnar la legalidad de la misma, haciendo uso de los mecanismos legales que todo Estado debe ofrecer, en los términos del artículo 7º numeral 6 de la Convención⁹⁶.

3.2. Derecho a ser llevado sin demora ante un juez.

Tal derecho se encuentra tratado en el artículo 7º numeral 5 de la Convención, cuyo objetivo esencial es prevenir las detenciones arbitrarias o ilegales mediante la disposición de la persona detenida ante un juez y estableciendo que: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

La Corte ha estimado necesario realizar algunas precisiones sobre este punto. En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7º numeral 5 de la Convención, son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e

⁹⁴ *CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ. VS. ECUADOR*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafo 69.

⁹⁵ *CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ. VS. ECUADOR*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafo 71.

⁹⁶ *YVON NEPTUNE VS. HAITÍ*. Sentencia de 6 de mayo de 2008, párrafo 105.

inmediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal⁹⁷. De igual forma la Corte ha determinado que el hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, no satisface esta garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente⁹⁸.

De esta forma el control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia⁹⁹.

Es así como la Corte incluso no aceptó uno de los argumentos dados en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007 por parte del Estado de Ecuador, señalando:

Párrafo 85: la Corte no acepta el argumento estatal referente a que se cumplió con el artículo 7.5 puesto que la Jueza de la causa estuvo presente al momento de las detenciones y ejerció un control judicial directo, dando a entender que no había necesidad de llevar a las víctimas nuevamente ante ella. Aun cuando la presencia de la Jueza podría calificarse como una garantía adicional, no es suficiente por sí misma para satisfacer la exigencia del artículo 7.5 de “ser llevado” ante un juez. La autoridad judicial debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad.

A continuación, procederemos a analizar los pronunciamientos de la Corte en relación con las expresiones: a) “sin demora”; b) “juez”; y c) medio de control idóneo. Con el objetivo de tener una comprensión más detallada del sentido y alcance de la garantía del artículo 7° de la Convención y en particular de su numeral 5.

⁹⁷ *TIBI VS. ECUADOR*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrafo 118.

⁹⁸ *TIBI VS. ECUADOR*. Id.

⁹⁹ *GARCÍA ASTO Y RAMÍREZ ROJAS VS. PERÚ*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 109.

a) “Sin demora”:

En cuanto al tratamiento del término “sin demora”, la Corte ha establecido que dicha expresión debe examinarse a la luz de las circunstancias específicas del caso concreto¹⁰⁰. En este mismo sentido, la Corte, ha citado el concepto “sin demora”, para determinar los pronunciamientos de la Corte Europea, la cual ha sostenido: “que si bien el vocablo “inmediatamente” debe ser interpretado de conformidad con las características especiales de cada caso, (al igual como lo determinó la Corte), ninguna situación por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el periodo de detención sin afectar el artículo 5º numeral 3 de la Convención Europea. Dicho tribunal destacó que la falta de reconocimiento de la detención de un individuo es una completa negación de las garantías que deben ser otorgadas y una grave violación del artículo en cuestión¹⁰¹. Además, ha equiparado el término “sin dilación” (*aussitôt*) con el término “inmediatamente” (*inmediatement*), y ha establecido que la flexibilidad en la interpretación de este término debe ser limitada.

b) Juez:

La Corte a establecido que el requisito de un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales debe: satisfacer los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 8º de la Convención, esto es: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

En tales términos, el juez tiene por objeto garantizar los derechos de toda persona bajo custodia del Estado, por lo que le corresponde la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias y garantizar un trato conforme el principio de presunción

¹⁰⁰ *J. Vs. PERÚ*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párrafo 144.

¹⁰¹ *BÁMACA VELÁSQUEZ VS. GUATEMALA*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 140.

de inocencia¹⁰², tomando en cuenta que corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción cuando sea estrictamente necesario¹⁰³.

c) Medio de control idóneo:

La Corte a interpretado el artículo 7º numeral 5 de la Convención, el cual señala: “la detención de una persona debe ser sometida sin demora a una revisión judicial, como medio de control idóneo para evitar las detenciones arbitrarias e ilegales. Quien es privado de libertad sin orden judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez”¹⁰⁴. Siendo por tanto el control judicial inmediato un mecanismo tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, un trato consecuente con la presunción de inocencia que ampara al inculgado mientras no se establezca su responsabilidad¹⁰⁵.

Por tanto, para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora (concepto ya tratado anteriormente) y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél.

El juez es garante de los derechos de toda persona que se encuentra bajo la custodia del Estado, por lo que corresponde la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias y garantizar un trato conforme al principio de presunción de inocencia¹⁰⁶.

¹⁰² *BAYARRI VS. ARGENTINA*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008, párrafo 67.

¹⁰³ *CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES VS. MÉXICO*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrafo 93.

¹⁰⁴ *GÓMEZ PAQUIYURI VS. PERÚ*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, párrafo 95.

¹⁰⁵ *GÓMEZ PAQUIYURI VS. PERÚ*. *Ibíd.*, párrafo 96.

¹⁰⁶ *Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008, párrafo 67.

3.3. Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

A raíz de lo ya comentado, entendemos que, en cuanto a las restricciones de libertad, la regla general debe ser la libertad del individuo, mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal, ya que este goza de un estado jurídico de inocencia que impone recibir del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada¹⁰⁷.

Por tanto, las detenciones (así como la “prisión preventiva”), deben ceñirse a lo dispuesto en el artículo 7º numeral 5 de la Convención Americana, es decir, no pueden durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales de los derechos ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia. Conforme a lo anterior, una prolongada duración, convertiría la restricción de libertad en una medida punitiva y no cautelar, lo cual desnaturaliza dicha medida¹⁰⁸ y, por tanto, transgrede de igual forma el artículo 8º numeral 2 de la convención¹⁰⁹.

Es así como, la Corte también resalta que en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los

¹⁰⁷ ARGÜELLES Y OTROS VS. ARGENTINA. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrafo 130.

¹⁰⁸ ARGÜELLES Y OTROS VS. ARGENTINA. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrafo 131.

¹⁰⁹ Pacto de San José de Costa Rica. Artículo 8 numeral 2: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”

detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente si las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen¹¹⁰.

La libertad personal impone, a su vez, una obligación judicial, consistente en tramitar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad¹¹¹. En consecuencia, si el Estado pretende prolongar la medida restrictiva de libertad, será necesario que las autoridades nacionales “deben ofrecer fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de libertad, la cual, para que sea compatible con el artículo 7° de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente (...)”¹¹².

3.4. Derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente para que decida sobre la legalidad del arresto o detención.

En los Estados partes, cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Tal mecanismo se encuentra establecido en el artículo 7° numeral 6, consagrando una de las garantías del derecho a la libertad personal: la acción de *Hábeas Corpus*.

3.4.1. El *Hábeas Corpus* como mecanismo para ejercer éste Derecho

El *Hábeas Corpus* es su sentido clásico, regulado por los ordenamientos americanos, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin

¹¹⁰ *YVON NEPTUNE VS. HAITÍ*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de 2008, párrafo 108.

¹¹¹ *BAYARRI VS. ARGENTINA*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008, párrafo 70.

¹¹² *BAYARRI VS. ARGENTINA*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008, párrafo 74.

de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad¹¹³.

Por lo tanto, el *Hábeas Corpus*, para cumplir con su objetivo de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido, la Corte ha entendido que es esencial la función que cumple esta acción como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención. Además, de poder protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes¹¹⁴; que la inexistencia de recursos internos poco efectivos, coloca a una persona en estado de indefensión¹¹⁵.

3.4.2. Autoridad competente para conocer de la legalidad del arresto o detención.

El artículo 7º numeral 6 de la Convención, es claro al disponer que la autoridad que debe decidir sobre la legalidad del “arresto o detención”, deba ser un “juez o tribunal”. Con ello, la Convención está resguardando que el control de la privación de la libertad debe ser judicial¹¹⁶. Por tanto, la Corte considera que, si bien pueden haber autoridades de carácter administrativas establecidas por ley para determinar la legalidad de una detención, éstas no constituyen una autoridad judicial y, por ende, no satisfarían las exigencias del artículo 7º numeral 6 de la Convención¹¹⁷. Es así como, la Corte estima que la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan derechos fundamentales¹¹⁸.

¹¹³ Opinión consultiva OC-8/87. El Hábeas Corpus bajo la suspensión de Garantías. Resolución de 30 de enero de 1987, párrafo 33.

¹¹⁴ Opinión consultiva OC-8/87. El Hábeas Corpus bajo la suspensión de Garantías. resolución de 30 de enero de 1987, párrafo 35.

¹¹⁵ *GARCÍA ASTO Y RAMÍREZ ROJAS VS. PERÚ*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 113.

¹¹⁶ *VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrafo 126.

¹¹⁷ *VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ*. *Ibíd.*, párrafo 127.

¹¹⁸ *VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ*. *Ibíd.*, párrafo 126.

3.4.3. Insuficiencia de la sola previsión formal del recurso.

A diferencia del derecho reconocido en el artículo 7° numeral 5 de la Convención, el cual impone a los Estados la obligación de llevar al detenido ante el juez, el artículo 7° numeral 6 protege el derecho de la persona privada de libertad a recurrir ante el juez por sí misma, independientemente de la observancia de sus otros derechos y de la actividad judicial en su caso específico, lo cual implica que el detenido efectivamente ejerza este derecho, en el supuesto de que pueda hacerlo y que el Estado efectivamente provea este recurso y lo resuelva¹¹⁹.

Además, es necesario agregar que la Corte a elevado la exigencia, no siendo suficiente la existencia de recurso, ni su interposición, sino que además el Estado debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 25 numeral 1 de la Convención, esto es: *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

Luego, es preciso que tal acción tenga efectividad, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar en su caso la protección judicial requerida. Es así como la Corte ha manifestado reiteradamente que la existencia de estas garantías: “constituyen uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención¹²⁰ .

Es así como, el análisis de la autoridad competente de un recurso judicial que controvierte la legalidad de la privación de libertad no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y

¹¹⁹ *YVON NEPTUNE VS. HAITÍ*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de 2008, párrafo 114.

¹²⁰ *ACOSTA CALDERÓN VS. ECUADOR*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005, párrafo 93.

manifestarse expresamente sobre ellas, lo anterior, de acuerdo a los parámetros establecidos por la Convención Americana¹²¹.

4. Análisis del Control Preventivo de Identidad en el ordenamiento jurídico comparado

El carácter preventivo del control de identidad impulsado por el Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet en la Ley N° 20.931, permite a Carabineros de Chile cumplir eficientemente con resguardar el Orden y Seguridad Pública respecto de situaciones donde se comete un delito, ya sea robo, hurto y receptación. Pero, además, fortalecer al sistema judicial, identificando y disminuyendo las “66.000 órdenes de detención pendiente que no han podido ser pesquisadas” por el control de identidad del artículo 85 CPP¹²².

Es necesario en este análisis comparativo, referirse a las críticas del proyecto, toda vez que dada su naturaleza se pondrá en discusión la necesidad de esta medida, pero también la vulneración o el riesgo que corren ciertas garantías constitucionales con las nuevas atribuciones otorgadas a Carabineros. Si bien la necesidad como ya lo hemos mencionado estaría fundada en el resguardo del Orden Público y de la alta cantidad de órdenes de detención que se encuentran pendientes, el conflicto producido es el choque de derechos que como lo ha señalado la Doctrina mayoritaria en los casos en que el valor o bien jurídico protegido entra en colisión con otros valores o bienes jurídicos, debe buscarse el justo punto de equilibrio entre los valores, no necesariamente sacrificando uno a favor del otro. En este sentido, no hay norma alguna de la Carta Fundamental que autorice a negar un derecho o a desnaturalizarlo para favorecer a otro. Cada uno y todos los derechos pertenecen a un sistema, gozando de igual valor en términos materiales y axiológicos. A

¹²¹ *LÓPEZ ÁLVAREZ VS. HONDURAS*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párrafo 96.

¹²² Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana recaído en el Proyecto de Ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos (Boletín N° 9885-07). p. 71-72.

través de la técnica de la ponderación, se debe optimizar el valor o bien jurídico y darle la mayor efectividad posible habida cuenta de las circunstancias del caso¹²³.

Es por lo anterior que nos parece relevante conocer la legislación comparada, y así poder entender si el control preventivo de identidad en otras legislaciones, es fundamental en la labor preventiva para el Orden Público y la Seguridad Ciudadana, pero también, si cumplen con los criterios objetivos que se requieren internacionalmente, esto es, una correcta aplicación del procedimiento, realizándose de una manera respetuosa y fuera de todo acto arbitrario (como aplicarse en lugares públicos y/o en lugares cerrados), la existencia de indicios de un delito cometido o que se está cometiendo o que se cometerá, y que el traslado de un individuo a un recinto policial o judicial sea por un plazo breve hasta cumplir con el fin de la detención.

El siguiente análisis, está basado en el estudio que realizó el abogado asesor de la Biblioteca del Congreso Nacional¹²⁴, señor Juan Pablo Cavada, en el que analiza la institución del control de identidad en las legislaciones de Alemania, España, Italia y Estados Unidos.

4.1 Alemania

El control de Identidad preventivo se encuentra regulado en la ley de Policía Federal de cada *Länder*¹²⁵, tomando medidas necesarias para llevar a cabo este procedimiento, como por ejemplo: detener a la persona, exigirle que señale su identidad y que entregue algún tipo de documento que esté en su posesión y permita identificarla. Asimismo, puede ser detenida si la identidad no se puede establecer de otra manera o si es dificultoso, y en algunos *Länder* se puede incluso efectuar un allanamiento a la persona y sus pertenencias si se encuentra en ciertos lugares determinados para poder efectuar el control de identidad.

¹²³ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 3ªed. Madrid, España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

¹²⁴ Informe de la comisión de constitución, legislación justicia y reglamento, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional que modifica la ley n° 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, para establecer la medida de control preventivo de identidad. Boletín N° 9.036-07.

¹²⁵ Usualmente denominadas Bundesland, en el lenguaje jurídico (*Länder*), son sujetos de derecho internacional originarios con personalidad estatal propia. Son cada una de las dieciséis entidades territoriales en las que desde 1990 se divide la [República Federal de Alemania](#).

A pesar de que cada *Länder* tiene sus propias regulaciones respecto del tema, comparten normas comunes entre ellos, permitiéndose la constatación de identidad de una persona en los siguientes casos:

- a) Para evitar un peligro (en algunos *Länder* para evitar en casos individuales, peligro para la seguridad y el orden público, o para remediar una perturbación de la seguridad o del orden público).
- b) En el caso de la legislación nacional y la de *Länder* con frontera hacia otros países: para evitar el ingreso ilícito al país y para evitar la delincuencia transfronteriza (internacional).
- c) En el caso que una persona esté dentro de, o en el entorno de cierto tipo de recinto o edificio (recintos de tránsito, abastecimientos, del gobierno, etc.). Además, determinados hechos deben justificar la creencia de que allí se preparan o perpetran actos delictivos por los que personas u objetos corren peligro inminente.
- d) Si una persona se encuentra en un lugar del cual se sospecha que individuos preparan y cometen delitos, o donde se encuentran personas ilegalmente residentes en el país, o donde se esconden delincuentes buscados por la policía. Algunos *Länder* incluyen los lugares donde se ejerce la prostitución.
- e) En puntos de control policial.

A continuación, analizaremos las normas y procedimientos de La Ley de Policía Federal y la de 4 *Länder* (*Nordrhein Westfalen, Baden-Württemberg, Hessen y Saxonia*), en cuanto a los parámetros objetivos que la Policía debe cumplir para poder constatar la identidad de una persona.

4.1.1. Ley de la Policía Federal (*Bundespolizeigesetz*)¹²⁶

¹²⁶ Ley de la Policía Federal (*Gesetz über die Bundespolizei*). [Fecha de consulta: 22 de Febrero de 2017]. Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/bggsg_1994/_23.html.

Bajo esta norma, la policía puede detener a una persona, exigirle que señale su identidad y que entregue documentos que permitan identificarla. En los casos que el procedimiento se torna dificultoso o cuando la identidad no se puede establecer, la persona puede ser detenida y conducida a puntos de control policial para verificar la identidad. Sin embargo, de manera general, la Policía está totalmente facultada para efectuar las medidas que sean necesarias para constatar la identidad de una persona en los siguientes casos:

- a) Para evitar un peligro.
- b) En el marco del control policial del tránsito fronterizo.
- c) Para evitar el ingreso ilícito al país (dentro de un límite fronterizo de 30 kilómetros).
- d) En caso de que una persona esté en un edificio o recinto, o en su entorno inmediato:
 - i) de la policía federal, ii) de la compañía de trenes nacional, iii) de aviación, iv) del estado, v) fronterizo, y vi) del cual determinados hechos justifiquen la creencia de que allí se preparan o perpetran actos delictivos, por los que personas u objetos corren peligro inminente, y que la constatación de la identidad es justificada.
- e) Para la protección de derechos privados.
- f) Ésta se encuentre en un lugar y determinados hechos justifiquen la creencia de que allí se preparan o perpetran actos delictivos, o se ocultan delincuentes.

4.1.2 Ley de Policía de *Nordrhein Westfalen*

Al igual que la Ley de Policía Federal, el párrafo 12 de la Ley de Policía de *Nordrhein-Westfalen*¹²⁷, faculta a los funcionarios a realizar cualquier medida necesaria para constatar la identidad de una persona (detener, exigir que se identifique, mostrar documentos, etc.). Y particularmente, cuando no se pueda establecer o se vuelva compleja la identificación, se puede efectuar un allanamiento de la persona y de sus pertenencias en caso de que se encuentre por ejemplo, en los edificios o recintos de tránsito, de abastecimiento, de gobierno, etc.

¹²⁷ Ley de la policía de Nordrhein-Westfalen. [Fecha de consulta: 24 de Febrero de 2017]. Disponible en: https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_text_anzeigen?v_id=3120071121100036031#det377949.

El párrafo 12 estipula que las Policías pueden aplicar el control preventivo de identidad en los siguientes casos:

- a) Para evitar un peligro.
- b) Si una persona se encuentra en un lugar del cual se sospecha que individuos preparan y cometen delitos, o donde se encuentran personas ilegalmente residentes en el país o donde se esconden delincuentes buscados por la policía.
- c) En caso de que una persona se encuentre en, o cerca de, edificios o recintos de tránsito, de abastecimiento, de gobierno, de tránsito u otro tipo de recinto particularmente vulnerable, y que ciertos hechos determinados dejen sospechar que son el objetivo de un delito por cometer.
- d) En puntos de control policial.

4.1.3 Ley de Policía de *Baden-Württemberg*

El párrafo 26 de la Ley de Policía de *Baden-Württemberg*¹²⁸, dispone que, además de cumplir con la regla general, la policía puede exigir que la persona se detenga, muestre los documentos de identificación que lleva consigo y que los entregue a la policía para su revisión. Sin embargo, en este Estado Federal a la persona se le podrá: i) detener, ii) registrar su cuerpo (solo por una persona de su mismo sexo) y iii) registrar objetos que lleve consigo. Asimismo, si su identidad en el lugar donde se efectúa el control no puede ser establecida o es dificultoso establecerla, será conducido al puesto de policía para seguir con el procedimiento.

