

DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL NUEVO CONTROL PREVENTIVO DE IDENTIDAD CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY N° 20.931

Diciembre de 2016

Carlos Verdejo Galleguillos
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS Y PROYECTOS

DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL NUEVO CONTROL PREVENTIVO DE IDENTIDAD CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY N° 20.931

I. Antecedentes y propósito

Sin lugar a dudas, una de las grandes novedades de la ley 20.931, es la incorporación de un nuevo control de identidad, diferente del consagrado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, autónomo, contenido directamente en el artículo 12 de la referida ley, que se ha dado en llamar “control de identidad preventivo”. La cuestión a examinar es si existen argumentos jurídicos, que permitan sostener que el referido artículo 12 es inconstitucional.

Originalmente el proyecto de ley enviado por el Gobierno no contemplaba un nuevo control de identidad. Fue en la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados donde varios diputados propusieron, mediante una indicación, incorporar al Código Procesal Penal un artículo 85 bis, que establecía el control de identidad preventivo, indicación que fue aprobada por dicha Comisión. Posteriormente, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados rechazó la indicación y, en su lugar los diputados Andrade, Carmona, Ceroni, Chahin, Farcas Saffirio y Walker propusieron incorporar a la nueva ley un artículo 12, nuevo, que incorporaba el control preventivo de identidad y que podía verificarse respecto de cualquier persona y en el lugar donde se encontrare. Esta disposición fue aprobada por la Cámara de Diputados y, luego, tras obtener el patrocinio y respaldo del Ejecutivo, modificada y aprobada por el Senado. Luego, durante el tercer trámite legislativo, la Cámara de Diputados rechazó la norma relativa al control de identidad, siendo, finalmente, adoptado en la Comisión Mixta el texto definitivo del artículo 12 de la Ley 20.931 que es el siguiente:

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”.

Sobre este punto, es necesario señalar que el análisis que se realiza no se trata, por ende, de un examen de eficacia, eficiencia o conveniencia de la norma en comento, sino que de un examen técnico, acerca de la posible inconstitucionalidad de la norma.

II. Desarrollo.

El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual

Una línea de argumentación que parece conducir a la inconstitucionalidad del nuevo control de identidad preventivo es la que sostuvieron en una carta dirigida al Diario Electrónico El Mostrador seis Académicos del Departamento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, publicada con fecha 23 de mayo de 2016¹. También se insinuó esta objeción durante la tramitación legislativa por parte del diputado Ramón Farías²

¹ Profesores Fabiola Girado Monteconrado, Laura Mayer Lux, Raúl Núñez Ojeda, Guillermo Oliver Calderón, Luis Rodríguez Collao y Jaime Vera Vega; sitio web <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/05/23/opinion-academicos-de-la-pucv-resaltan-inconstitucionalidad-del-control-preventivo-de-identidad/>, visitado por última vez el 07-06-16

² “A nuestro juicio, se trata de una medida que atenta contra una garantía constitucional como es la libertad personal o ambulatoria, contemplada en el número 7° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Esta norma consagra la llamada libertad de locomoción o ambulatoria, que garantiza que toda persona tiene derecho a residir y permanecer en cualquier lugar del país, y a trasladarse de un lugar a otro. Desde esa perspectiva, el control preventivo de identidad va a restringir ese derecho, ya que, según la norma que se propone, la policía podrá detener a cualquier

Básicamente, esta línea argumental se sostiene en lo prescrito en el artículo 19, número 7 letra b) de nuestra Constitución Política que señala (los destacados son nuestros): *“La Constitución asegura a todas las personas: el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta **restringida** sino **en los casos** y en la forma determinados por la Constitución y la leyes”*.

- i) El control preventivo de identidad constituye una restricción de la libertad personal

Analizado el control preventivo de identidad del artículo 12 a la luz de la disposición constitucional citada, no cabe duda, en primer lugar, que este nuevo control de identidad constituye una restricción de la libertad personal. Específicamente afecta a la libertad de locomoción, lo que se traduce en residir en cualquier lugar de la República, permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de un lugar a otro lugar de la República, y entrar y salir del territorio de la República. Se puede sostener que el artículo 12 entra en conflicto particularmente con el derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República, porque el control preventivo de identidad faculta a la policía a retener en un punto específico de la República a un individuo hasta por una hora, aún en contra de su voluntad, con el solo propósito de verificar su identidad. Podrá argumentarse que se trata de una restricción de baja intensidad, desde el momento en que su mayor afectación consiste en mantener a esa persona en un punto específico de la República por un tiempo máximo de una hora, pero no parece dudas de que constituye una restricción de libertad personal.