Lo anterior, según el párrafo 26 ya mencionado permite actuar a la Policía en los siguientes casos:

- a) Para evitar un peligro para la seguridad y el orden público en casos individuales o para remediar un desorden público.

¹²⁸ Ley de Policía de Baden-Württemberg. Cuarto inciso: medidas individuales § 26 encontrar personas. [Fecha de consulta: 24 de Febrero de 2017]. Disponible en: <http://www.landesrecht-bw.de/jportal/;jsessionid=B44E066CDA7E29B853BD4CEDA6DCCDAB.jp91?quelle=jlink&query=PolG+BW&psml=bsbawueprod.psm1&max=true&aiz=true#jlr-PolGBW1992V11P26>.

- b) Cuando una persona pase por un punto de control policial establecido por la policía, con el objetivo de buscar delincuentes, o por otra razón establecida por ley.
- c) En caso de que una persona se encuentre en edificios o recintos de importancia significativa para la criminalidad internacional con el objetivo de prevenir crímenes internacionales.
- d) En caso de que una persona se encuentre en un lugar donde habitualmente hay delincuentes o donde se preparan y cometen delitos, donde se encuentran personas ilegalmente residentes en el país o donde se ejerce la prostitución.
- e) En caso de que una persona se encuentre en, o cerca de, edificios o recintos de tránsito, de abastecimiento, gobierno, tránsito u otro tipo de recinto particularmente vulnerable, y que ciertos hechos determinados dejen sospechar que son el objetivo de un delito por cometer.

4.1.4 Ley de Policía de *Hessen*

A diferencia de los Estados Federales anteriores, la Ley de Policía de *Hessen*, en su párrafo 18¹²⁹, faculta a sus funcionarios para realizar el control de identidad adoptando ciertas medidas como: i) ordenar que se detenga a la persona (informando la razón del control de su identidad, sino se infringe el objetivo de la medida), ii) exigir que la persona divulgue su identidad y que entregue sus documentos de la misma (se entiende que por Ley está obligada a tenerlo en su posesión), iii) Bloquear el lugar de control y iv) tomar otras medidas de identificación (como registrar cuerpo, objetos y llevarla al puesto de policía), esto último, solo en el caso que la identidad no pueda, o solo con dificultad, ser establecida de otra manera. Es así como, el control de identidad se aplicará:

- a) En caso de que una persona pase por un punto de control policial.
- b) En caso de que una persona esté en un edificio o recinto, o en su entorno inmediato (de tránsito o de abastecimiento), del gobierno o uno que está expuesto a otro tipo de peligro, y del cual determinados hechos justifiquen la creencia de que allí se

¹²⁹ Ley de Policía de Hessen (26 de junio de 1990) GVBl. I S. 197, 534 en la versión de 31 de marzo de 1994 GVBl. I S. 174. [Fecha de consulta. 26 de Febrero de 2017]. Disponible en: <http://www.polizeirecht.de/HSOG.htm>.

preparan o perpetran actos delictivos por los que personas u objetivos corren peligro inminente y la constatación de la identidad es justificada.

- c) En caso de que una persona se encuentre en edificios o recintos de importancia significativa para la criminalidad internacional.
- d) Para evitar un peligro, para cumplir con otras funciones establecidas por ley o para la protección de derechos privados.
- e) En caso de que una persona se encuentre físicamente cerca de otra persona que necesita protección particular y que determinados hechos justifiquen medidas especiales de protección.
- f) En caso de que una persona se encuentre en un lugar y determinados hechos justifiquen la creencia de que allí: i) se preparan o perpetran actos delictivos, ii) se juntan personas que están ilegalmente en el país, iii) se ocultan delincuentes, y iv) o en un lugar donde se ejerce la prostitución.

4.1.5 Ley de Policía de Saxonía

En el Estado Federal de *Saxonía*, para constatar la identidad de una persona, se autoriza poder tomar cualquier medida necesaria por la Policía para llevar a cabo dicho control. Y al igual que en los Estados anteriores, se podrá detener, exigir que divulgue su identidad y que entregue documentos que permitan identificarla. En el caso de no poder establecerse su identidad quedará detenida.

Es así, como el párrafo 19 de la Ley de Policía de *Saxonía*¹³⁰, dispone que la policía puede controlar la identidad de una persona en los siguientes casos:

- a) En un puesto de control policial legalmente establecido.
- b) En caso de que una persona se encuentre en un lugar en el que habitualmente se preparan o perpetran actos delictivos, se junten personas que están ilegalmente en el país, se oculten delincuentes o donde se ejerza la prostitución.

¹³⁰ *Polizeigesetz des Freistaates Sachsen (SächsPolG)*. 13 de Agosto, 1999. [Fecha de consulta: 26 de Febrero de 2017]. Disponible en: http://brueggen-ra.de/pdf/POR_S%E4chsPolG.pdf.

- c) Para evitar, en casos individuales, peligros para la seguridad y el orden público, o para remediar una perturbación de la seguridad u orden público.
- d) Para evitar la delincuencia transfronteriza (internacional) dentro de un radio de 30 kilómetros de la frontera con Polonia y República Checa, así como en recintos y edificios de tránsito internacional, en autopistas transfronterizas y otras rutas de mayor importancia para el tránsito internacional.
- e) En caso de que una persona se encuentre en, o cerca de, edificios o recintos de tránsito, de abastecimiento, de gobierno, de tránsito u otro tipo de recinto particularmente vulnerable, y que ciertos hechos determinados dejen sospechar que son el objetivo de un delito por cometer.

4.2 España

En España el control de identidad tiene carácter de preventivo e investigativo. Se diferenciará uno del otro según el ejercicio y la necesidad de identificar a una persona con el fin de proteger la seguridad.

Es así como, este control debe realizarse en la vía pública o recintos y lugares expresamente determinados por la Ley; y cuando la policía no pueda obtener la identidad de una persona deberá trasladarla a sus dependencias con el objeto de impedir la comisión de una falta o delito. Así lo dispone la Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo, sobre protección de la seguridad ciudadana¹³¹, en sus artículos 16, 18 y 19, que disponen lo siguiente:

Artículo 16: “Identificación de personas”

1- En el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supuestos:

¹³¹ Ley Orgánica N° 4/2015. España. Protección de la seguridad ciudadana. Ministerio de Gracia y Justicia. Sevilla, España, 30 Marzo de 2015. [Fecha de consulta: 26 de febrero de 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3442.pdf>

- a) Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción.
- b) Cuando en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito.

En estos supuestos, los agentes podrán realizar las comprobaciones necesarias en la vía pública o en el lugar donde se hubiese hecho el requerimiento, incluida la identificación de las personas cuyo rostro no sea visible total o parcialmente por utilizar cualquier tipo de prenda u objeto que lo cubra, impidiendo o dificultando la identificación, cuando fuere preciso a los efectos indicados.

En la práctica de la identificación se respetarán estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

2- Cuando no fuera posible la identificación por cualquier medio, incluida la vía telemática o telefónica, o si la persona se negase a identificarse, los agentes, para impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a las dependencias policiales más próximas en las que se disponga de los medios adecuados para la práctica de esta diligencia, a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas.

La persona a la que se solicite que se identifique será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de dicha solicitud, así como, en su caso, del requerimiento para que acompañe a los agentes a las dependencias policiales.

3- En las dependencias a que se hace referencia en el apartado 2 se llevará un libro-registro en el que sólo se practicarán asientos relacionados con la seguridad ciudadana. Constarán en él las diligencias de identificación practicadas, así como

los motivos, circunstancias y duración de las mismas, y sólo podrán ser comunicados sus datos a la autoridad judicial competente y al Ministerio Fiscal. El órgano competente de la Administración remitirá mensualmente al Ministerio Fiscal extracto de las diligencias de identificación con expresión del tiempo utilizado en cada una. Los asientos de este libro registro se cancelarán de oficio a los tres años.

4- A las personas desplazadas a dependencias policiales a efectos de identificación, se les deberá expedir a su salida un volante acreditativo del tiempo de permanencia en ellas, la causa y la identidad de los agentes actuantes.

5- En los casos de resistencia o negativa a identificarse o a colaborar en las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en su caso, en esta Ley.

Artículo 18: “Comprobaciones y registros en lugares públicos”

1- Los agentes de la autoridad podrán practicar las comprobaciones en las personas, bienes y vehículos que sean necesarias para impedir que en las vías, lugares y establecimientos públicos se porten o utilicen ilegalmente armas, explosivos, sustancias peligrosas u otros objetos, instrumentos o medios que generen un riesgo potencialmente grave para las personas, susceptibles de ser utilizados para la comisión de un delito o alterar la seguridad ciudadana, cuando tengan indicios de su eventual presencia en dichos lugares, procediendo, en su caso, a su intervención. A tal fin, los ciudadanos tienen el deber de colaborar y no obstaculizar la labor de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones.

2- Los agentes de la autoridad podrán proceder a la ocupación temporal de cualesquiera objetos, instrumentos o medios de agresión, incluso de las armas que se porten con licencia, permiso o autorización si se estima necesario, con el objeto de prevenir la comisión de cualquier delito, o cuando exista peligro para la seguridad de las personas o de los bienes.

Artículo 19: “Disposiciones comunes a las diligencias de identificación, registro y comprobación”

1- Las diligencias de identificación, registro y comprobación practicadas por los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad con ocasión de actuaciones realizadas conforme a lo dispuesto en esta sección no estarán sujetas a las mismas formalidades que la detención.

2- La aprehensión durante las diligencias de identificación, registro y comprobación de armas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otros efectos procedentes de un delito o infracción administrativa se hará constar en el acta correspondiente, que habrá de ser firmada por el interesado; si éste se negara a firmarla, se dejará constancia expresa de su negativa. El acta que se extienda gozará de presunción de veracidad de los hechos en ella consignados, salvo prueba en contrario.

Por último, el artículo 495 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, que aprobó la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹³², dispone: “No se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante a juicio de la autoridad o agente que intente detenerle”.

4.3 Italia

El tratamiento del control de identidad en Italia, consiste básicamente en que un Oficial Público (autoridad), en el ejercicio de sus funciones, podrá requerir o solicitar a cualquier persona la información sobre su identidad sin tener motivo fundado. Y ésta, de manera obligatoria deberá proporcionar información sobre su identidad, no siendo una obligación presentar su documentación.

Así lo establece el artículo 651 del Código Penal¹³³:

“La denegación de información acerca de su identidad personal”.

Cualquier persona, impulsado por un funcionario público en el ejercicio de sus

¹³² REAL DECRETO. España. Por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ministerio de Gracia y Justicia. Sevilla, España, 14 de septiembre de 1882. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

¹³³ Código Penal Italiano. [Fecha de consulta: 28 de febrero de 2017]. Disponible en: <http://www.uwm.edu.pl/kpkm/uploads/files/codice-penale.pdf>.

funciones, que se niega a dar información acerca de su propia identidad personal, su estado, u otras cualidades personales, será sancionado con prisión de hasta un mes o a multa de hasta € 206.

En el caso que una persona negará su identidad u otorgará una falsa (existiendo indicios de que es así), la policía está facultada para detener y conducir a la persona a la respectiva unidad policial, con el solo fin de poder verificarla en un plazo máximo de hasta 24 horas, y cumpliendo con los requisitos de forma, como dar cuenta al Procurador de la República, quien ordenará la libertad inmediata de la persona si no se han cumplido los supuestos de la norma¹³⁴.

Por último, la autoridad podrá ordenar a los sujetos considerados peligrosos o sospechosos, portar y exhibir su documento de identificación cuando sea requerido con el objeto de acreditar su identidad. Si se negare a mostrarlo o no lo llevaré en sus pertenencias, podrán ser aplicables otras medidas de identificación¹³⁵.

4.4. Estados Unidos de América

En Estados Unidos, la naturaleza del Control de identidad es preventivo, y su procedimiento, así como los supuestos de hecho en que puede darse el control, varían según cada Estado, en las denominadas *Leyes Stop and identify statutes*, de la cual se le exige a una persona revelar su nombre ante un Policía que la ha detenido válidamente en la vía pública. El Objetivo de estas leyes estatales cumple con el fin del control preventivo en Estados Unidos, que es, combatir la vagancia, bajo parámetros destinados a regular el ejercicio del procedimiento y la conducta policial al momento de ejecutar dicho control (preventivo).

La materia, se encuentra regulada en la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Sin embargo, no existe alguna norma legal federal que autorice esta

¹³⁴ Artículo 11 del *Decreto-Legge* 21 marzo 1978, n. 59, Norme penali e processuali per la prevenzione e la repressione di gravi reati.

¹³⁵ Artículo 4 del *Regio Decreto* 18 giugno 1931, n. 773, que aprueba el texto único de las leyes de seguridad pública. [Fecha de consulta: 28 de febrero de 2017]. Disponible en: <http://www.comune.taranto.it/attachments/article/896/TULPS.pdf>.

práctica policial, sino más bien, es a través de un fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos¹³⁶, que se permite detener e identificar a una persona sin violar la cuarta enmienda.

En cuanto a sus características y requisitos, la jurisprudencia ha establecido que:

- a) Para ciertos casos, no es exigible una orden judicial previa que autorice a identificar la identidad de una persona, ni tampoco para poder registrar sus vestimentas u objetos que lleve consigo, si no existe una expectativa razonable de privacidad.
- b) En el estado de Ohio, la Policía podrá detener y registrar a una persona basándose en una sospecha razonable.
- c) Si el Policía tiene sospecha razonable que un sospechoso cometió, está cometiendo o está a punto de cometer un delito, podrá detenerlo brevemente y registrar sus pertenencias sin causa probable de arresto¹³⁷. No obstante, en *Hiibel* en cambio, si la solicitud de identificarse para un sospechoso no está relacionada con la justificación de la detención, no podrá arrestarlo por no identificarse.

Lo anterior, no es de manera general, pues en algunos Estados se sanciona expresamente el incumplimiento de la obligación de identificarse e incluso entregar un nombre falso en sus normas penales.

- d) En ciertos estados se exige además que la persona proporcione información adicional como: nombre, dirección, fecha de nacimiento y explicación de sus acciones, sin proporcionar documento alguno (licencia de conducir, por ejemplo).
- e) En Nueva York, la policía está facultada por el Departamento de Policía de la misma ciudad, a detener e interrogar a los peatones y, además, registrarlos en busca de armas u otras especies¹³⁸. Todo el procedimiento

¹³⁶ Estados Unidos: LARRY D. HIIBEL, PETITIONER v. SIXTH JUDICIAL DISTRICT COURT OF NEVADA. N° 03-5554 (2004). [Fecha de consulta: 28 de febrero de 2017]. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/03-5554.ZO.html>.

¹³⁷ Estados Unidos: Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968). N° 61. [Fecha de consulta: 28 de febrero de 2017]. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/1/case.html>.

¹³⁸ Programa “detener, preguntar y registrar” (*Stop-and frisk*), tiene su fundamento en la Ley de Procedimiento Penal (New York State Criminal Procedure Law), sección 140.50. [Fecha de consulta: 28 de febrero de 2017]. Disponible en: <http://codes.lp.findlaw.com/nycode/CPL/TWO/H/140/140.50>.

debe realizarse en la calle y la policía solo está facultada para un registro superficial de las vestimentas¹³⁹.

CAPÍTULO TERCERO

CONTROL PREVENTIVO DE IDENTIDAD EN CHILE

1. Evolución Histórica De Las Facultades Preventivas

¹³⁹ Esta materia ha sido objeto de controversia judicial a nivel federal ya que una jueza dictaminó en agosto de 2013, que este programa viola los derechos civiles protegidos por la Constitución de los EE.UU. [Fecha de consulta: 28 de febrero de 2017]. Disponible en: <http://www.laopinion.com/corte-apelaciones-bloquea-orden-contra-stop-and-frisk-nyc-cateo-detencion-minorias>.

En esta oportunidad, nos hemos propuesto exponer acerca de las evoluciones que han sufrido las facultades preventivas que han existido en Chile en cuanto a controlar la identidad de los ciudadanos, marcando un antes y un después respecto de los criterios con los que han sido aplicadas en los diferentes períodos de nuestra historia.

1.1. Detención por Sospecha

Es relevante comenzar desde el inicio de esta facultad, remontándonos al Código de Procedimiento Penal de 1906, específicamente al título IV, párrafo II, artículo 282¹⁴⁰, el que contenía la denominada “detención por sospecha” el cual disponía lo siguiente:

Art. 282: “Los agentes de policía de seguridad estarán obligados a detener a todo delincuente de crimen o simple delito a quien se sorprenda infraganti. Están además autorizados para detener: 1°. Al sentenciado a las penas de presidio, reclusión o prisión que hubiere quebrantado su condena; 2°. Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente; 3°. Al que anduviere disfrazado y rehusare darse a conocer; 4° Al que se encontrare a deshora o en lugares o en circunstancias que presten motivo fundado para atribuirle malos designios, si las explicaciones que diere de su conducta no desvanecieren las sospechas.

Por lo anterior, y para mantener una coherencia en nuestra investigación, solo nos referiremos a los numerales 3 y 4 de la citada norma. Estas facultades eran entregadas al cuerpo policial, el que podía detener y privar de libertad a un individuo por los motivos ya referidos, basando su actuar en ciertos supuestos en que el individuo controlado intentaba ocultar su identidad o era sospechoso de haber realizado un acto criminal. Esta sospecha se mantenía hasta que el Policía no saciara su desconfianza, la que era causa habilitante del control realizado. Por lo tanto, y en consecuencia, el procedimiento era ejercido y finalizado por la entidad policial, la que no era objeto de ningún tipo de control interno por parte de la institución y/o menos de un control

¹⁴⁰ Código de Procedimiento Penal (1906), artículo 282, p. 97. [Fecha de consulta: 2 de marzo de 2017]. Disponible para descargar el texto original en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22960&tipoVersion=0>.

jurisdiccional en la aplicación y/o ejecución de éste acto, lo que hoy en día conocemos como control de la legalidad de la detención, por el cual un Juez de Garantía controla la legalidad de la detención resolviendo si ella se ajusta a la normativa vigente. En caso de no concurrir los presupuestos de legalidad, debe declarar su ilegalidad de la detención todas las consecuencias ulteriores¹⁴¹.

Si bien la norma establecía causales específicas sobre la posibilidad de ejecución de la detención y las reglas sobre su procedimiento, como no exceder de las 48 horas. No es difícil ver el propósito que buscaba más allá de toda política instaurada, ya que su verdadero fin era remover de las calles a aquellos/as considerados/as como peligrosos/as o indeseables para el resto de la sociedad¹⁴². Sin dejar de lado que la “detención por sospecha” vulneraba ciertos derechos consagrados en nuestra Constitución, como la libertad ambulatoria de los ciudadanos o la no discriminación. Así lo explica el Profesor Jaime Salas Astrain al señalar: “esta detención fue utilizada muchas veces como herramienta de represión política durante el Gobierno militar (1973-1990), o como mecanismo de vejación respecto de sectores sociales vulnerables, tales como: travestis, mendigos, prostitutas, etc., sujetos de apariencia humilde o desordenada”¹⁴³.

Luego de décadas de implementación, al igual que todo el sistema de enjuiciamiento criminal inquisitivo, las constantes críticas acarrearón la derogación del artículo 282 del mencionado Código, introduciéndose modificaciones a las facultades preventivas, las que mutaron en el artículo 260 bis del Código de Procedimiento Penal, esto es, la figura del control de identidad.

1.2. Nacimiento del Control de Identidad

La Ley N° 19.567 norma que derogó la “detención por sospecha” y creó el control de identidad, fue ingresada el 28 de enero de 1993 por moción de los entonces Diputados Mario Devaud Ojeda, Juan Pablo Letelier Morel, Carlos Montes Cisternas, Adriana Muñoz

¹⁴¹ Artículo 132, Código Procesal Penal. Norma sobre comparecencia judicial.

¹⁴² IRARRÁZAVAI, Paz. Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad. *Política Criminal*, 10 (19): 234-265. 2015.

¹⁴³ SALAS, Jaime. *Problemas del Proceso Penal, etapa intermedia y procedimientos especiales*. Santiago, Chile. Editorial Librotecnia, 2015. p. 162.

D'Albora y Andrés Palma Irrarázaval. Esta fue aprobada el año 1998, la cual mantuvo las facultades preventivas de la policía, sin embargo, las limitó en cuanto a solicitar la identidad de una persona, ya que según lo dispuesto en el artículo 260 bis¹⁴⁴, esta solo podía realizarse en casos fundados, más específicamente ante la existencia de un indicio. Es tal, que la norma regulaba el procedimiento para identificar a una persona y el procedimiento de detención si esta se negaba a identificarse, pero además limitaba y sancionaba el ejercicio de la Policía si el control de identidad era realizado de manera abusiva. Su sanción estaba establecida en el artículo 293 inciso final del Código Penal de la época, lo que en nuestros días correspondería a la sanción establecida en el artículo 255 del Código Penal, esto es, la suspensión del cargo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte UTM.

Con la llegada de la Reforma Procesal penal, el control de identidad no dejó de ser blanco de críticas, a tal punto que la versión original de esta reforma no contemplaba un control de identidad, toda vez que, con este tipo de medidas se atentaba el espíritu garantista del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal. No obstante lo anterior, en la discusión parlamentaria de la reforma, hubieron entidades que solicitaron el regreso de la “Detención por sospecha”¹⁴⁵, esto por el notorio aumento de mendigos y vagos que generaban una sensación de inseguridad a la comunidad¹⁴⁶.

Como una forma de equilibrar las discusiones, la comisión mixta propone incorporar al nuevo Código Procesal Penal el control de identidad del artículo 260 bis con determinadas modificaciones. Sin embargo, la necesidad de establecer una facultad preventiva que superara la vaguedad, amplitud e indeterminación de la norma citada que, de igual manera daba la posibilidad de cometer actos arbitrarios y discriminatorios por parte de las Policías, origino la evolución del artículo 85 del Código Procesal Penal.

1.3. Artículo 85 Código Procesal Penal

¹⁴⁴ Código de Procedimiento Penal (1998). [Fecha de consulta: 13 de marzo de 2017]. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22960>.

¹⁴⁵ Cierta sector de la ciudadanía señaló que los índices de delincuencia aumentaron producto de esta modificación, toda vez que el ejercicio policial, tanto de Carabineros de Chile como de la Policía de Investigaciones, se vio limitado para efectuar las labores preventivas que les son propias.

¹⁴⁶ SALAS, Jaime. Problemas del Proceso Penal, etapa intermedia y procedimientos especiales. Santiago, Chile. Editorial Librotecnia, 2015. p. 162.

El control de identidad de la Ley N° 19.696, fue considerado un gran avance en materia preventiva, toda vez que establecía un sistema de límites que restringía la posibilidad de cometer actos arbitrarios por parte de los órganos policiales. Consistía principalmente en solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados que estipulaba el artículo 85 sin orden previa del Ministerio Público o de un Juez de Garantía. Si la identidad de la persona no lograba determinarse, esta podría ser privada de su libertad con el fin de identificarla correctamente.

Esta medida fue rápidamente objeto de sucesivas modificaciones durante los años 2002, 2004¹⁴⁷ y 2008, las cuales ampliaban por ejemplo, el plazo de detención. Así también permitían el registro de vestimentas, equipajes y vehículos; exigían más de un indicio para la realización del control, esto es, casos taxativos fundados; en el contexto del control de identidad podían cotejarse ordenes de detenciones pendientes sin la necesidad de nuevos indicios; y comenzó a ser una facultad preventiva obligatoria, por lo que quien se negara a identificarse, sería sancionado con la falta de ocultación de identidad.

Con todos sus límites y garantías, el control de identidad del artículo 85 del CPP, es una disposición que cumple con su propósito pues requiere necesariamente la existencia de determinados requisitos para poder aplicarse, constituyendo para los funcionarios policiales, una obligación de limitar su actuar en los casos fundados que la norma lo establece, esto es, no realizarse bajo cualquier situación ni aplicarse por parte de las policías de forma discrecional, sino solo en aquellos casos consagrado en la norma.

Con ello, y no menos relevante, es la discusión que presenta su última modificación introducida a través de la Ley N° 20.931, donde si bien antes de la transformación se exigía como supuesto fáctico a los funcionarios policiales contar con “indicios” para proceder, la Ley antes mencionada ha venido a reemplazar la expresión “indicios” (plural) por “indicio” (singular). Diferencia que desarrollaremos con mayor profundidad en los párrafos sucesivos, ya que por ahora sólo ahondaremos en las evoluciones históricas que el control de identidad ha presentado durante la historia.

¹⁴⁷ Ley N° 19.942, tenía como objetivo reforzar la seguridad ciudadana y corregir las deficiencias y vacíos legales de la reforma procesal penal, para que cuando se instaurará en la Región Metropolitana, fuera aplicada con eficiencia.

Por consiguiente, una última metamorfosis nace de la propuesta sobre la creación de un nuevo control de identidad preventivo¹⁴⁸, el que sería regulado en el artículo 85 Bis del CPP con el objetivo de cotejar órdenes de detención pendientes, sin embargo la idea de esta propuesta, terminó mutando en el que sería el nuevo artículo 12 autónomo, de la Ley N° 20.931, objeto de esta Tesis.

1.4. Control de Identidad Preventivo de la Ley N° 20.931,

También catalogado como “el regreso de la detención por sospecha”, ya que otorgaría mayores facultades policiales en su labor preventiva e investigativa, tiene como fin controlar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años bajo todo hecho y circunstancia, para resguardar el orden y la seguridad pública a la que deben dar cumplimiento los funcionarios policiales.

Esta nueva institución establece además que en la práctica debe respetarse la igualdad de trato y no discriminación arbitraria, constituyendo una falta administrativa para quien la ejerza de manera abusiva o aplique un trato denigrante a quien se ha excedido en sus atribuciones, debiendo incluso responder penalmente cuando procediere. Es por tal, que en los últimos incisos del artículo 12 en comento, en cuanto a la gestión que realizan los funcionarios policiales, se establecen medidas de responsabilidad, control y publicidad, en beneficio de las personas que estimaren haber sido objeto del ejercicio abusivo o denigratorio ya mencionado, pudiendo hacer efectivos a través de un procedimiento estandarizado sus reclamos.

El procedimiento de control se encuentra sujeto a un límite de tiempo, que no podrá exceder de una hora, dando término al mismo si no es posible constatar la identidad del requerido. Solo podrá efectuarse en lugares públicos y privados de acceso al público, debiendo siempre otorgarse las facilidades necesarias para su adecuado cumplimiento.

En cuanto al deber de identificarse, quien obstruyera la aplicación del control preventivo, ya sea ocultando o proporcionando identidad falsa¹⁴⁹, será detenido por el funcionario que efectúa el control, pudiendo ser sancionado en el caso que incurra en dicha

¹⁴⁸ Cfr. Capítulo I, Historia del Artículo 12 De La Ley N°20.931.

¹⁴⁹ La ocultación o usurpación de identidad consiste en la entrega de nombre ajeno a la autoridad solicitante con el fin de evitar ser detenido. Revista de Ciencias Penales. Santiago, 42 (1) 2015. p.463-466.

falta, con multa de 1 a 4 UTM. La detención aplicaría además para aquellas personas que al momento de constatar su identidad presentaren una o más órdenes de detención pendientes, empleando lo establecido en el artículo 129 del Código Procesal Penal.

Lo último, y a nuestro parecer bastante innovador, es la obligación que tienen las Policías, sobre el deber de informar trimestralmente al Ministerio del Interior y Seguridad Pública sobre los antecedentes que dicho Ministerio requiera, para conocer la aplicación práctica que ha tenido esta facultad. A su vez, el Ministerio ya mencionado, deberá publicar en su página web la estadística trimestral de la aplicación del control preventivo. De esta manera, se desincentivaría a los funcionarios policiales a ejercer fuerza arbitraria en contra de quien está siendo identificado, y en supuesto fáctico, a no dar lugar a abusos en contra de los derechos y garantías de las personas, como la vida, integridad física y psíquica, no discriminación y la libertad personal.

En conclusión, se crea esta nueva facultad preventiva, de características propias que la diferencian del control de identidad, ya que no requiere de “indicio”, no permite el registro de las vestimentas, pertenencias, equipaje, vehículo; etc. Habilitando exclusivamente a solicitar la identificación de una persona y detenerla únicamente si se constata que registra una orden de detención pendiente. Por tanto, si su aplicación se realiza bajo supuestos no contemplados expresamente en la norma, se podrá por parte del Juez de garantía y previa solicitud del Defensor del detenido, que se declare la ilegalidad de la misma y los elementos que de ella deriven (fruto del árbol envenenado)¹⁵⁰.

2. La Identificación

Como hemos mencionado anteriormente, al individuo que le es aplicable el Control de Identidad o el Control de Identidad Preventivo, tiene un deber de identificarse frente al

¹⁵⁰ ORTIZ ROLDÁN, Marcela & SOTO LÓPEZ, Daniela. La Declaración de Ilegalidad de la detención y su efecto contaminante en el Proceso Penal Chileno. (Tesis de pregrado). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2008. p. 120.

funcionario policial que requiere de su identificación. Por lo que es relevante entender el inicio de este procedimiento y en que consiste la individualización de un sujeto.

Podríamos definir la identificación como aquella consistente en comprobar la individualidad de la persona humana, verificando que ésta es la misma que se pretende o supone. Si bien, es una definición otorgada para el ámbito investigativo, es completamente válida y aplicable al marco preventivo, con relación a las facultades preventivas de las policías para controlar la identidad de las/os ciudadanos/as. Es más, su aplicación en ciertas circunstancias es altamente necesaria y beneficiosa, pues como lo señala el Autor Joaquín García: “sirve para resguardar bienes y valores constitucionales”¹⁵¹.

Es importante entonces, hacernos las siguientes preguntas: ¿Dónde y cómo está regulado el deber de identificarse? ¿Cumple con el mandato de determinación derivado del principio de legalidad? La respuesta es clara, si observamos el artículo 85 del CPP. En primer lugar, la norma establece quién es la autoridad competente para poder efectuar un requerimiento de identificación, esto es, funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile. En segundo lugar, la medida solo será procedente para los casos instaurados, limitando el actuar de los funcionarios al “indicio” de que una persona ha cometido o a intentado cometer un crimen, simple delito o falta, o al caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. No obstante, si bien es claro observar que el art. 85 del CPP es la “norma madre” que da lugar a la identificación, su regulación no se restringe solo a esos casos, ya que de igual manera en el artículo 91 del CPP, la policía podrá requerir la identificación del imputado incluso sin presencia del defensor, en las declaraciones que efectúe ante la misma, o en el artículo 194 inciso 2º del mismo código, en donde la identificación del imputado ante el Fiscal del Ministerio Público. Es así, como encontramos la obligación de identificarse en los casos y ante la autoridad competente que señale la Ley, esto es, y para no perder el contexto de nuestra investigación, normas que se refieren expresamente a la identificación requerida en el contexto del interrogatorio policial o fiscal, del sujeto a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia (Imputado).

¹⁵¹ GARCÍA, Joaquín. El Derecho a la libertad personal. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 1995, p. 33.

En este punto, debemos entender que las declaraciones antes mencionadas (artículos 91 y 194 inc. 2° CPP), si cumplen con todos los requisitos legales, ya que el imputado no podrá negar la información de su identidad, pudiendo solo hacer valer su derecho a guardar silencio¹⁵². Así lo considera Víctor Fairén Guillén, al señalar que: “la resistencia a la identificación no puede admitirse como forma de autodefensa, pues constituiría un maniobra dilatoria y obstaculizadora de la marcha del procedimiento. La defensa del imputado debe realizarse utilizando los medios legales puestos a su disposición, como su propio interrogatorio, sus alegaciones, etc.”¹⁵³. En similar sentido a lo ya referido, podríamos complementar lo anterior con el artículo 194 inc. 2° CPP, el cual establece el deber del imputado de proporcionar su completa identidad, no pudiendo negarse a contestar las preguntas que formule el Ministerio Público respecto de su identificación¹⁵⁴. Sin embargo, de lo anterior es entendible que el requerido se niegue cuando el procedimiento sea contrario a Derecho, esto es, que el funcionario no se encuentre facultado por la Ley para requerir la identificación, constituyéndose en ese caso un procedimiento ilegal.

Volviendo a su regulación, cobra importancia que este deber se encuentre regulado en nuestro CPP, pues aludiría a la necesidad de tener un mecanismo que dé inicio a la persecución penal, y ¿cómo podemos saber a quién perseguir?, ciertamente averiguando quien es el “delincuente”, esto es, obteniendo la identificación del sujeto pasivo.

Ahora, cobra importancia la sanción que va envuelta a no querer identificarse, la que se puede encontrar en el artículo 496 N° 5 del CP, sanción que corresponde a una Multa de 4 UTM. Para algunos autores esta sanción es relevante, ya que explicando que al ser un mecanismo sancionado por la Ley, inhibiría la acción de querer cometer un delito por parte del sujeto, ya que produciría temor a la negativa de no otorgar la información requerida,

¹⁵² Artículo 93 CPP: Derechos y garantías del imputado. Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes. En especial, tendrá derecho a: (...) g) Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 91 y 102, al ser informado el imputado del derecho que le asiste conforme a esta letra, respecto de la primera declaración que preste ante el fiscal o la policía, según el caso, deberá señalársele lo siguiente: "Tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; sin embargo, si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra.

¹⁵³ FAIRÉN GUILLÉN (1992), citado por HOYOS SANCHO, La detención. p. 163 nota 70.

¹⁵⁴ Artículo 194 CPP: Declaración voluntaria del imputado. Inc.2 - En todo caso, el imputado no podrá negarse a proporcionar al ministerio público su completa identidad, debiendo responder las preguntas que se le dirigieren con respecto a su identificación.

ampliando en consecuencia, la posibilidad de ejercer las facultades necesarias en su contra para prevenir un hecho punible, ya que su función es ser la base de medidas más severas e idóneas para impedir la consumación o continuación del peligro, como por ejemplo, cuando un individuo mantiene una orden de detención pendiente.

De lo anterior, el artículo 496 n° 5 del Código Penal, establece lo siguiente:

Art. 496: "sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales (...) n°5- el que ocultare su verdadero nombre y apellido a la autoridad o a persona que tenga derecho para exigir que los manifieste, o se negare a manifestarlos o diere domicilio falso"

En resumen, para obligar a un individuo a identificarse se requiere un mandato legal específico, ya que no todo requerimiento de identificación es *per se* lícito, sino sólo aquel que es efectuado por quien tiene derecho por ley a exigir la identificación. Esta, se encuentra regulada en los artículos 85, 91 y 194 inc. 2° CPP. Su incumplimiento se sanciona, como lo dispone la remisión expresa del inc. 5° del art. 85 CPP, con la falta del Art. 496 n°5 CP, el cual faculta al funcionario policial para proceder a la detención del requerido cuando se negare acreditar su identidad, ocultare la verdadera o proporcione una falsa.

En consecuencia, podemos precisar que si el artículo 85 del CPP es quien regula la materia del control de identidad, sería apropiado analizar los presupuestos que se exigen. Como ya lo hemos mencionado, es la norma que establece los criterios objetivos exigidos por nuestra Constitución y el Derecho Internacional, que a nuestro parecer son inexistentes en el caso del control de identidad preventivo del artículo 12 de la ley N° 20.931. En efecto, sin tratar de desviar nuestro ámbito de investigación, sino más bien de enriquecerlo, es necesario esbozar los cambios experimentados en el artículo 85 del CPP, con el objeto de comprender concretamente las diferencias existentes entre ambos para con posterioridad, determinar si los argumentos que sustentaron el establecimiento del control de identidad preventivo, discutidos en la historia fidedigna de la Ley, tienen una base sólida de justificación y necesidad.

3. Modificaciones introducidas al control de identidad del artículo 85 CPP

Como lo hemos expuesto, el control de identidad ha sufrido variadas modificaciones a lo largo de la historia, siendo las más relevantes, las introducidas con la Reforma Procesal Penal. No obstante, y lo que diferencia finalmente esta medida con el nuevo control preventivo, son la inexistencia de criterios objetivos para su procedencia, como: la existencia de un indicio de que hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; o que se dispusiere a cometerlo. En segundo lugar, de que pudiese suministrar información útil para la indagación de un crimen, simple delito o falta; y tercero, en el caso de que la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad.

Para poder dar un orden sistemático, comenzaremos por analizar qué es un Control de Identidad, pudiéndose definir: “como un medio que la ley otorga, tanto a la Policía de Investigaciones de Chile como a Carabineros de Chile, para ejercer un examen sobre aquellos individuos que estimaren haber cometido un crimen, simple delito o una falta, o que hubiesen intentado cometerlo, o que se dispusieren a ello, y también sobre aquellos que pudieren tener información sobre su comisión, para que se identifiquen por medio de documentos expedidos por autoridad pública”¹⁵⁵.

Dicho de otra manera, el término “estimaren” se refiere a los supuestos que el artículo 85 del CPP impone para su aplicación, o sea, estar frente a “casos fundados” en los que hubiera “indicio”. Para aclarar este punto, se puede definir la expresión indicio como: “Circunstancia que, en conjunto con otras, permite deducir razonadamente que se ha producido un determinado hecho e incluso tenerlo por probado”¹⁵⁶. Por lo tanto, se excluye la posibilidad de realizar un control de identidad basándose en la apariencia física de un sujeto o simples sospechas.

Pero antes de referirnos específicamente al tema, veremos brevemente las otras modificaciones introducidas al mismo artículo:

1- Se elimina la frase “disimular su identidad”. Esta eliminación es más que nada por la agregación de la misma frase, pero en un nuevo inciso.

¹⁵⁵ BEYER MOLINA, Paula. El control de identidad y las garantías de los ciudadanos. Memoria para la obtención del grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Valdivia, Universidad Austral de Chile, 2004, p 2.

¹⁵⁶ Definición de la RAE. [Fecha de consulta: 2 Marzo 2017]. Disponible en: <http://dej.rae.es/#/entry-id/E139020>.

2- Creación de los nuevos incisos, segundo y tercero, intercalando a los antiguos como cuarto, quinto y sucesivamente. “Procederá también tal solicitud cuando los funcionarios policiales tengan algún antecedente que les permita inferir que una determinada persona tiene alguna orden de detención pendiente. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.”