Por una parte, reafirma que se trata de una restricción a la libertad personal la regulación de la forma en que puede ser ejecutado un control de identidad preventivo: la exclusión de menores de 18 años; el lugar (in situ), la duración máxima (una hora), los medios para acreditar identidad, las facilidades que debe darse a la persona, las facultades de la policía durante su realización (identificación y verificación de órdenes de detención), la prohibición de arbitrariedad y discriminación en su ejecución, las posibilidades y facilidades de reclamo, etc.

persona en la vía pública y pedirle sus documentos para acreditar su identidad. La norma no contempla ninguna hipótesis, causal o criterio para controlar la identidad a cualquier persona. En ese sentido, es arbitraria, ya que deja el control de identidad a criterio del funcionario que lo realice”. Intervención del Diputado Farías en Discusión única en Cámara de Diputados, Tercer Trámite Constitucional; página 86

Por otra parte, que se trata de una restricción a la libertad personal fue advertido en múltiples ocasiones por diversos parlamentarios durante su tramitación legislativa. Así, el Senador Harboe señaló que *“si bien el control preventivo puede no existir como tal en la ley, en la práctica se aplica permanentemente puesto que la policía está realizando normalmente un trabajo de índole preventiva. Lo esencial, añadió, es que se adopte un mecanismo que solo represente una restricción menor a las garantías de la persona, estableciéndose vías para que el ciudadano se defienda contra los posibles abusos”*³.

La misma advertencia se hizo en la Comisión Mixta. El Diputado Soto señaló *“que esta modificación importa una posibilidad grave y cierta de restringir la libertad ambulatoria de las personas”* El Diputado Ceroni *“planteó que, a su juicio, esta norma no coarta la libertad ambulatoria porque representa solamente un control de carácter momentáneo y no una restricción de cierta envergadura desde el punto de vista temporal”* y el Senador Harboe *“estimó que hay equilibrio entre la facultad que esta norma incorpora y la libertad ambulatoria de las personas, pues tal como se ha resuelto en jurisdicciones comparadas, la afectación a ese derecho fundamental tiene lugar cuando se saca al transeúnte controlado de su espacio de circulación, lo que aquí justamente se evita, al establecerse la regla de la identificación in situ”*⁴.

Parece evidente que algunos parlamentarios confunden la baja intensidad de la restricción de libertad que representa el control preventivo de identidad con la restricción misma. Afirmar que, por ser un control momentáneo o que por no sacarse al transeúnte controlado de su espacio de circulación, no existe restricción de libertad no es sostenible. Por lo demás, la restricción de libertad se verifica, precisamente porque no se permite que el transeúnte controlado continúe circulando, hasta por una hora, en contra de su voluntad, por el mero requerimiento de un policía. Pero el punto, en esta parte es que el tema se discutió durante la tramitación legislativa y, por ende, sostener que la norma que incorpora el artículo 12 consagra una restricción a la libertad ambulatoria de las personas no puede considerarse una novedad para nadie.

- ii) El artículo 12 de la ley 20.931 debe ajustarse al texto del artículo 19, número 7 letra b) de la Constitución

³ Intervención del Senador Felipe Harboe en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe; pág. 206.

⁴ Intervenciones de los Diputados Leonardo Soto, Guillermo Ceroni y Senador Felipe Harboe en Comisión Mixta; Informe Comisión Mixta, pág. 37

Si el artículo 12 establece una nueva forma de restricción de la libertad personal, la pregunta es si esta nueva legislación debe, o no, ajustarse a la norma del artículo 19 N° 7 letra b) de la Constitución. En tal sentido, no sólo la supremacía de la norma constitucional por sobre la legal responde esta pregunta, sino que, además, un elemento de interpretación histórico confirma que la norma constitucional adoptada buscaba, que cualquier forma de privación o restricción de libertad que se adoptara en el futuro, debía ajustarse a esta disposición.