3- Se reemplaza la frase del antiguo inciso segundo (ahora inciso cuarto) “sin necesidad de nuevos indicios” por “sin necesidad de nuevo indicio”. Esto tiene relación con que el policía deberá contar con algún elemento que permita estimar la habilitación de poder realizar el control de identidad. Elemento que no debe ser discrecional por parte del funcionario, excluyéndose la deducción, sospecha o indicio. Respecto al cambio de plural a singular de la palabra indicio, nos referiremos más adelante con mayor determinación.

4- Por último, se agrega un inciso final: “Si no pudiere lograrse la identificación por los documentos expedidos por la autoridad pública, las policías podrán utilizar medios tecnológicos de identificación para concluir con el procedimiento de identificación de que se trata”.

3.1. Indicios

En cuanto al término “indicio”, ha tenido con mayor tratamiento por parte de la doctrina chilena en el ámbito de la teoría de la prueba, en específico al referirse a la prueba indiciaria. En la cual, se suele concebir al indicio como un elemento propio de la estructura lógica de una presunción, en otras palabras, el indicio vendría a ser un “hecho conocido”, del cual, mediante el empleo de la lógica y la deducción, se colige o deduce un hecho desconocido. Así, la Real Academia Española define indicio como: “Fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido”¹⁵⁷. Se trata, por tanto, de “ciertos antecedentes o de hechos conocidos que nos permiten establecer un

¹⁵⁷ Definición de la RAE. [Fecha de consulta: 16 marzo 2017]. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=LOBECME>

hecho desconocido”¹⁵⁸. Tales concepciones nos parecen plenamente aplicables en el análisis que realizamos dentro del marco del Derecho Procesal Penal en torno al rol que corresponde darle en el desarrollo de un control de identidad del artículo 85 CPP.

Por lo antes expuesto, entenderemos por “indicio” “aquel hecho que nos permite conocer o deducir otro que se desconoce”.

En el mismo orden de ideas, entendiendo que el indicio (actual redacción del art. 85 CPP con la entrada en vigencia de la ley N° 20.931) es un hecho sujeto a valoración, concordamos que la apreciación generada en el momento que los funcionarios policiales toman contacto con el indicio es de suma trascendencia, no obstante no es la única apreciación de relevancia jurídica, sino que la apreciación e interpretación efectuada por el tribunal de garantía es determinante su validez más no para su proceder.

Por tanto, la valoración para su procedencia, en cuanto a la relevancia del contexto o circunstancia en que se produce la apreciación original, posee ventajas propias de la proximidad entre los funcionarios policiales y el sujeto controlado. Por lo que, en tal sentido, una revisión posterior debe no tan solo centrarse en determinar si los hechos tenían carácter de indicio en los términos descritos y requeridos por el artículo 85 CPP, sino que también si era razonable y legítimo que los funcionarios policiales así lo apreciaran.

Por consecuencia, el examen en sede jurisdiccional de las circunstancias que causaron el control de identidad no es irrelevante. Por lo cual, sin lugar a dudas, la facultad que la ley otorga al funcionario policial que le permite estimar por sí mismo la existencia de un indicio, requiere de una intervención del tribunal de garantía enfocado en determinar la validez del “indicio”, como también la existencia de arbitrariedades que se podrían haber cometido por dicho funcionario.

Por tanto, las policías solo estarían facultadas al ejercicio de un control de identidad, cuando observasen un indicio que les permitiese determinar que una persona pudiese tener información útil para la indagación de un crimen, simple delito o falta, o cuando de este

¹⁵⁸ CORREA SELAME, Jorge. Curso de Derecho Procesal. Tomo III, Santiago. Ediciones jurídicas Santiago, 2006, p. 145.

indicio se pudiese deducir que una persona ha participado o se dispone a cometer ciertos hechos constitutivos de algún ilícito penal.

Así, se puede desprender de la jurisprudencia de la Corte Suprema, al señalar que la justificación del control de identidad radica en: “lograr o establecer con certeza la individualización de un sujeto determinado, a fin de obtener posteriormente y con arreglo a derecho y por lo que éste pudiese proporcionar, antecedentes o medios probatorios ya para la indagación de presuntos, pero específicos hechos punibles (...)”. Tal razonamiento, permite concluir que lo primordial es la exposición clara de cómo los hechos en cuestión pueden ser constitutivos de delitos, sin exigir la asociación a un tipo penal específico.

En resumen, lo primordial es que los funcionarios policiales, tengan un cabal conocimiento de cuál es la utilidad y las limitaciones que posee tal institución como herramienta de prevención e investigación delictual, con el objetivo de que ejerzan sus atribuciones con pleno conocimiento de su naturaleza y procedencia, velando por las garantías envueltas y no siendo empleadas como una figura tendiente a justificar procedimientos policiales basados en meras suposiciones o prejuicios infundados.

3.2. Casos fundados

Al respecto, el ex Fiscal Nacional Sabas Chahuán, señala que estamos en presencia de un caso fundado cuando existe: “mérito suficiente para controlar la identidad de una persona”¹⁵⁹. Sosteniendo que el artículo 85 CPP identifica ciertos casos fundados, pero sin embargo: “de la sola lectura del texto se desprende que los casos fundados antes citados no están establecidos en forma taxativa, por lo que podría extenderse esta figura a otras circunstancias, siempre que estén fundadas”¹⁶⁰.

Lo expuesto concuerda con el desarrollo jurisprudencial, así, el tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso ha resuelto que: “el primer eslabón que debe salvar un control de identidad, para entenderlo ajustado a derecho, es estar en presencia de un caso fundado que

¹⁵⁹ CHAHUÁN, Sabas. Manual del Nuevo Procedimiento Penal, Lexis Nexis, Santiago, Segunda Edición, 2002. p. 106.

¹⁶⁰ CHAHUÁN, Sabas. *Ibíd.*, p. 106

lo permita, sin embargo, la ley no define cuales son estos, limitándose solo a exponer situaciones explicativas al señalar “tales como” (...)”¹⁶¹.

En coherencia con lo antes expuesto, en el Oficio del Ministerio Público N° 544 de 2 de diciembre de 2004 se busca precisar la noción de “casos fundados”, señalando que: “es el constitutivo de un acontecimiento o suceso, que, en virtud a un motivo, razonamiento eficaz o justificado, permite deducir que debe efectuarse un control de identidad, pudiendo ser una de esas razones el indicio ya analizado, y exigido en el inciso 1° del artículo 85 del CPP, descritos como: “tales como” u “otro semejante”.

Así, un primer planteamiento sería que la procedencia de un control de identidad se vea justificado en la medida que preste utilidad en la prevención e investigación de un delito. Cabe resaltar que no es imperativo que se haya producido un delito para que tenga lugar un control de identidad del artículo 85 CPP, puesto que este plantea varias hipótesis de carácter preventivo que en el desarrollo de este capítulo se trataran. Por lo anterior es que: “en el fondo se trata de actividades de control preventivo (...) para evitar la eventual comisión de hechos delictivos. Siendo facultades de orden policial, que en su desarrollo no se podrían encontrar supeditadas a las ordenes directivas de los fiscales del Ministerio Público”¹⁶².

Por lo anterior, es que los funcionarios facultados a efectuar controles de identidad, pertenecen a lo que la Constitución genéricamente denomina Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, dependientes del Ministerio del Interior y Seguridad pública¹⁶³, responsables fundamentalmente de mantener el orden y seguridad (fin preventivo) y de investigar delitos (fin investigativo), que son justamente los objetivos fundamentales de toda su actividad.¹⁶⁴ Y es respecto a este punto que existen posturas opuestas. Así, por una parte, están quienes plantean que en el ejercicio de su actividad se requiere de la existencia de cierta “discrecionalidad” por parte de los funcionarios policías en cuanto a su actuar en particular respecto de su fin preventivo. Fundamenta esta premisa, Raúl Tavolari, planteando la

¹⁶¹ Resolución causa RIT: 25- 2006, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, 2006.

¹⁶² CAROCCA, Alex. Nuevo Sistema Procesal Penal, 3ª ed. Santiago. Editorial Lexis Nexis, 2005, p. 108.

¹⁶³ Cfr. Ley 20.502 “Crea el ministerio del interior y seguridad pública y el servicio nacional para la prevención y rehabilitación del consumo de drogas y alcohol, y modifica diversos cuerpos legales”. Publicada con fecha 21 de febrero del 2011.

¹⁶⁴ Artículo 101 inciso 2° de la Constitución Política de la República de Chile en concordancia con el artículo 79 inciso 2° del Código Procesal Penal.

necesidad imperativa de “reconocer en forma expresa la necesidad y utilidad de la discrecionalidad policial, no sólo por motivos de carácter fáctico, sino también por el hecho de que solo a partir de tal reconocimiento se pueden hacer efectivos los mecanismos de responsabilidad”¹⁶⁵.

Tal pensamiento es contrapuesto por doña María Inés Horvitz, quien asevera: “el procedimiento penal sólo puede estar encaminado a la persecución penal de hechos cometidos en el pasado, correspondiendo a la policía preventiva la tarea de evitar que se cometan en el futuro nuevos delitos. De allí (que) no se pueda utilizar legítimamente el proceso penal para fines de prevención general, como a nuestro juicio ocurre con la institución del control de identidad (...), por tratarse de un caso prototípico en que se manifiestan las distorsiones de confundir las funciones preventivas y represivas de la policía”¹⁶⁶, deduciéndose una interpretación y aplicación restrictiva de la norma.

En resumen, y bajo nuestra perspectiva, el “caso fundado” supondría, en primer lugar, la concurrencia de un hecho particular, esto es, un antecedente que nos permita iniciar el análisis basado en la existencia de un indicio, apoyado por las circunstancias particulares del contexto. Suponemos una persona en una situación fáctica particular, rodeada de circunstancias específicas de mayor o menor relevancia, la cual estará dada por el contexto en que se desarrolle.

En segundo lugar, esta situación de hecho debe permitir la justificación del procedimiento respondiendo a las necesidades de prevención o persecución penal. Por tanto, la identificación de la persona es un fin objetivo inmediato, pero a la vez un mecanismo necesario para satisfacer los fines conexos, buscando conectar de manera lógica y jurídicamente adecuada, el procedimiento de control de identidad, como por ejemplo, con medidas que afecten con mayor intensidad garantías constitucionales como lo es la detención, sin que ello implique desconocer los derechos fundamentales del sujeto sometido al control, ya sea de manera arbitraria o antijurídica, en términos que el procedimiento exceda los

¹⁶⁵ TAVOLARI, Raúl. Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 32.

¹⁶⁶ HORVITZ, María Inés. Estado de Derecho y Reformas a la Justicia. Santiago. Universidad de Chile, Santiago, 2004. p. 72.

estándares exigidos por los tribunales nacionales como así también por los tratados internacionales ratificados por Chile, ya analizados en el capítulo II de esta memoria.

En tercer y último lugar, la justificación anteriormente enunciada, debe encontrar una respuesta a las necesidades de prevención y persecución del caso concreto, en términos que el ejercicio de esta facultad sea justificada y satisfecha por la adecuada intensidad de la misma. Donde los funcionarios policiales fundamenten de forma clara y razonada los motivos por los cuales se procedió a controlar la identidad de una persona, y donde la referencia a la experiencia no pueda transformarse en una excusa para justificar un mal trabajo policial.

Finalmente en cuanto a las delimitaciones de estos casos concretos que responderían a la necesidad del actuar policial, han sido determinadas en varias resoluciones por los tribunales superiores de justicia¹⁶⁷, esencialmente al momento de ponderar las garantías fundamentales afectadas y la intensidad de la afectación, versus, la necesidad o utilidad del procedimiento al servicio de los fines expuestos, y, la mayor o menor relevancia de las circunstancias de hecho, constitutivas de la “justificación” que se fundamente para el caso puntual.

¹⁶⁷ La mera información que otro funcionario policial le entrega al que realiza el control de identidad sobre la recepción de una denuncia anónima, pero sin elemento alguno que respalde objetivamente tal circunstancia, no puede constituir un indicio objetivo verificable por el órgano judicial en un examen ex-post, de aquellos que consagra el artículo 85 del Código Procesal Penal que habilita para el control de identidad (Corte Suprema, Segunda Sala, 31 de marzo de 2016, [Rol 14275-2016](#) y 26 de abril de 2016, [Rol 17554-2016](#)). La denuncia efectuada por civiles que un sujeto de 17 años estaba merodeando el sector donde habían vehículos estacionados, por consiguiente, no resulta aceptable restar toda validez a dicha denuncia a pretexto que los denunciantes no fueron individualizados, por tratarse de una noticia de un delito que, no obstante la circunstancia señalada, estaba revestida de suficiente seriedad y verosimilitud para habilitar la realización de las primeras pesquisas de investigación por los funcionarios policiales (Corte Suprema, Segunda Sala, 3 de octubre de 2016, [Rol 53009-2016](#)). No es posible considerar que en este caso se haya estado ante una situación de flagrancia, porque no se estaba visiblemente cometiendo el delito en ese momento; no se acababa de cometerlo; no es posible concluir que el imputado intentó huir del lugar; ni fue encontrado en un tiempo inmediato a la comisión del delito con señales visibles del injusto, sino que, por la sola circunstancia de alejarse de un vehículo policial en movimiento se supuso que podría estar cometiéndolo; no había víctimas reclamando auxilio, ni testigos presenciales que lo señalaran como autor o partícipe de un delito determinado (Corte Suprema, Segunda Sala, 26 de julio de 2016, [Rol 34826-2016](#)).

4. Artículo 12 de la Ley N° 20.931

Antes de nada, el siguiente estudio que hemos realizado, tiene como objeto analizar el fundamento y contexto del artículo 12 autónomo, dejando de lado su historia, que ya la hemos analizado anteriormente. Por lo tanto abarcaremos la esfera de su aplicación y más detalladamente sobre su justificación, fundamento, constitucionalidad, responsabilidad, entre otros.

En este contexto, creemos que estamos frente a una facultad inédita en el ámbito comparado y riesgoso para los derechos individuales. Opinión que no es compartida por aquellos que sostienen que es indispensable para resguardar el orden y seguridad pública asignada a funcionarios policiales. Se han sobresaltado diversas cualidades, afirmando que disminuiría sustancialmente los índices de criminalidad y aumentaría la prevención de los mismos.

Lo anterior, tiene mayor claridad cuando se afirma que este procedimiento se encuentra regulado en legislaciones comparadas como apoyo a la medida¹⁶⁸, entendiendo que, si es aplicable fuera de nuestro ordenamiento jurídico, no habría vulneración a las Garantías de los ciudadanos, porque ya se aplica y existe en el derecho comparado, además de ser herramienta significativa para la prevención de los delitos. Sin embargo, y analizando lo que hemos expuesto en el capítulo II de esta Memoria, dichas afirmaciones serían erróneas, ya que a la regulaciones (Alemania, estados Unidos y Francia) a que hacen referencia los que apoyan esta facultad, tienen relación con el Control de Identidad que establece el artículo 85 del CPP y no el control de identidad preventivo del artículo 12 Ley N° 20.931, pues ninguna de esas legislaciones permite controlar la identidad de una persona sin causa justificada¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Historia de la ley N° 20.931. Diputada Andrea Molina.. DISCUSIÓN en Sala 19 de abril 2016, Sesión 14, legislatura 364. p. 879. En igual sentido el Diputado Fuenzalida argumenta invocando ejemplos como el de Alemania, Estados Unidos o Italia. “Según estudios varios países de la OCDE aprueban leyes sobre control de identidad”. La Segunda (24 junio 2014).

¹⁶⁹ Cfr. Capítulo II. Derecho Comparado.

Por Ejemplo, en Alemania para que se practiquen controles de identidad deben cumplirse con hipótesis que requieren de elementos de sospecha relevantes para que se pueda realizar; la primera, exige que la persona sea sospechosa de un hecho punible, por lo tanto, se requiere de hechos concretos que fundamenten que el requerido ha cometido un delito. Y como segunda exigencia, es que si el requerido no ha cometido un delito, su identificación sirva necesariamente para esclarecerlo¹⁷⁰.

Lo mismo ocurre en Italia y Estados Unidos. El primero, en su artículo 651 del Código Penal Italiano, que regula la sanción al deber de identificarse, lo que podemos asimilar al artículo 496 N° 5 de nuestro Código Penal Chileno. Sin embargo, la interpretación errónea que le han dado excede de cualquier argumento, haciendo equivalente la norma italiana con el artículo 12 en comento, que ni si quiera establece cuales serían facultades policiales para que este pueda actuar. Se debe entender que existe una diferencia notable entre los deberes de identificación y los casos en que la policía está facultada para requerir la identidad de un sujeto. Ahora, en Estados Unidos, un supuesto básico que faculta a los funcionarios policiales para detener e identificar (“*Stop and Identify*”), es la sospecha basada en los hechos del caso, o sea, lo que en Chile conocemos como los hechos que consten en la carpeta investigativa. Esto, es totalmente distinto a lo esbozado del artículo 12, pues admitiría la aplicación del control preventivo sin sospecha alguna ni restricciones de cualquier tipo.

Entendemos que, aun cuando el fin perseguido de la norma sea laudable, no es suficiente justificación para emplear este tipo de intervenciones toda vez que, su práctica impediría un control de legalidad en su procedencia.

Finalizando este punto, el derecho comparado no es la forma de querer hacer asertiva su aplicación, ya que ha quedado de manifiesto que es contraria al artículo 12, pero no así del artículo 85 del CPP, en el que existe mayor coherencia, pues regula las herramientas preventivas, concediendo a las Policías el cumplimiento de funciones identificadoras.

¹⁷⁰ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires. Editorial del Puerto, 2003, p. 284.

4.1. ¿Se justifica la necesidad de un Control de identidad preventivo?

De lo expuesto anteriormente, la justificación del Derecho comparado no es la única. Existen varios argumentos de los cuales algunas se pudieron percibir en nuestro Capítulo I en razón de las opiniones a favor de éste mecanismo.

Las principales justificaciones que se esgrimieron son por ejemplo, que el modificado artículo 85 del CPP contenía hipótesis restrictivas para el trabajo de las policías precisando que el control de entonces, no les permitía realizar funciones preventivas¹⁷¹. Era tal, que según los justificadores, la redacción de dicho artículo produciría situaciones de indeterminación que han generado problemas de interpretación en sede judicial, esto es, que según los parlamentarios, estimaban que los Tribunales de garantía generaban una alta tasa de declaraciones de ilegalidad de los procedimientos generados por el artículo 85 CPP, convirtiéndola en una herramienta ineficiente.

Siguiendo la misma línea, se afirmó que ésta medida sería necesaria para la existencia de más de 66 mil órdenes de detención pendientes, como lo manifestaron los Diputados Nogueira y Melero, quienes fueron muy activos en defender la idea de legislar al respecto basados en que estas órdenes de detención requerían de una facultad específica para ser cumplidas¹⁷². Además según el Senador Francisco Chahúan: “esta herramienta es esencial y urgente...y que en definitiva no existe instrumento alguno”¹⁷³. Complementando lo expuesto, se fundamentó que esta herramienta supondría una carga ciudadana menor, ya que “quien nada hace, nada teme”.

En suma, los propulsores de esta iniciativa lograron en su momento instalar la noción que se trataba de una reforma indispensable para la seguridad ciudadana, inocua desde el punto de vista de los derechos ciudadanos. Tales argumentos se basaron por quienes propusieron esta idea de legislar, en que antes de la promulgación de la Ley N° 20.931, las policías no disponían de facultades legales preventivas o que estas eran

¹⁷¹ En este sentido se pronunció el asesor jurídico de Carabineros, Coronel Jaime Elgueta. Véase Historia de la ley N° 20.931. “Que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos”. Santiago, Chile, julio de 2016. p. 111.

¹⁷² Véase Capítulo I. Discusión en Sala. Fecha 19 de abril, 2016. Diario de Sesión en Sesión 14. Legislatura 364. Discusión única, p. 21.

¹⁷³ Véase Historia de la ley N° 20.931. Discusión en Sala, fecha 5 de abril, 2016. Sesión 7. Legislatura 364, Senador Chahúan, p. 803.

mínimas¹⁷⁴. De esta manera se hacía fundamental regular y entregar medidas concretas a las Policías para mejorar su facultad de prevención contra el delito y sancionar a aquellos que no la cumplieran en rigor, por ser considerado como grave para la seguridad pública. Sin embargo, no se vislumbraba que en Chile ya existía el Control de Identidad en el artículo 85 del CPP, totalmente aplicable en casos preventivos pues sus facultades son incluso más amplias que las del artículo 12 de la Ley N° 20.931, que por lo demás ya se encontraban previstas en nuestra legislación¹⁷⁵.

Cumpliendo con detallar el punto anterior, analizaremos las diferencias entre el artículo 85 del CPP y el artículo 12 de la Ley N° 20.931.

4.2. Diferencias entre ambos controles

1- El procedimiento del Control de Identidad Preventivo puede durar máximo una hora (Art. 12 inc.2). Superado ese plazo sin poder acreditarse la identidad, se debe poner término inmediato al procedimiento. En cambio, el Control de Identidad del artículo 85 del CPP tiene una duración máxima de 8 horas.

2- El Artículo 12 no faculta al funcionario policial a conducir al controlado a una unidad policial. Tampoco lo faculta a efectuar registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla. Sin embargo, el control del artículo 85 del CPP permite ambos supuestos.

3- Como ya lo hemos mencionado, el Control de Identidad requiere de un indicio, y el Control de identidad preventivo no lo exige como presupuesto, permitiendo controlar a “cualquier persona”.

¹⁷⁴ Opinión vertida por el General Directo de Carabineros (S), don Carlos Carrasco en el informe de comisión de constitución de la Ley N° 20.931: “respecto al control de identidad, para Carabineros es una herramienta preventiva tremendamente útil, y que no se trata de la antigua detención por sospecha, sino que les permite desarrollar de mejor manera la función de su institución, y que en ese mismo sentido se estableció en la legislación de eventos masivos, sin haberse registrado excesos...”. 3 de Septiembre 2015. Sesión 66. Legislatura 363, p.110.

¹⁷⁵ Véase Capítulo I. Discusión en Sala. Fecha 19 de abril, 2016. Sesión 14. Legislatura 364. p. 24. En este sentido, argumentaron los Diputados señor Guillermo Ceroni, señor René Saffirio y señor Ricardo Rincón, atribuyendo a que en Chile esta disposición ya existe, toda vez que se encuentra regulada en el artículo 85 del CPP, que cumple eficazmente con la persecución criminal.

Toma relevancia la carencia de facultades que el artículo 12 no contiene, pero que las otorga el artículo 85 del CPP, pretendiendo diferenciarlo con la intención de dar a entender que la afectación a las garantías constitucionales, en particular a la libertad ambulatoria, resultaría menor. Sin embargo, es una clara falta al artículo 496 N° 5 del Código Penal, toda vez que el inciso 4 del artículo 12 disminuye esta posibilidad, pudiendo ser detenido el controlado si se negare a entregar su identidad, ocultarla o entregar una falsa. Falta que además autoriza la detención en caso de flagrancia, según el artículo 134 inciso 4° del Código Procesal Penal.

Se introduce, además:

- a) Que el tiempo que dure el procedimiento debe ser el estrictamente necesario para acreditar la identidad (inc.2);
- b) Los funcionarios policiales deberán exhibir su placa y señalar su nombre, grado y dotación, respetando siempre la igualdad de trato y la no discriminación arbitraria (inc.6);
- c) Constituirá una falta administrativa ejercer las atribuciones señaladas en este artículo de manera abusiva o aplicando un trato denigrante a la persona a quien se verifica la identidad (inc. 7);
- d) Las policías deberán elaborar un procedimiento estandarizado de reclamo destinado a aquellas personas que estimen haber sido objeto de un ejercicio abusivo o denigratorio de la facultad (inc. 8);
- e) Las policías informarán trimestralmente al Ministerio del Interior y Seguridad Pública sobre los antecedentes que les sean requeridos por este último, para conocer la aplicación práctica que ha tenido esta facultad y el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a su vez, publicará en su página Web la estadística trimestral de la aplicación de la misma (inc.9).

En resumen, la Ley no establecería estándar alguno para limitar la facultad de exigir identificación en el control preventivo de identidad. Por ello, correspondería a una flexibilización total del actual artículo 85 del CPP el cual concede esta facultad, pero sólo bajo ciertas hipótesis determinadas las que posteriormente detallaremos.

Es así que el control de identidad del artículo 85 del CPP, permite a las policías solicitar identificación no solo en hipótesis donde exista algún “indicio” (como lo mencionamos anteriormente, la norma actualizada modifica la expresión indicio de plural a singular) de que una persona ha cometido, intenta o se dispone a cometer delito, sino que además abre el espectro de casos, haciéndolo procedente asimismo cuando:

- 1- Se estime que ellas puedan tener información útil para la indagación de un delito, lo que amplía el ámbito de procedencia para efectuar el control;
- 2- Conjuntamente, la posibilidad de ejercer este control respecto de toda persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad;
- 3- Se incorpora un nuevo caso de control de identidad, que se fundamenta en la existencia de algún antecedente que permita inferir que una persona determinada tiene una orden de detención pendiente (nuevo inciso 2°).

Su tenor literal es tan amplio, que permitiría controlar a aquellas personas que no han cometido un hecho punible, o incluso que no existiese imputación en su contra, como por ejemplo, cuando se tiene información útil. Producto de esto, podríamos deducir que el Control de Identidad del artículo 85 del CPP cubre variadas hipótesis de carácter preventivo. Un caso evidente de lo anterior, se da en la facultad que permite controlar a quienes se dispongan a cometer un delito, es decir, como forma clara para prevenir su ocurrencia. En esta dirección, la hipótesis más paradigmática es la regla que permite el control de identidad respecto de quien está encapuchado o embozado.

Siguiendo la línea, en su forma preventiva no supondría ninguna comisión actual de delito, pero al presumir por parte del legislador que el encapuchado muestra cierto riesgo (en cualquier evento), facultaría a las Policías ejercer la aplicación de este mecanismo, pudiendo retener a una persona hasta por 8 horas.

Como se puede apreciar, se trata de una norma con importantes espacios para desarrollar el ámbito preventivo policial. Es más, las modificaciones introducidas a esta

institución, analizadas en la historia fidedigna de la Ley, tuvieron por objeto otorgar mayores facultades preventivas de intervención¹⁷⁶.

Esto vislumbra serias dudas sobre el fundamento entregado por quienes aseguraban que el artículo 85 CPP era ineficaz en cuanto a la labor preventiva, como en la disminución de órdenes de detención pendiente.

En la práctica, quedaría en evidencia que con el Control del artículo 85 del CPP, permitía incluso organizar operaciones de carácter preventivo bastante amplias. Así, lo demostró Carabinero de Chile en la cuenta pública realizada por el general de Carabineros Gonzalo Blu, respecto a las metas anti delincuencia establecidas por el director general de la institución en julio de 2015, donde declara haber organizado durante los dos meses siguientes a la fecha, siete operativos de control preventivo de orden y seguridad, que permitieron detener a 1714 personas por delitos flagrantes¹⁷⁷. Es decir, Carabineros con las normas de aquel entonces, podía perfectamente realizar ejercicios preventivos de control con alto impacto en la prevención de delitos y respecto de las órdenes de detención que estaban y están pendientes.

4.3. Ineficacia del artículo 85 del CPP, como argumento a favor del Control Preventivo del artículo 12.

Como lo hemos enunciado, la alegada ineficacia del entonces artículo 85 CPP se produciría como consecuencia de un conjunto de problemas interpretativos que generaría esta facultad en sede judicial. Así, el artículo 85 del CPP fue catalogado como norma para controlar la identidad de una persona, pero además sus exigencias lo volvían ineficaz e incluso abusiva¹⁷⁸, justificando de esta manera la creación y posterior existencia del Control de Identidad Preventivo, como mecanismo salvador de los problemas interpretativos expuestos.

Es producto de lo anterior, que la mayor problemática se producía en las declaraciones de ilegalidad que decretaban los Jueces de Garantía, originadas de los

¹⁷⁶ Historia de la ley N° 20.931. Ex Ministra Javiera Blanco. Discusión en Sala, fecha 9 de septiembre, 2015. Sesión 67. Legislatura 363, p. 227.

¹⁷⁷ Revista Economía y negocios, publicada con fecha 12 octubre 2015. [Fecha de consulta: 20 marzo 2017]. Disponible en: www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=191454.

¹⁷⁸ Véase Capítulo I. Historia de la ley N° 20.931. Diputado Osvaldo Urrutia. p. 884.

controles de identidad que Carabineros o la PDI efectuaban. Así, surgió el reclamo efectivo (en especial de Carabineros) al señalar que las Policías en la práctica, tendrían sus “manos atadas” al no poder ejercer esta facultad sin que las declararan ilegales¹⁷⁹.

A lo anterior, surge la necesidad de salvaguardar, con el control de identidad preventivo, la problemática ya expuesta que corresponde a un problema de diseño normativo el cual impone una serie de restricciones y limitaciones, transformando el Control de Identidad del artículo 85 del CPP en una facultad de corto alcance policial¹⁸⁰, pero además, según el Diputado Fuenzalida, en una norma que en su totalidad no sirve.

Lo anterior surge de hechos poco concretos que no han sido demostrables y son meras percepciones propias de quienes las emitieron, sin un sustento empírico en las cuales pudieren fundarse. Por lo tanto, encontramos necesario analizar la información pública emitida por Carabineros de Chile, con el objeto de determinar si tales opiniones tienen algún sustento verídico:

Controles de Identidad, efectuados durante los años 2012 al 2017 por Carabineros de Chile¹⁸¹:

N° DE CONTROLES DE IDENTIDAD POR EL ART. 85	
AÑO	CPP
2012	2.781.492
2013	1.732.928

¹⁷⁹ Véase Capítulo I. Historia de la Ley N° 20.931. Senador Hernán Larraín. p. 13.

¹⁸⁰ Desde ya es necesario recordar que en nuestra actual legislación procesal penal los efectos que tiene una declaración de ilegalidad de una detención son enormemente limitados luego de la reforma introducida al CPP por la Ley N° 20.253, de 14 de marzo de 2008. En efecto, ésta no impide la formalización de la investigación en contra del imputado, la solicitud y concesión de medidas cautelares como la prisión preventiva y no produce cosa juzgada en materia de exclusión probatoria por infracción de garantías. Por lo mismo, aun en un escenario en que se decretaran muchas ilegalidades sería dudoso sostener que ellas imponen restricciones fuertes al trabajo policial.

¹⁸¹ Información proporcionada en la página web de Carabineros de Chile. Informes Estadísticos [Fecha de la consulta: 18 Julio de 2018]. Disponible en: http://www.carabineros.cl/paginas/cifras/cifras2012/pdf/carabineros_en_cifras_2012.pdf
http://www.carabineros.cl/paginas/cifras/cifras2013/pdf/carabineros_en_cifras_2013.pdf
http://www.carabineros.cl/paginas/cifras/cifras2014/pdf/carabineros_en_cifras_2014.pdf
http://www.carabineros.cl/paginas/cifras/cifras2015/pdf/carabineros_en_cifras_2015.pdf
http://www.carabineros.cl/paginas/cifras/cifras2016/pdf/carabineros_en_cifras_2016.pdf
http://www.carabineros.cl/paginas/cifras/cifras2017/pdf/carabineros_en_cifras_2017.pdf

2014	1.853.244
2015	1.871.611
2016	1.991.083
2017	3.191.428
PROMEDIO	13.421.786

Cabe hacer presente que, las cifras entregadas no hacen una distinción del tipo de control aplicado entre los años 2016 y 2017, por lo que, a falta de información detallada no podemos determinar qué tipo de control fue el aplicado, esto es, si el control de identidad del artículo 85 del CPP o el control preventivo de identidad del artículo 12 de la Ley 20.931, recordando que éste último entró en vigencia el año 2016.

Volviendo al tema, es claro que, según las cifras antes indicadas, el control de identidad no sería una medida con resultados a corto alcance, toda vez que el promedio de su uso en los últimos seis años supera los trece millones de controles.

Por lo anterior, nos surge la duda si ¿El control de identidad del art. 85 del CPP es una norma restrictiva? ¿Tenían realmente “atadas las manos” nuestras policías? Al parecer, como lo confirman las estadísticas, la respuesta sería totalmente opuesta a lo afirmado por la postura a favor del control preventivo de identidad, ya que no es menor la cantidad de controles efectuados afirmando con creces que su aplicación era totalmente viable. Es relevante, por tanto, estudiar qué sucede con los controles judiciales de estas detenciones.

Como se ha considerado e interpretado esta facultad en la práctica por nuestros tribunales, podríamos sostener que, independiente de las cifras, los argumentos entregados en la discusión de la Ley, pareciera desprenderse que por parte de los Tribunales de Garantía, se generaría la sensación de que este tipo de medidas debiera utilizarse de manera restrictiva.

Respecto de esta premisa, lo primero que debemos recordar es que, la redacción actual del artículo 85 del CPP, es fruto de variadas modificaciones efectuadas por el legislador con el objeto de aclarar el alcance y sentido de esta norma, limitando las facultades interpretativas de los Tribunales de Justicia. Por tanto, a más de 8 años de su última modificación, los posibles inconvenientes de su interpretación han sido resueltos por

la abundante jurisprudencia que nos han otorgado las Ilustrísimas Corte de Apelaciones como la Corte Suprema. Por consiguiente, es posible determinar una interpretación flexible de los requisitos de procedencia del artículo 85 del CPP, toda vez que otorga amplios espacios de discrecionalidad a las Policías¹⁸².

Así lo deja ver nuestra jurisprudencia, el cual respecto a éste punto, ha bajado el estándar para calificar un indicio, toda vez que, por ejemplo, si una persona muestra una actitud nerviosa ante el personal policial; o si se encontrare en lugar y hora inapropiada, entre otras, habilitaría a Carabineros y la Policía de Investigaciones a realizar controles de “rutina” (controles de identidad) en la práctica.¹⁸³ Por lo mismo, si se consideran estas señales tampoco parecería haber mucho sustento para el argumento que se ha dado.

Respecto a lo anterior, queremos recalcar que nuestra investigación no solo se quedará en ese sustento ya que, nos parece relevante analizar el resultado de las detenciones originadas por el Control de Identidad y el “supuesto” alto índice de declaración de ilegalidad en sede judicial, puesto que, uno de los argumentos que se esbozó para justificar la creación del artículo 12 de la Ley N° 20.931 fue el escrutinio muy estricto al trabajo policial por parte de los Tribunales de Garantía.

Por tanto, desde un punto de vista cuantitativo, analizaremos el número de detenciones declaradas ilegales que han sido abordadas negativamente bajo el argumento que, en sede judicial, se aplicaría un examen estricto al trabajo que realizan las Policías, y que, según la crítica negativa a la medida, se declararían ilegales la mayoría de los Controles de Identidad efectuados por el artículo 85 del CPP, lo que constataremos a través de los datos proporcionados por la Defensoría Penal Pública, el cual nos permiten concluir lo contrario.

Las cifras de la Defensoría Penal Pública dan cuenta de lo siguiente:

- Entre el periodo Enero - Diciembre de 2015 ingresaron 354.141 causas (causas - imputados terminadas) del cual 237.129 ingresaron por controles

¹⁸² ORMEÑO DURAN Y OTROS CON JUZGADO DE GARANTÍA DE ARAUCO. Corte de Apelaciones de Concepción (2011). Causa Rol N°226-2011; ROJAS CON MINISTERIO PÚBLICO. Corte Suprema (2010). Causa Rol N° 4600-2010.

¹⁸³ IRARRÁZAVAI, Paz. Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad. Política Criminal, 10 (19): 245-246. Junio 2015.

de detención. Esto representa a un 67% del total de ingresos, dentro de las cuales se solicitó la declaración de la ilegalidad de un 8,7% equivalente a 20.628 causas. De éste número, solo el 15,7% se acogió la solicitud de ilegalidad, representando la cantidad de 3.239, esto es, 0,73% del total que ingresaron durante el periodo Enero - Diciembre de 2015 por controles de detención, que en definitiva fueron declaradas ilegales.

Con el objeto de complementar lo antepuesto, durante el año 2016 (en igual cantidad de meses), ingresaron 338.328 causas de las cuales 225.733 ingresaron por vía de control de detención, lo que equivale a un 66,7%. De ese porcentaje solo el 9,1% fue solicitado ilegal, lo que representaría a 20.542 causas. Sin embargo solo el 17,4% fue acogida la solicitud de ilegalidad, esto es la cantidad de 3.574 causas, cifra que equivale al 0,94% del total de causas, y, que en definitiva fueron declaradas ilegales¹⁸⁴.

Si bien la información no se encuentra detallada en cuanto a si las declaraciones de ilegalidad se originaron por los controles de identidad, por delitos flagrantes u otros motivos que no se establecen, ya que la Defensoría Penal Pública solo entrega los datos finales de las declaraciones de ilegalidad a nivel nacional, no nos impide que podamos apreciar el bajo porcentaje de declaraciones de ilegalidad que tienden a mostrar que los procedimientos policiales son validados regularmente en sede judicial.

En consecuencia, las cifras disponibles del sistema nos permiten estimar que la gran mayoría de los controles de identidad no son objeto de control judicial y que, cuando lo son, un porcentaje mínimo de estos es declarado ilegal. Esto refuerza entonces el punto de vista de que los diagnósticos que fundamentan la propuesta del control de identidad preventivo no se condicen con la realidad de funcionamiento del sistema y, por lo mismo, podrían no ser útiles para resolver los problemas de fondo que hoy preocupan a la ciudadanía y que supuestamente justifican la existencia de esta normativa.

Podemos concluir entonces que, respecto al análisis cualitativo y cuantitativo, el control de identidad sería una herramienta que tiene una amplia aplicación por parte de

¹⁸⁴ Informes estadísticos entre los meses de enero a diciembre, de los años 2015-2016. Defensoría Penal Pública. [Fecha de consulta: 20 junio 2017]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/3e01213dd27e414b91587a1911f7f681.pdf>
<http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/d97fc60bff57006e38bba78f8e434c2f.pdf>

Carabineros y la Policía de Investigaciones sin necesariamente tener un control agudo por parte de los Tribunales de Justicia, interpretando dicha facultad de una manera bastante flexible y favorable. Además, los jueces han demostrado una postura a validar la legalidad de dicha institución cuando esta es ejercida. Por consiguiente, existiría una contradicción con los argumentos esgrimidos por los propulsores de este cambio, de la cual hemos demostrado la falta de necesidad de la norma.