En efecto, durante la discusión del texto de Constitución de 1980, la Comisión Redactora, conocida como Comisión Ortúzar, en su sesión N° 112 del martes 08 de abril de 1975 discutió el texto del actual artículo 19 N° 7 letra b) de la Constitución⁵.

El debate se genera debido a que la redacción original de la norma se refería a que nadie puede ser detenido, arrestado o preso sino en los casos y forma determinados por la Constitución y las leyes. A partir de ello, los comisionados debaten acerca de la inclusión de otras categorías en el artículo, debido a la existencia de otras instituciones que generan efectos de privación o restricción de libertad. Así se debate la posibilidad de incluir al “procesado”, “relegado”, “confinado”, “desterrado”, entre otras categorías. Frente a este estado de la discusión el Comisionado Sr. Guzmán señaló que *“le parece que lo que ha escuchado en el curso del debate se desprende que este precepto procura impedir que una persona sea privada o restringida en su libertad, y sólo lo será en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes. El señor Schweitzer anotaba, con razón, que los términos que se emplean y los casos que se describen no son los únicos en que una persona pudiera verse afectada en su libertad personal, porque hay otro tipo de pena que también podría ser comprensible de esta situación que se quiere reglamentar. Entonces, piensa que tal vez fuese mejor remitirse a una expresión genérica, que “nadie puede ser privado ni restringido en el ejercicio de su libertad personal, sino en los casos y formas determinados por la Constitución y las leyes”. Cree que con ello se comprenden plenamente, desde luego, todas las expresiones que se contienen en la indicación, salvo la de “procesado”.... La expresión que propone le parece más exactamente comprensiva de lo que se quiere preceptuar; ya que deja cubierta cualquier posible pena, disposición o medida que la ley pueda adoptar como expresión específica de privación o restricción de libertad”...* expresa que

⁵ Sesión N° 112 de la Comisión Ortúzar de 08 de abril de 1975; en Actas Oficiales de la Comisión Constituyente; link en pág. web https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980; pág. 871 y sgts.

para complementar lo que señalaba, quiere decir que si en esa expresión quedara indiscutiblemente claro que se está también comprendiendo las medidas de relegación, de confinamiento, de extrañamiento o de destierro, en fin, las medidas que, de alguna manera, no condujeran a la persona a la cárcel, pero sí la limiten en su libertad personal — le parece innegable que hablar de privación o restricción comprende todas esas figuras— y se dejara expresa constancia en actas, como opinión unánime de la Comisión para la historia fidedigna de la ley, cree que se evitaría cualquier posible interpretación distinta de la que se le quiere dar en este instante”.

En la misma sesión, el Comisionado Sr. Díez señaló que *“desde un punto de vista lógico.... para interpretar cualquiera otra forma de restricción o pérdida de libertad, se van a referir a las que ya se han nombrado. Entonces, el sentido va a ser menos general que si no se hace ninguna enumeración. Por eso prefiere la redacción lisa y llana sugerida por el señor Guzmán, precisando que es el pensamiento unánime de la Comisión, de que ése es su sentido y alcance, que comprende las actualmente en vigencia y cualquiera otra forma que signifique privación o restricción de la libertad personal o de las actividades de las personas”.*

El Comisionado Sr. Ovalle dejó constancia, por último, de que *“el propósito preciso perseguido al aprobar esta disposición —si es que así se acuerda— es robustecer la garantía en cuanto ella sea comprensiva no sólo de las instituciones conocidas o por las denominaciones que se conocen, sino de cualquiera otra que pudiera establecerse e implicar restricción o privación de libertad”.*

El Presidente de la Comisión, Sr. Ortúzar expresó que *“cada vez está más convencido de la necesidad de hacer una referencia genérica a la privación o restricción de la libertad, porque pueden haber formas distintas de las que se han señalado en el número 6° que el día de mañana pudieran emplearse, por ejemplo, la reclusión en un sanatorio, en un hospital, etcétera, que sería una forma de privación de libertad que no estaría comprendida dentro de este precepto”.*

Entonces, no parece haber duda de que la norma adoptada por el artículo 12, por tratarse de una forma de restricción de la libertad personal, debe ajustarse a las exigencias previstas en el artículo 19 N° 7 letra b).