4.4. Responsabilidad Penal del Funcionario Policial

El Código Penal establece en su artículo 255 del párrafo XII, título V, libro II, que:

“El empleado público que, desempeñando un acto de servicio, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas o usare de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño del servicio respectivo, será castigado con las penas de suspensión del empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

Cabe por tanto, determinar el alcance del término “empleado público” procedente en materia penal. El mismo Código, en su artículo 260 dispone que, para efectos del párrafo IV del Título III y del Título V, se reputa empleado público: “Todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

En consecuencia, se establece un concepto de empleado público que emana principalmente de la función realizada, estableciendo en definitiva un concepto más amplio que el del Estatuto Administrativo. Se sostiene además que, pese a la limitación que establece el mismo artículo 260 del Código Penal, para efectos de éste título y del párrafo IV del título III, no se discute su aplicación a otras figuras donde la calidad del empleado público es relevante, partiendo por la agravante genérica del numeral 8 artículo 12¹⁸⁵.

¹⁸⁵ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial 2° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. p. 488.

4.5. Bien Jurídico Protegido

Respecto de los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos (artículos 216 a 260 del Código Penal), el legislador pareciera direccionar las infracciones a quien ejecuta el delito, esto es, al sujeto activo, en éste caso el empleado público, y no a un bien jurídico tutelado¹⁸⁶

Debemos entender que, el bien jurídico protegido corresponde a la administración pública, entendiendo desde un punto de vista amplio como actividad general del Estado, incluyendo por ende la actividad propia de la administración, como la del poder legislativo y judicial. En consecuencia, lo que se pretendería proteger es el correcto funcionamiento de la administración pública; toda vez que los funcionarios, en el ejercicio de sus funciones, se encuentran facultados para ejercer soberanía, y por tal, no es que se ataque directamente al Estado en sí, sino más bien su regularidad funcional¹⁸⁷.

En efecto, como se sanciona al sujeto activo, no se vería afectada la administración pública, sin embargo, si un funcionario no cumple sus funciones o las cumple fuera del marco legal, se vería afectado el correcto funcionamiento del Estado, lo que implica una vulneración al deber específico de lealtad, corrección y eficiencia. Los funcionarios tienen un deber especial frente a la consecución de las finalidades en orden a la prosecución del bien común que justifica el diferente tratamiento penal que aquí se les dispensa, mediante la construcción de delitos especiales, sin perjuicio de las particularidades de cada delito¹⁸⁸.

¹⁸⁶ El carácter de empleado público no es exclusivo de los delitos contemplados en dicho título; existen además delitos cometidos por empleados públicos que afectan otros bienes jurídicos, que para el legislador son más importantes, como por ejemplo, aquellos que atentan contra las garantías constitucionales, sin perjuicio y no menos importante, de que también lesionen la administración pública.

¹⁸⁷ 13. ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. 3ª ed. Parte especial. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. p.153.

¹⁸⁸ ZAMBRANO FUENTES, Sergio. Regulación positiva de los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Públicos con abuso de sus funciones (Memoria para la obtención del grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile. 1986. p.135. “Los empleados públicos tienen a su cargo distintas responsabilidades y obligaciones y deberes que cumplir; el incumplimiento de los mismos desquicia la marcha del Estado que puede llegar a constituir delito. Los empleados públicos pueden incurrir en responsabilidad administrativa, civil y penal, siendo ellas independientes. Es en la desobediencia de estos deberes, que implican un atentado contra la normal marcha de la Administración Pública que se halla el fundamento de la sanción de la ley”.

El tipo del artículo 255 del Código Penal, sanciona:

Al empleado público que, desempeñando un acto del servicio, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas o usare de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño del servicio respectivo.

Según Etcheberry, siguiendo la línea de Labatut, vejación es: “cualquier maltrato, molestia, perjuicio o gravamen de que se haga víctima a una persona”¹⁸⁹. Lo mismo entienden por apremios como: “las formas de presión, de coacción, que a través de la mortificación o molestia que causan al afectado, lo impelen a realizar determinada conducta”¹⁹⁰. El apremio, no es sino una forma especial de vejación injusta que excluiría aquéllas conductas inherentes al deber del funcionario o necesarias legalmente para su buen desempeño, por constituir un comportamiento justificado según el artículo 10 N° 10 del Código Penal¹⁹¹.

La remisión del art. 85 del CPP a este tipo penal ha sido criticada, no sólo por ser aplicable en ausencia de ella, sino que además, por reflejar “una preferencia por las responsabilidades ulteriores como mecanismo de protección de garantías que se antepone a la opción por el control previo, lo que resulta sumamente cuestionable en la perspectiva de lograr una protección efectiva”¹⁹². En este contexto, la amplitud de las facultades que confiere la regla aprobada para las policías, sumada a la inexistencia, en la práctica, de controles para su uso más que la sola conciencia del funcionario, permite afirmar que estamos frente a una facultad riesgosa para los derechos individuales. Así se pronunció Maina Kiai, el relator especial de la ONU, en su informe sobre ésta misma dirección, al señalar que: “... la entrega de mayores facultades y discrecionalidad a las fuerzas del orden

¹⁸⁹ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal, parte especial. 3ª ed. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile. 2007. p. 233-234.

¹⁹⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. Id.

¹⁹¹ Al respecto, el 12º Juzgado de Garantía de Santiago el 31 de diciembre de 2007, en la causa RIT N° 926-2006; RUC N° 0610003870-4, sostuvo respecto de la vejación injusta, que ella requiere tres requisitos: a) que se realice una vejación injusta en otra persona; b) que tal acción se realice por un funcionario público; y c) que tal acción se realice en el marco de sus funciones.

¹⁹² HORVITZ, María Inés y LÓPEZ. Op.cit. p. 605-606.

generará oportunidades para la represión y abuso de autoridad, con poco o ningún control o contrapeso”¹⁹³.

Aún que todos podamos ser objeto de este control, no necesariamente estaríamos frente a esta realidad, pues como se advirtió en la Historia de la ley, este tipo de controles se enfocará en personas Jóvenes, minorías sexuales, extranjeros y grupos étnicos¹⁹⁴, lo que hace la proporción entre el total de controles y número de ciudadanos potencialmente controlables, sea aún mayor en el grupo objetivo donde normalmente se ejercen¹⁹⁵.

La escasa información disponible en Chile, indica que en la actualidad el control de identidad del artículo 85 del CPP presenta cuestionamientos de diversos grupos vulnerables que denuncian uso discriminatorio¹⁹⁶. La verdad, sin embargo, es que durante el debate no se esgrimió ninguna información específica de corte empírico acerca de cómo se usa esta facultad en la actualidad y al parecer ella no es ni siquiera conocida por las propias policías, toda vez que al solicitar información por la Ley de transparencia, esta resulta sin existir.

Se suma a lo anterior la existencia de bastante evidencia a nivel comparado, que sugiere que facultades de este tipo se pueden prestar para abusos policiales y prácticas discriminatorias en contra de jóvenes y personas pertenecientes a sectores sociales más desventajados¹⁹⁷.

En consecuencia, hay que considerar que la introducción de una facultad de este tipo, podría producir un aumento de las privaciones de libertad de corto tiempo y que, de ser así, ellas se focalizarían en ciertos grupos de personas que se ubican dentro de los estereotipos que la propia policía tiene de quienes son personas “sospechosas”. Por lo que,

¹⁹³ Comunicado de Maina Kiai, relator especial de las Naciones Unidas sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación. Santiago, Chile. Septiembre 2015. [Fecha de consulta: 8 Agosto 2017]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16542&LangID=S>

¹⁹⁴ Véase capítulo I, Historia del artículo 12 de la Ley N° 20.931. Senador Alfonso de Urresti, p.30; Diputado Leonardo Soto, p.31.

¹⁹⁵ *Control de identidad preventivo y su impacto social* [en línea]. Santiago, Chile. El Mercurio Legal. Junio 2015. “En Reino Unido, la probabilidad de la población negra de ser controlada es 25 veces mayor que la de población blanca. En Nueva York, incluso en barrios donde sólo el 24 por ciento de la población es negra y latina, este grupo representa el 79 por ciento de los controles”. [Fecha de consulta: 8 Septiembre 2017] Disponible en: <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904011&Path=/0D/CB/>

¹⁹⁶ Cuando se discutió la derogación de la denominada “detención por sospecha” el año 1998, el debate legislativo dio cuenta de una preocupación importante por el uso de ésta institución, focalizada en jóvenes marginales.

¹⁹⁷ Véase Capítulo II. Análisis del Control Preventivo de Identidad en el ordenamiento jurídico comparado. p. 57

de acuerdo a las cifras que hemos logrado mostrar anteriormente, estamos hablando de una cantidad importante de ciudadanos que se exponen a trato discriminatorio.

5. Constitucionalidad Del Artículo 12

A continuación, analizaremos los potenciales peligros del artículo 12 de la ley N° 20.931, ya sea por su redacción, como también por su aplicación en forma discriminatoria.

5.1. En cuando a su redacción:

Para permitir que alguna medida limite los derechos fundamentales, se deberá respetar las exigencias consagradas en la Constitución, las Leyes y los Tratados internacionales vigentes en Chile. Es así, como el artículo 19 N° 7 letra B de la Constitución, consagra el Derecho a la Libertad Personal, derecho que no podrá ser limitado, privado, o restringido salvo en aquellos casos y forma en que lo determine la Constitución y las Leyes, esto es, Principio de Legalidad.

Este principio se encuentra consagrado a nivel legal en el art. 5 CPP, respecto de toda medida privativa o restrictiva de libertad:

Art. 5°: Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad. No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalada por la Constitución y las leyes. Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.

El principio de legalidad se consagra a nivel internacional, en la CIDH en sus artículos: 7.2 Derecho a la libertad personal, ya tratada en el Capítulo II; 11.2 Derecho a la honra; 13.4 Libertad de pensamiento y expresión; 15 Derecho de reunión; 16 Libertad de asociación; y 22.3, 4 y 6 Derecho de circulación y de residencia. Así mismo, podemos encontrarlo en el PIDCP a través de los artículos: 9.1 Derecho a la libertad y a la seguridad personales; 12.3 Derecho de circulación y residencia; 17 Derecho a la vida privada y a la honra; 19.3 Libertad de expresión y 22.2 Libertad de asociación.

En cuanto al principio de reserva legal, cualquier supuesto que establezca una restricción o privación a los derechos fundamentales, deberá estar consagrado en una ley, la que deberá cumplir con el mandato de determinación, derivado del principio de legalidad. Esto significa que, la ley no puede configurar limitaciones al derecho que por su indeterminación generen incertidumbre sobre su modo de aplicación efectiva.

De la misma manera, la afectación al derecho fundamental deberá realizarse en la forma señalada en la Constitución y las leyes, esto es, observando sus garantías procedimentales previas, concomitantes y posteriores a la limitación del derecho. Con este requisito mínimo de legitimidad de toda privación o restricción de libertad, se pretende que sea la ley, como declaración de voluntad soberana, la que establezca, por un lado, los supuestos (casos objetivos) que habilitan para privar o restringir la libertad de una persona, y por otro, el modo (forma) en que ello puede tener lugar. Pretendiendo de esta forma limitar la afectación de un derecho fundamental, de gran importancia como lo es la libertad personal, solo en las circunstancias que el legislador precise, minimizando de esta manera el peligro de arbitrariedad que podría surgir cuando se otorga la determinación a quien es el aplicador de la norma, que se verá facultado de determinar los supuestos de procedencia y las modalidades de las privaciones o restricciones de tal derecho¹⁹⁸.

Es así, como a modo de ejemplo, podemos apreciar el cumplimiento de tal exigencia en nuestro procedimiento penal cuando, para que proceda la detención de un individuo se requiere que este sea sorprendido en delito flagrante, o si se solicitará su comparecencia a la unidad policial y ésta se viese retrasada o dificultada, o que no haya concurrido a una audiencia después de haber sido legalmente citado, debiendo en la segunda hipótesis dictarse una orden judicial y, en cualquier caso, ser puesto a disposición de la autoridad judicial en un plazo máximo de veinticuatro horas (estamos frente a la situación de casos y forma). Lo mismo sucede con la prisión preventiva, para la cual se requiere que existan antecedentes del delito y de la participación que se atribuye al imputado, y de un peligro para el éxito de la investigación o para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o de un peligro de fuga (casos), debiendo la medida ordenarse por resolución judicial fundada en tales antecedentes y ejecutarse en lugares separados de los destinados a los condenados

¹⁹⁸ TORTORA ARAVENA, Hugo. Las limitaciones a los Derechos Fundamentales. 2ª ed. Santiago, Chile: Estudios constitucionales, 2010. Vol. 8. p. 167-200

(forma). Otro tanto ocurre con el control de identidad que ya existe como lo hemos recalcado a lo largo de nuestro trabajo (artículo 85 CPP); para su procedencia se requiere que exista un indicio de que una persona ha cometido o intentado cometer o se dispone a cometer un delito, o de que puede suministrar información útil para la indagación de un delito, o que alguien se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad (casos), debiendo las policías solicitar la identificación de dichas personas, pudiendo, entre otras cosas, registrar sus vestimentas, equipajes o vehículos, trasladarlas a la unidad policial más cercana si no se ha podido acreditar su identidad y tomarles allí huellas digitales, sin que el procedimiento pueda durar más de ocho horas (forma).

5.2. En cuanto a su aplicación:

Una de las complicaciones, es la inexistencia de hipótesis alguna que permita dar cumplimiento al mandato Constitucional. De esta misma manera, se torna dificultoso afirmar que exista un supuesto implícito de procedencia, determinable a partir del análisis efectuado a la discusión parlamentaria, vista en la historia de la ley de dicha norma, en la cual se defendió indistintamente la conveniencia de crear esta medida, debido a uno de los fundamentos ya analizados, como el número importante de órdenes de detención pendientes de cumplimiento, consistente en la existencia de antecedentes de que la persona controlada tenga alguna orden de detención pendiente. Esto queda en evidencia al poder ver las modificaciones incorporadas al artículo 85 del CPP, porque la misma ley 20.931, que incorpora el control de identidad preventivo, inserta en el artículo 85 del CPP, como supuesto de procedencia del control de identidad, el que: “los funcionarios policiales tengan algún antecedente que les permita inferir que una determinada persona tiene alguna orden de detención pendiente”. Si este es el caso que habilita para la restricción de libertad que ahí se permite, patentemente no puede ser el mismo que el del denominado “control de identidad preventivo”.

Es más, la admisibilidad constitucional de una ley que regula un supuesto limitativo de derechos fundamentales, no satisfaría exclusivamente en la garantía formal de reserva legal, ya que, en primer lugar la medida debe tener como finalidad la protección de

derechos o bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos y en segundo lugar, la medida debe respetar el principio de proporcionalidad¹⁹⁹.

El principio de justificación de las medidas limitativas de derechos fundamentales, constituye una hipótesis material del principio de proporcionalidad, porque, introduce en el proceso de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de derechos de los ciudadanos, los valores que trata de defender la actuación de los poderes públicos y que precisan gozar de fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos. Así lo deja ver el profesor Nicolás González-Cuéllar Serrano, al señalar que: “El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de estos derechos tienda al logro de fines legítimos”²⁰⁰.

Una justificación constitucional paradigmática de la limitación de derechos fundamentales, es el desarrollo de la investigación y persecución penal, consagrada constitucionalmente en diversas disposiciones de nuestra Carta Fundamental (Arts. 19 N° 3 inc. 5°, 19 N°7 letra e, 83 y 84 inc. 2°), que constituye la finalidad del control de identidad desde un punto de vista represivo, es decir, vinculado a la realización de supuestos jurídico-penalmente relevantes.

Desde un punto de vista preventivo policial, otra finalidad que busca la actividad policial es la protección de la seguridad ciudadana, entendiendo por tal “Aquel estado en el cual los ciudadanos gozan de una situación de tranquilidad y estabilidad tal que les permite ejercitar de forma libre y responsable los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente”.²⁰¹ Lo mismo podríamos decir respecto de la seguridad pública, por ser una actividad dirigida a proteger bienes y personas, pero además mantener la tranquilidad y el orden ciudadano que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas²⁰².

¹⁹⁹ GONZÁLEZ-CUELLAR, Nicolás. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid, España. Editorial Colex. 1990. p. 69

²⁰⁰ GONZÁLEZ-CUELLAR, Nicolás. El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal Español. Cuadernos de Derecho Público N° 5. Diciembre 1998. p. 192

²⁰¹ JIMÉNEZ, María. Seguridad ciudadana y Derecho Penal. Madrid, España. Editorial Dykinson Díaz. 2006. p. 19-20.

²⁰² Sentencia del tribunal constitucional de España N° 33/1982, 8 Junio 1982.

Por lo tanto, la protección de ambas seguridades es esencial entre una y otra, más cuando se trata de una actividad estatal garantizada por la constitución (no sólo chilena), establecida en el artículo 101 inc. 2º CPR, en relación a la misión de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública²⁰³.

Cabe hacer presente que, es evidente la problemática que se produce al momento de contrapesar ciertos derechos. En este sentido, nos debemos preguntar si ¿Es posible contrapesar la protección a la seguridad ciudadana, como derecho fundamental, versus el derecho a libertad individual, limitando uno al otro y viceversa? Sin pretender desvalorizar la importancia de la Seguridad ciudadana, pues es un legítimo interés constitucional y resguarda las demás libertades, carece de aptitudes para catalogar como derecho fundamental, ya que la Libertad es la base de todo orden constitucional democrático, prevaleciendo por sobre la seguridad²⁰⁴.

Es por esta razón, que tener como finalidad una protección constitucionalmente legítima no es suficiente, ya que además es necesario que la medida respete las exigencias del principio de proporcionalidad, admitiendo aquella injerencia en el derecho fundamental para que sea adecuada y necesaria, pero al mismo tiempo tener relación con el objetivo buscado para obtener la finalidad constitucionalmente legítima perseguida por el legislador. En otras palabras, que la vulneración de garantías tenga un fin razonable, idóneo y necesario.

En consecuencia, el principio de proporcionalidad está conformado por tres sub-principios²⁰⁵:

- 1) Principio de adecuación o idoneidad de la medida para lograr el fin buscado. A este respecto y, sin tener como objetivo sacar conclusiones anticipadas, es necesario analizar las cifras preliminares emitidas por Carabineros de Chile,

²⁰³ Art. 101 inc. 2º CPR: Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Dependen del Ministerio encargado de la Seguridad Pública.

²⁰⁴ CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación. Madrid, España. Centro de estudios políticos y constitucionales, 1998. p. 268.

²⁰⁵ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Derecho procesal penal chileno, Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 459-460.

respecto de los resultados del control de identidad preventivo que reflejarían la idoneidad de la medida:

Comuna	N° De Controles Preventivos Efectuados	N° De Detenidos	Porcentaje
Detalle Comunas emblemáticas			
V Región	44.774	1868	4,17%
VI Región	17.385	854	4,91%
I Región	8.419	376	4,47%
XV Región	7.377	43	0,58%
XII Región	12.544	35	0,58%
Metropolitana (Prefectura Central Norte)	6520	181	2,78%
Metropolitana (Prefectura Cordillera)	13.437	870	6,47%
Metropolitana (Prefectura Santiago Sur)	22.270	100	2,22%
Metropolitana (Prefectura Andes)	7.196	9	0,13%
Metropolitana (Prefectura S. Oriente)	7.107	128	
Total de Controles a nivel Nacional	523.035	10.421	2%

- Información obtenida del diario “El Mercurio” con fecha 12 de Diciembre, 2016. Queremos hacer presente que, se solicitó la misma información a Carabineros de Chile, por vía Ley de transparencia, pero la información requerida no se ha entregado detalladamente.
- 2) Principio de necesidad de la medida, intervención mínima o alternativa menos gravosa, que importa la comparación de las medidas idóneas para lograr el fin perseguido, y la elección de aquella menos lesiva del derecho en cuestión. También

se conoce como principio de subsidiariedad.²⁰⁶

De lo anterior, en cuanto a la necesidad de la medida, nos limitamos a lo formulado anteriormente en este trabajo.

- 3) Proporcionalidad en sentido estricto. Esto es, que exista un razonable equilibrio entre el sacrificio y el interés que se intenta salvaguardar, de modo que el derecho no sea limitado más allá de lo razonable.

El Derecho Penal Chileno, no establece explícitamente el principio de proporcionalidad, pero sí lo reconoce de manera implícita, a través de distintas normas que pasaremos analizar. Por ejemplo:

- Artículo 122 Inc. 1º CPP: las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación.

- Artículo 139 inc. 2º CPP: la prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad.

- Artículo 141 letra a) CPP - respecto a la improcedencia de la prisión preventiva -: dispone que no se podrá ordenar la prisión preventiva cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos.

- Artículo 124 CPP: prescribe que cuando la imputación se refiriere a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación, sin perjuicio de que ello no tendrá lugar en los casos a que se refiere el inciso cuarto del artículo 134 (CPP) o cuando procediere el

²⁰⁶ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. cit. p. 459.

arresto por falta de comparecencia, la detención o la prisión preventiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33 (CPP).

A pesar de que solo hemos hecho referencias a normas relacionadas a medidas cautelares, es indudable que, según la profesora María Inés Horvitz: “tratándose de medidas restrictivas de derechos de la misma naturaleza que las cautelares personales, deben aplicarse los mismos principio y limitaciones (...) la medida ha de ser idónea para el fin perseguido y no existir otro medio menos aflictivo para la obtención del mismo (principios de idoneidad y necesidad). La ponderación de los intereses en conflicto debe efectuarse por el juez en la decisión motivada que resuelva la solicitud respectiva (principio de proporcionalidad en sentido estricto)”²⁰⁷.

En sentido opuesto, el jurista alemán y catedrático de Derecho Público de la Universidad Christian-Albrechts de Kie, Robert Alexy ha señalado que: “la propia estructura de las normas de derecho fundamental hace necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad²⁰⁸. La norma de derecho fundamental, en su carácter de principio, tiene la estructura de un mandato de optimización, y en consecuencia, exige la aplicación del principio de proporcionalidad. Por esta razón, es que dicho principio se encuentra en el centro de la dogmática de los derechos fundamentales, lo que produce una consecuencia práctica de que en muchos casos lo decisivo sobre el contenido definitivo de los derechos fundamentales es la ponderación²⁰⁹.”

Resulta relevante tener en cuenta que, si bien el legislador consideró en su momento derogar la “detención por sospecha”, la cual por criticable que fuera cumplía con el principio de legalidad, ya que establecía, a los menos, los supuestos de procedencia para el control de identidad. En la actualidad, el hecho que se haya configurado, nuevamente, una disposición con facultades tan amplias la cual ni si quiera establece los casos de procedencia para el control, significaría a lo menos vislumbrar un retroceso legislativo.

²⁰⁷ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Joaquín. Op. cit. p. 461.

²⁰⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p.81 y sgtes.

²⁰⁹ Tribunal Constitucional Solicitud de pronunciamiento y decisión del Juez presidente de la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción (inaplicabilidad del artículo 450 inc. 1 del Código penal), 2008. Causa Rol 829-07.

Junto con lo anterior, el artículo 12 de la ley N° 20.931 que establece un conjunto de reglas para favorecer el uso de esta nueva facultad policial (facultad preventiva de delitos), busca con su aplicación la igualdad de trato y no discriminación de los controlados, estableciendo un sistema de reclamos cuando la o las personas controladas consideren que su ejercicio ha sido abusivo.

En éste punto nos queremos detener detalladamente, ya que el pasado 25 de Julio 2018, la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, ordenó a la policía entregar información detallada sobre la aplicación en concreto del control preventivo de identidad que pueda solicitar la comunidad. Así el fallo señala lo siguiente: “Carabineros deberá entregar al requirente la información a que se refieren los antecedentes, la que desagregará en la forma solicitada, sobre la base de los datos que ha debido consignar con ocasión de los controles de identidad”²¹⁰.

Esto, producto de un recurso de reclamación presentado por el profesor Cristián Riego, toda vez que se habría presentado una solicitud a Carabineros, vía Ley de Transparencia, en relación al funcionamiento de dicho control, pero además el del artículo 85 del CPP, detallando el género, edad, nacionalidad, comuna donde se produjo el control y comuna donde vivía la persona.

Cabe hacer presente que, la misma información una vez que comenzamos este trabajo, fue solicitada por la misma vía y la repuesta de Carabineros y la Policía de Investigaciones fue: “... No contamos con personal suficiente para entregar la información solicitada”. Al parecer, fue la misma respuesta que se entregó al Profesor, ya que las cifras otorgadas fueron de manera general y no detallada.

El Fallo además establece: “resulta indudable que conocer la forma cómo se ejerce esta excepcional facultad es un materia que no solo debe interesar a la autoridad gubernativa, sino también y tal vez con mayor preeminencia, debe estar sujeta al control ciudadano y en este sentido nada mejor que se pueda ejercer a través de estudios académicos como el que se pretende”.

²¹⁰ Fallo de la Corte de Apelaciones N° 56-2018 Civil (Ilegalidad). [Fecha de consulta: 10 Agosto 2018]. Disponible en: http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=90&CRR_IdTramite=23019216&CRR_IdDocumento=20416700

Por último, concluye: “no es posible aceptar que Carabineros actuara con tal desprolijidad al momento de realizar los controles, al limitarse a consignar solo el número total de ellos, es que solo cabe concluir que la explicación dada es una excusa formal para no entregar la información solicitada debidamente desagregada, sin que divise el propósito que existe tras ello” y dice que “no es que la información no exista, pues los apartados de prensa a los que la reclamante alude demuestran lo contrario, por lo que, en definitiva, sólo se manifiesta una falta de voluntad para realizar el esfuerzo necesario”.

Así, podemos ver entonces que no sólo existe una falta de cuidado o preocupación por cómo se está llevando a cabo dicho procedimiento, sino que además la falta de excusas suficientes para justificar el que, ni siquiera el Ministerio del interior (como Ministerio a cargo de la medida), exija que la información se entregue más desarticulada, toda vez que no sólo es de interés para las autoridades que participan, sino que trasciende a la ciudadanía sobre el conocimiento de algo tan relevante como es un control preventivo de identidad al que se someten, a modo resumido, por sobre su presunción de inocencia y por sobre su Derecho a la libre circulación. Pero además, al no tener suficiente claridad sobre la medida, da para pensar que ésta pudiere estar siendo usada de un modo discriminatorio, en especial sobre un grupo de la población.

En definitiva, a 2 años de la entrada en vigencia del control preventivo de identidad del artículo 12 de la Ley N° 20.931, no se cumplen con el deber de registro que los legisladores impusieron para poder transparentar y sacar adelante dicho procedimiento, que principalmente consiste en la obligación de generar y luego entregar, periódicamente, estadísticas sobre el uso de dicha facultad, permitiendo un control por parte de las autoridades y eventualmente la sociedad, sobre el ejercicio de la misma.

Al mismo tiempo, otro problema importante que se genera producto de lo mismo es que, en el uso, esta facultad se ejercería con un control mínimo consistente en el procedimiento de reclamo, el cual según las estadísticas publicadas en la página del

Ministerio del Interior y Seguridad Pública, hasta la fecha, y transcurridos ya 2 años, solo registra 5 reclamos de los 841.672 controles efectuados²¹¹:

Controles de identidad Carabineros/PDI. Enero – Marzo 2018

Especificación	Carabineros	PDI	Totales
Controles de identidad efectuados Art.12	820.591	21.081	841.672
Detenciones (órdenes pendientes)	21.724	420	22.144
Registran antecedentes penales	327.910	6.806	334.716
Nº de reclamos	5	-	5

Fuente: Carabineros / PDI

Esto abre enormes espacios para privaciones o restricciones arbitrarias a la libertad ambulatoria y para el desarrollo de abusos de distinto tipo.

En definitiva, ahora que la Corte ha intercedido sobre el tema, esperamos que Carabineros entregue la información desagregada, no sólo para trabajos de investigación que se estén realizando sobre la cuestión, sino que además para poder hacer un análisis sobre en qué personas y en qué lugares se realizan los controles de identidad, así como si la ciudadanía está ejerciendo su derecho a reclamar, en el contexto que se sienta vulnerada o afectada.

Como ya se dijo, las restricciones a la libertad personal están sujetas en un sistema democrático a una serie de requisitos. Entre ellos, además de ser restricciones legales, estableciendo los casos y forma de su proceder, deben ser necesarias, proporcionales y no pueden ser arbitrarias en el contexto de una sociedad democrática. En este caso, el mecanismo aprobado (art. 12 Ley N°20.931) respeta a lo menos formalmente el hecho de que toda privación o restricción de libertad debe estar establecido por ley. Pero cuyo contenido material de lo que se estableció, al permitir que sin indicio ni supuesto material alguno las/los funcionarios policiales estén aplicando un control de identidad “preventivo” a “cualquier persona”, consagra la posibilidad de una arbitrariedad policial permanente. Esto a raíz de que los criterios en base a los cuales las/los funcionarios policiales toman este tipo de decisiones, quedando a su completo arbitrio y, al no tener ninguna limitación

²¹¹ Información obtenida en la página del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. [Fecha de Consulta: 14 Agosto 2018]. Disponible en: <http://www.subinterior.gob.cl/control-preventivo/>.

normativa, constituye una invitación abierta para aplicar criterios basados en estereotipos y prejuicios relativos a la apariencia de cada sujeto²¹².

Tal facultad, aunque incorpora algunas restricciones tanto espaciales (acotando esa facultad a las “vías públicas, otros lugares públicos y lugares privados de acceso al público”), como también etarios (“podrán controlar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años”), con lo cual si bien se pretendió poner algún límite a una facultad de exclusiva discrecionalidad entregada a las policías. En los términos tan amplios y generales en los que se redactó la norma, evidencia la ausencia de parámetros objetivos para la realización de éste tipo de control.

²¹² Instituto Nacional de Derechos Humanos. Informe II sobre el proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/811>

CONCLUSIONES

Desde la creación de esta medida, y como lo hemos analizado en esta investigación, varios fueron los fundamentos favorables planteados por los promotores del control preventivo de identidad. Sin embargo las razones expuestas, a nuestro criterio, carecían de sustentación real y certera en relación a sus consecuencias negativas para los derechos de las personas, pero además de la poca coherencia que sus facultades tienen con las contempladas en nuestro ordenamiento jurídico, como en el derecho comparado en la que justificaron su implementación.

Así, ha quedado en descubierto, un claro desconocimiento e ignorancia por parte del legislador al construir y promulgar una herramienta que en nuestro ordenamiento ya existía, pero que además facultaba ampliamente a las policías para poder efectuar controles de identidad en casos preventivos, incluso con mayores atribuciones que el nuevo control del artículo 12 de la ley N°20.931. En este punto, nos referimos específicamente a la existencia del control de identidad del artículo 85 del CPP, procedente no tan solo cuando existiera una hipótesis de indicio que pudiese atribuirse a la existencia de un ilícito, sino que además: para los casos que el individuo controlado tuviere información útil para la indagación de un delito, caso evidentemente preventivo; cuando éste se encuentre encapuchado o embozado; y, la última situación incorporada por la misma ley N° 20.931, cuando exista algún antecedente que permita inferir que una persona determinada tiene una orden de detención pendiente. En otras palabras, es una norma absolutamente amplia, sin traspasar los límites de arbitrariedad como el control de identidad preventivo en comento.

Por lo tanto, si las herramientas estaban y cumplían con los objetivos que incluso se arguyeron para la creación del artículo 12 de la Ley N.º 20.931, además de los exigidos en atención a los criterios objetivos de procedencia (tanto por nuestra legislación como en el derecho comparado, ampliamente analizados en nuestro Capítulo II), se vuelve evidentemente innecesaria la elaboración y posterior aplicación de ésta institución que, como pudimos demostrar, carece de una real eficacia y produce situaciones de riesgo para las garantías constitucionales de las personas.

A causa de lo anterior, el control de identidad del art. 85 del CPP ha demostrado su eficacia y plena utilidad permitiendo incluso organizar operaciones de carácter preventivo, como lo comprobó Carabineros de Chile en la cuenta pública de Julio de 2015, efectuada por el General de Carabineros Gonzalo Blu, el cual declaró haber organizado en 2 meses, 7 operativos de Control Preventivo de orden y seguridad pública que permitieron detener a 1.714 personas por delitos flagrantes, es decir, carabineros con anterioridad a la creación del control preventivo del artículo 12, podía perfectamente realizar ejercicios preventivos que causaban un alto impacto en la prevención de delitos y en la persecución de identificar órdenes de detención pendientes.

Ahora, entendemos que quienes fundamentaron la necesidad de esta medida, giraba en torno a las 66.000 órdenes de detenciones que se encontraban, y aún se encuentran pendientes. Se alegó que la solución a este problema vendría de la mano con el nuevo control preventivo, necesario para los cuerpos policiales, sin embargo queremos hacer una distinción porque nos parece justo mencionar la declaración explícita recogida de la historia de la ley, cuando la policía de investigaciones de Chile planteo no requerir esta herramienta, por no serle necesaria, bastándole el control de identidad previsto en el artículo 85 del CPP para desarrollar su labor investigativa y preventiva²¹³. Volviendo a lo anterior, el nuevo control preventivo vendría a corregir las falencias de la persecución penal de la actual legislación Chilena, pero después de recorrer un largo camino investigando nos nace la siguiente pregunta: ¿Efectivamente el resultado es la considerable disminución de estas órdenes?

Como lo hemos demostrado, a través de la información solicitada por ley de transparencia tanto a Carabineros de Chile como la Policía de Investigaciones, se ha dejado al descubierto que el objetivo no se logra. Esto, porque de las 940.544 personas controladas por Carabineros, entre el periodo del 11 de Julio de 2016 al 24 de febrero de 2017, solo el 2,6% presentó orden de detención pendiente. Misma situación se puede evidenciar con los controles preventivos efectuados por la policía de investigaciones, quienes entre el periodo del 25 de julio de 2016 al 28 de febrero de 2017, realizaron un total de 52.738 controles preventivos de identidad, lo que solo el 2,4% tenía orden de detención pendiente. En

²¹³ Ver Capítulo I, entorno a la discusión de la creación y necesidad del Control preventivo de Identidad.

conclusión, podemos deducir que empíricamente la efectividad real alegada para este fundamento, es mínima e ineficaz para considerarla una justificación de relevancia mayor en contraste a la afectación que produce su aplicación, que por lo demás da como resultado el bajo porcentaje de ordenes pendientes que se estarían solucionando, y más bien sería una “solución” que está rebatiendo contra la libre circulación de la mayoría de las personas.

Es así, como articulando nuestra investigación, queda al descubierto que a pesar de que los fundamentos utilizados sean válidos, no han generado un impacto real en la prevención del delito ni tampoco en la disminución de las órdenes de detención pendientes, fines primordiales de la Ley N° 20.931. Por lo tanto, si el legislador consideró necesario crear dicha norma bajo el requerimiento actual de las policías, en particular de Carabineros de Chile, surge la problemática de ponderar el beneficio efectivo que esta reporta en la labor preventiva, versus el sacrificio de garantías y libertades constitucionales individuales que se estarían vulnerando, pero además de los derechos de una mayoría por los criterios subjetivos de unos pocos.

Con la aprobación de la norma, el triunfo es notorio para quienes ganaron con la presentación del proyecto y, a pesar de que en sus inicios fue desaprobado por cierto sector del poder ejecutivo y criticado por la Corte Suprema, finalmente hoy se aplica y está instaurada en nuestra legislación según sus propulsores, con notable éxito el cual por lo demostrado en los capítulos anteriores no es sino, cuestionable tal calificativo, porque ¿En realidad como sociedad podremos estar mejor con una institución como ésta? Es clara nuestra preocupación, pues más allá de quien gana o pierda con intentar crear herramientas de esta envergadura, al momento de ejercerlas no se cumple con las expectativas ofrecidas, que por lo demás hoy no atienden a la real necesidad de buscar una solución al temor evidente que existe hacia la delincuencia. Pero más relevante aún, es saber si las personas están instruidas en las consecuencias que originan estas medidas, o sea, saber si existe el conocimiento general de que sus derechos constitucionales no se encuentran vulnerados.

A nuestro juicio, nos parece que estamos frente a una derrota del interés social y personal, ya que la transgresión a un derecho básico como es la libertad de circulación, la no discriminación arbitraria, la presunción de inocencia, entre otros, son bastante más relevante que tener que restringir ciertos derechos con el objeto de prevalecer la seguridad,

lo que no significa desvalorizarlo en cuanto a su importancia pues es un legítimo interés constitucional que resguarda las demás libertades, aunque carece de aptitudes para catalogarlo como derecho fundamental, pues la Libertad es la base de todo orden constitucional democrático, prevaleciendo por sobre la seguridad y sus herramientas que deben ser armoniosas con las garantías de cada ciudadano, para que el bien común y el derecho a vivir en una sociedad segura no vulnere o atente el interés de cada sujeto que la conforma.

Lo que busca este trabajo, por tanto, no es una equivalencia a que la delincuencia quede impune, sino más bien que las soluciones a este tipo de problemas sean reales y eficientes para el correcto funcionamiento de nuestro sistema judicial penal, y cuando nos referimos a eficientes es tratar de comprender que se pueden aplicar estas medidas sin necesariamente argumentar, que por unos pocos se restrinja o se atente contra la mayoría. Y aunque entendemos la necesidad de las policías por enriquecer sus facultades y roles preventivos para resguardar a la sociedad, no nos parece justa la opinión y falsa aseveración de que los Tribunales de Justicia traben, de manera generalizada, su trabajo cuando declaran ilegales los controles de identidad ejercidos, impidiendo el correcto funcionamiento de dichas facultades²¹⁴. Porque como ya lo hemos demostrado, los jueces mantienen una postura de validar la legalidad de dicha institución cuando ésta es ejercida.

Por consiguiente, podríamos concluir que existiría nuevamente una contradicción y falta de conocimiento del verdadero control jurisdiccional efectuado a este tipo de procedimientos. De nada sirve asegurar que la “puerta giratoria” en Chile existe, si el porcentaje de controles de identidad declarados ilegales son mínimos. Por el contrario, el problema de lo anterior apuntaría a la clara ausencia o vacío legal que existe en las regulaciones de las facultades policiales, que por lo demás son bastante amplias, pero la solución no apunta a culparse entre órganos del Estado, sino más bien a legislar con un nivel de mira pensado en el futuro, con un estatuto normativo claro, y para este caso, que la interpretación de la norma no quede al arbitrio o criterio de un funcionario policial, como basarse en intuiciones, percepciones o estereotipos relativos a la apariencia de cada sujeto.

²¹⁴ Fundamento otorgado por Carabineros de Chile, en la discusión de la ley, respecto de los controles de identidad efectuados bajo el marco del artículo 85 del CPP. Ver Capítulo I.

El uso adecuado que se le debe dar a este tipo de herramientas preventivas, que se encuentran presentes en el Derecho Comparado, conlleva incluir de manera esencial criterios objetivos, cosa que el control preventivo de identidad del artículo 12 de la Ley 20.931 no posee, como lo evidenciamos a lo largo de esta investigación. No tener causa justificada o que la sospecha se base en algún hecho objetivo, como sí lo establece el artículo 85 del CPP y las legislaciones, por ejemplo, de Estados Unidos y Alemania, argumentando que sería equivalente a lo pretendido aplicar en Chile pero de manera errónea, da lugar a la posibilidad de una arbitrariedad policial permanente.

Acerca de esto, podemos apreciar un hecho notorio de lo que ha estado ocurriendo con el control preventivo desde su entrada en vigencia hasta el día de hoy, donde la diferencia entre los controles preventivos realizados, por ejemplo, entre las comunas de Puente Alto y los controles preventivos realizados en la Comuna de Vitacura, es considerable. En efecto, en el periodo del 11 de Julio de 2016 al 24 de febrero de 2017 la Policía de Investigaciones realizó sólo en la Región Metropolitana un total de 27.211 controles, de ello en la Comuna de Puente Alto se realizaron 1.751 controles que equivalen al 6,4% del total. Sin embargo, en la Comuna de Vitacura solo se realizaron 13 controles preventivos en el mismo periodo, lo que equivale al 0,05% de los 27.211 controles preventivos realizados²¹⁵.

Por lo tanto cabría preguntarse ¿Cuáles fueron los motivos o criterios considerados por los cuerpos policiales, para que exista una diferencia considerable entre el número de controles efectuados en diferentes comunas? Al no contemplar la ley parámetros objetivos de procedencia, es difícil no concluir que, según las circunstancias y como se advirtió en la Historia de la ley, esta herramienta estaría enfocada a practicarse discriminatoriamente contra personas pertenecientes a sectores sociales más vulnerables, todo esto realizado bajo intuición del Carabinero que controla, y no bajo una norma que establezca un criterio estándar de procedencia, como en el caso del artículo 85 del CPP que requiere de “el indicio” para autorizar su práctica.

²¹⁵ Oficio N° 36370 de Carabineros de Chile, Inspectoría General. Que da respuesta a la solicitud N° AD009W0036370, presentada por quienes suscriben con fecha 23 Febrero de 2017, con el objeto de obtener información detallada sobre el Control Preventivo de Identidad,

Lo anterior, no es lo único que nos genera dudas, ya que podríamos vislumbrar casos de discriminación mediante la aplicación de esta herramienta en lo que respecta a los extranjeros. Esto porque además de tratar de disminuir las órdenes de detención pendientes, bajo lo que pudimos analizar, se estaría utilizando como herramienta para controlar la calidad o situación legal de grupos de inmigrantes, como colombianos, haitianos y peruanos que llegan a Chile de manera ilegal. Lo anterior tiene su fundamento en virtud de las estadísticas que arrojan el número de controles realizados por Carabineros en las Comunas de Antofagasta y Atacama, liderando a nivel nacional. Es un hecho público y notorio, que la cantidad de extranjeros que han llegado a Chile habitan estas comunas, pero cuando quisimos reforzar este punto solicitando el detalle sobre la nacionalidad de los controlados, Carabineros nos expresó no contar con dicha información y que en cualquier caso la Ley no los obliga a generar, elaborar o producir información, sino más bien entregar la que actualmente cuentan.

Esto quiere decir que, al no contar con información concreta, nuevamente nos queda la incertidumbre de ¿Cuál sería el verdadero propósito de este control preventivo? ¿Qué hace que la proporción entre el total de controles y número de ciudadanos potencialmente controlables, sea aún mayor en ciertos grupos sociales que es donde normalmente se está ejerciendo? ¿Eran efectivos los argumentos utilizados en contra de este procedimiento, sobre que tendría aplicación a ciertos grupos sociales más vulnerables? Esperamos que estas respuestas puedan resolverse y debatirse con altura de mira en próximos trabajos.

En definitiva, pretender resolver las carencias que esto ha originado, como la desproporción entre el número de controles ejercidos y el número de reclamos presentados o, la caza discriminatoria que se aplicaría para personas desventajadas, pueda resolverse con otro tipo de normas y no con legislaciones que tiendan a ser arbitrarias más que preventivas. El debate sesgado y pobre en fundamentos, no zanja ni resuelve el problema de fondo. A este respecto, nos parece considerable argumentar que aunque el funcionario que aplique la herramienta en su rol preventivo del Estado sea sancionado por conductas arbitrarias, es innecesario si el origen de estas conductas es la misma norma que lo faculta para proceder de dicha manera, cosa que, de haberse legislado o creado un procedimiento considerando realmente la evidencia internacional de este tipo de mecanismos, junto con un

debate con altura de miras y en armonía con el ordenamiento jurídico vigente en nuestro país, podrían coexistir en perfecta concordancia ambos controles de identidad.

Otro tema importante, tiene relación con la admisibilidad constitucional de una ley que regula limitaciones a los Derechos Fundamentales como la libertad personal. Ésta, debe ser acorde con la reserva legal que se realiza, porque su finalidad envuelve, proteger derechos o bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos, pero además respetar el principio de proporcionalidad. Esto significa que, si por el hecho de vivir en sociedad tenemos que estar dispuestos a restringir el ejercicio de nuestros derechos, pues entonces que la restricción sea amena y no vulnere arbitrariamente el bien personal de cada individuo. Con todo, instituciones como este tipo de control preventivo de identidad, que solo existe en Chile y es totalmente opuesto a los que podemos encontrar en la legislación comparada, e incluso a lo que permite la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo único que se produce es el aumento de privaciones de libertad en corto tiempo a personas consideradas como “sospechosas”.

Si bien el fin de crear normas como el artículo 12 de la Ley N° 20.931 puede ser totalmente loable, hemos querido demostrar que es innecesaria e insuficiente. Esto porque el Estado no debiera fijar medidas para que sus entes (policías) apliquen tratos discriminatorios, ni se incentiven a ejercer dinámicas que vulnere garantías, sino más bien que por el contrario, el fundamento este dirigido a que la aplicación de estos procedimientos sean bajo un trato igualitario y con sujeción a límites y reglas que obliguen al cuerpo policial a justificar su proceder o decisión de controlar a un sujeto.

A este respecto, valoramos la medida de un sistema de reclamos para quienes han sido objeto de alguna arbitrariedad, pero como lo hemos mencionado, si el control de identidad de artículo 85 del CPP, es la herramienta ajustada a derecho y que ha demostrado ser eficiente para la prevención del delito ¿Por qué no haber introducido este sistema de reclamos al control mencionado? ¿No sería necesario mejorar el artículo 85 del CPP incorporándole mayores medidas de control y publicidad sin la necesidad de introducir una norma injustificada y transgresora como la del artículo 12?

Conviene subrayar que las medidas de reclamo y publicidad mencionadas, no justifican o solucionan el problema de erradicar la posible arbitrariedad y discriminación en la aplicación de la norma, que no son los únicos problemas que acarrearán su empleo. En efecto, uno de los errores cometidos en cuanto al procedimiento de reclamo y sobre los antecedentes que deben recluir para posteriormente informar a las respectivas autoridades, esto es, el informe trimestral que deben informar al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, es que al solicitar esta información por transparencia los entes policiales no pudieron determinar el sexo del individuo controlado, quedando la duda de cuántos son hombres y cuántas son mujeres en la totalidad de personas controladas. Un punto importante a mejorar.

Para finalizar, el objetivo de nuestra investigación se ha basado en los principios que todo Estado democrático persigue, específicamente en la Libertad, la Igualdad y el Respeto. Cuando el Estado y sus órganos respetan los derechos de los individuos y estos a la vez comprometen sus atribuciones como sociedad a alcanzar el bien común, ni el primero ni los segundos tienen el poder de acceder a la esfera íntima que por esencia les pertenece. Si bien el Estado democrático, determina los derechos y deberes que les corresponden a los ciudadanos, tiene el deber de regular sus instituciones a través de una serie de principios éticos, como la igualdad de servir a todos sin la existencia de tratos especiales o discriminatorios; el respeto a los ciudadanos que lo conforman y la transparencia a que la creación de las medidas que adopte él como sus órganos se realicen de manera clara, para que cada sujeto sepa cuáles son sus derechos y deberes.

Si el objetivo del artículo 12 de la Ley 20.931 es vulnerar el principio de libertad personal y transgredir nuestro derecho a presumirnos inocentes cuando caminamos libremente por nuestro país, cabría entonces replantearnos. Creemos firmemente en el racional camino que lleva nuestro sistema de justicia penal, por lo que hacemos un llamado a contar con información verídica, oficial y certera al momento de crear normas con tal relevancia, para que en un futuro se puedan realizar modificaciones que no alteren la armonía que se pretende alcanzar en nuestro sistema penal chileno, pero por sobre todo, velar fielmente por los compromisos adquiridos por Chile en materia de derechos y garantías constitucionales, que todas las personas hemos de gozar en un Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS GENERALES:

1. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. 602p.
2. BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 3ª ed. Madrid, España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. 881p.
3. CAROCCA, Alex. Nuevo Sistema Procesal Penal. 3ª ed. Santiago, Chile: Editorial Lexis Nexis. 2005.
4. CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación. Madrid, España: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1998. 399p.
5. CHAHUÁN, Sabas. Manual del Nuevo Procedimiento Penal. 2ª ed. Santiago, Chile: Lexis Nexis. 2002.
6. CORREA SELAME, Jorge. Curso de Derecho Procesal. Tomo III, Santiago: Ediciones jurídicas Santiago, 2006.
7. ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. 3ª ed. Parte especial. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
8. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Teoría general del derecho procesal. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992. 31-65p
9. GARCÍA, Joaquín. El Derecho a la libertad personal. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 1995. 267p.
10. GONZÁLEZ-CUELLAR, Nicolás. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el Proceso Penal. Madrid, España: Editorial Colex. 1990.
11. GONZÁZ-CUELLAR, Nicolás. El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal Español. Madrid, España: Cuadernos de Derecho Público. Diciembre 1998. N° 5
12. HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2002. 640p.

13. HORVITZ, María Inés. Estado de Derecho y Reformas a la Justicia. Santiago, Chile: Universidad de Chile. 2005. 80p.
14. HOYOS SANCHO, Montserrat. La detención por delito. Madrid, España: Editorial Aranzadi, 1998. 352p.
15. JIMÉNEZ, María. Seguridad ciudadana y Derecho Penal. Madrid, España: Editorial Dykinson Díaz. 2006. 162p.
16. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, 2º ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004. 691 p.
17. ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial del Puerto, 2003, 601p.
18. SALAS, Jaime. Problemas del Proceso Penal, etapa intermedia y procedimientos especiales. Santiago, Chile: Editorial Librotecnia, 2015.
19. TAVOLARI, Raúl. Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2005, 441p.
20. TORTORA ARAVENA, Hugo. Las limitaciones a los Derechos Fundamentales. 2ª ed. Santiago, Chile: Estudios constitucionales, 2010. Vol. 8

LEYES:

1. DECRETO N° 100. CHILE. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de La Constitución Política De La Republica De Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, Chile, 22 Septiembre de 2005. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>
2. DECRETO N° 873. CHILE. Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José De Costa Rica", San José, Costa Rica, 5 Enero de 1991. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16022&buscar=pacto+de+san+jose+de+costa+rica>

3. LEY N° 1.853. CHILE. Código de Procedimiento Penal (Con sus modificaciones respectivas). Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 19 febrero de 1906. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22960&buscar=ley+1853>
4. LEY N° 2.050 DE LA POLICÍA DE BADEN-WÜRTTEMBERG. ALEMANIA. Enero de 1992. Disponible en: <http://www.landesrecht-bw.de/jportal/?jsessionid=B44E066CDA7E29B853BD4CEDA6DCCDAB.jp91?que lle=jlink&query=PolG+BW&psml=bsbawueprod.psml&max=true&aiz=true#jlr-PolGBW1992V11P26>
5. LEY N° 19.567. CHILE. Modifica el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal en lo relativo a la detención, y dicta normas de protección a los Derechos del Ciudadano. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 22 Junio de 1998. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=120617&buscar=19.567>
6. LEY N° 19.942. CHILE. Modifica los Códigos de Procedimiento Penal y Procesal Penal en materia de Control de Identidad. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 15 Abril de 2004. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=223642&buscar=LEY+19.942>
7. LEY N° 19.996. CHILE Código Procesal Penal (Con sus modificaciones respectivas). Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 12 Octubre de 2000.
8. LEY N° 20.502. CHILE. Crea el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Servicio Nacional para la prevención y rehabilitación del consumo de drogas y alcohol, y modifica diversos cuerpos legales. Ministerio del interior, Santiago, Chile, 21 Febrero de 2011. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idLey=20502>
9. LEY N° 20.931. CHILE. Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos

delitos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Santiago, Chile, 5 Julio de 2016. Disponible en:

<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1092269&buscar=20.931>

10. LEY ORGANICA N° 4/2015. ESPAÑA. Protección de la seguridad ciudadana. Ministerio de Gracia y justicia. Sevilla, España, 30 Marzo de 2015. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3442
11. LEY DE LA POLÍCIA FEDERAL (GESETZ ÜBER DIE BUNDESPOLIZED). ALEMANIA. Artículo N° 23 “Identificación y examen de los certificados de autorización”.
12. REAL DECRETO. ESPAÑA. Por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ministerio de Gracia y Justicia. Sevilla, España, 14 de septiembre de 1882. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

SENTENCIAS:

A. CHILENAS:

1. RIT: 25- 2006, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, 2006.
2. ROL: 829-2007. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 2007
3. RIT: 926-2006. 12° Juzgado de Garantía de Santiago, 2007.
4. ROL: 4600-2010. Corte Suprema, 2010.
5. ROL: 226-2011. Corte de Apelaciones de Concepción, 2011.
6. ROL: 14275-2016. Corte Suprema, Segunda Sala, 2016.
7. ROL: 17554-2016. Corte Suprema, Segunda Sala, 2016.
8. ROL: 34826-2016. Corte Suprema, Segunda Sala, 2016.
9. ROL: 53009-2016. Corte Suprema, Segunda Sala, 2016.
10. ROL: 56-2018. Corte de Apelaciones de Santiago, 2018.

B. DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

1. *ACOSTA CALDERÓN VS. ECUADOR*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005.
2. *ARGÜELLES Y OTROS VS. ARGENTINA*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014.
3. *BÁMACA VELÁSQUEZ VS. GUATEMALA*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000.
4. *BAYARRI VS. ARGENTINA*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008.
5. *BULACIO VS. ARGENTINA*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.
6. *CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES VS. MÉXICO*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.
7. *CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ. VS. ECUADOR*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.
8. *ESPINOZA GONZÁLES VS. PERÚ*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014.
9. *FAMILIA BARRIOS VS. VENEZUELA*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011.
10. *FLEURY Y OTROS VS. HAITÍ*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011.
11. *GANGARAM PANDAY VS. SURINAM*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994.
12. *GARCÍA ASTO Y RAMÍREZ ROJAS VS. PERÚ*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005.
13. *GARCÍA Y FAMILIARES VS. GUATEMALA*. Fondo, reparación y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2012.
14. *GÓMEZ PAQUIYAUARI VS. PERÚ*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004.
15. *HUMBERTO SÁNCHEZ VS. HONDURAS*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003.

16. *INSTITUTO DE REEDUCACIÓN DEL MENOR VS. PARAGUAY*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.
17. *J. VS. PERÚ*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre 2013.
18. *LÓPEZ ÁLVAREZ VS. HONDURAS*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006.
19. *SERVELLÓN GARCÍA Y OTROS VS. HONDURAS*. Sobre violación a los Derechos Humanos. Sentencia de 21 Septiembre de 2006.
20. *PACHECO TERUEL Y OTROS VS. HONDURAS*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012.
21. *PALAMARA IRIBARNE VS. CHILE*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005.
22. *RODRÍGUEZ VERA Y OTROS (DESAPARECIDOS DEL PALACIO DE JUSTICIA) VS. COLOMBIA*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014.
23. *RODRÍGUEZ VERA Y OTROS VS. COLOMBIA*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014.
24. *TIBI VS. ECUADOR*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.
25. *VALLE JARAMILLO Y OTROS VS. COLOMBIA*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008.
26. *VELÁSQUEZ RODRIGUEZ VS. HONDURAS*. Fondo, Excepciones preliminares, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de Julio de 1988.
27. *VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010.
28. *YVON NEPTUNE VS. HAITÍ*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de 2008.

INFORMES DE ANALISIS:

1. CONSEJO DEL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Boletín 9036-07[en línea]. Informe sobre proyecto de ley que establece el control

preventivo de identidad. 14 octubre de 2013. [fecha de consulta: 17 Noviembre 2016]. Disponible en:

<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/591/Control%20de%20Identidad%20Preventivo?sequence=1>

2. CONSEJO DEL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Boletín 9885-07[en línea]. Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana recaído en el Proyecto de Ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos. [Fecha de Consulta: 17 Noviembre 2016]. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=15154&prmTIPO=INFORMECOMISION>
3. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. Informes estadísticos entre los meses de enero y diciembre, 2015-2016. [Fecha de consulta: 20 junio 2017]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/3e01213dd27e414b91587a1911f7f681.pdf>
<http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/d97fc60bff57006e38bba78fbe434c2f.pdf>

REVISTAS:

1. IRARRÁZAVAL, Paz. Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad. *Política Criminal*, 10 (19): 234-265. 2015.
2. *Revista de Ciencias Penales*. Santiago, 42 (1) 2015.
3. *Revista Economía y negocios* [en línea]. Santiago, Chile: Mario Gálvez. [Fecha de consulta: 20 marzo 2017]. Disponible en: www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=191454

ARTÍCULOS DE DIARIO:

1. Control de identidad preventivo y su impacto social [en línea]. Santiago, Chile: El Mercurio Legal, Junio 2015. [Fecha de consulta: 8 Septiembre 2017]. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904011&Path=/0D/CB/>

TESIS, MEMORIAS O SEMINARIOS:

1. BEYER MOLINA, Paula. El control de identidad y las garantías de los ciudadanos. Memoria para la obtención del grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Valdivia, Chile: Universidad Austral de Chile: Facultad de Derecho. 2004.
2. ORTIZ ROLDÁN, Marcela & SOTO LÓPEZ, Daniela. La Declaración de Ilegalidad de la detención y su efecto contaminante en el Proceso Penal Chileno. (Tesis de pregrado). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2008.
3. ZAMBRANO FUENTES, Sergio. Regulación positiva de los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Públicos con abuso de sus funciones. Memoria para la obtención del grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad Derecho. 1986.

BASES DE DATOS:

www.academia.edu

www.bcn.cl

www.biblio.dpp.cl

www.carabineros.cl

www.derechoudp.cl

www.dpp.cl

www.elmercurio.cl

www.fiscaliadechile.cl

www.poderjudicial.cl

www.pdichile.cl

www.rae.es

www.repositorio.uchile.cl

www.subinterior.gob.cl/control-preventivo