- iii) El artículo 12 de la ley 20.931 debe cumplir la exigencia constitucional de que la libertad personal sólo puede ser restringida en forma determinada

Por ende, si la libertad personal sólo puede ser restringida en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes, cabe preguntarse si el artículo 12 cumple con las exigencias de “*caso y forma determinados*”.

En cuanto a la *forma*, parece que el artículo 12 cumple a cabalidad con el mandato constitucional. Tal como se señaló precedentemente, la forma en que debe practicarse el control preventivo de identidad prácticamente agota el texto del artículo 12. La norma define el lugar en que puede practicarse: a) vías públicas; b) otros lugares públicos, y c) lugares privados de acceso al público, y agrega que debe practicarse in situ; define la duración máxima del procedimiento, de una hora y las consecuencias del agotamiento del tiempo estipulado; define los medios para acreditar identidad, ciertos documentos identificatorios y cualquier dispositivo tecnológico idóneo; define las facultades de la policía durante su realización, básicamente identificación y verificación de órdenes de detención vigentes; establece la prohibición de arbitrariedad y discriminación en su ejecución, y; define las posibilidades y facilidades de reclamo por parte de los afectados, entre otros aspectos formales.

En consecuencia, puede afirmarse que el mentado artículo 12 cumple la exigencia constitucional de la letra b) del N° 7 del artículo 19 en cuanto a definir la forma en que se restringe la libertad personal. Parece ser este un ámbito pacífico del análisis.

iv) El artículo 12 de la ley 20.931 debe cumplir la exigencia constitucional de que la libertad personal sólo puede ser restringida en casos determinados

No parece que el citado artículo 12 cumpla con la exigencia constitucional de que esta restricción de libertad personal de definir los casos en que ella procede.

La Constitución utiliza la expresión “sino en los casos y en la forma”. Esta expresión, en nuestra opinión, es asimilable a la expresión “en caso de” o “en el caso”, similares a la utilizada por la Constitución, pero expresada en singular y no en plural. Según la Real Academia Española de la Lengua, la expresión “en caso de” significa “si se presenta el hecho o la posibilidad de”⁶. Es decir, la expresión gramatical de “sino en los casos determinados por la Constitución y la leyes”, debe entenderse como “sólo si se presenta el hecho o la posibilidad determinados por la Constitución y las leyes”.

⁶ Búsqueda de la palabra caso en <http://www.rae.es/>; genera página <http://dle.rae.es/?id=7pG16he>; consultada por última vez el 07-06-16

Es decir, toda ley que establezca una privación o restricción de la libertad personal debe definir el o los supuestos que habilitan para privar o restringir la libertad de una persona. En definitiva, los “casos” son las hipótesis en las cuales es aplicable el nuevo control preventivo de identidad.

Lo anterior adquiere mayor sentido si razonamos lo que pasaría si la constitución no exigiera a la ley definir cuáles son los “casos”, los supuestos o las hipótesis que autorizan la privación o restricción de libertad.

Si el legislador no estuviera compelido a definir tales casos, supuestos o hipótesis, estaríamos en presencia de una “ley procesal en blanco”, es decir de una ley que autoriza la privación o restricción de libertad a criterio de la autoridad policial, administrativa o de otra índole a quien compete ejecutar dicha ley. Y, por esta vía, nos encontraríamos con una ley que, al dejar a la libre elección de la autoridad llamada a aplicarla, definir a quiénes y en qué casos se aplica, se abriría a la discriminación arbitraria.

Obviamente una ley que no contenga los casos, supuestos o hipótesis que habilitan la privación o restricción de libertad, es una ley que permite a los funcionarios a quienes corresponde aplicarla seleccionar esos casos, supuestos o hipótesis, con lo cual abre, inevitablemente, el camino de la aplicación arbitraria de la norma legal. De ahí la importancia que la propia Constitución ha reconocido de que, cuando una ley establezca una privación o restricción de libertad, debe definir, en su texto, los casos, supuestos o hipótesis a las que tal privación o restricción de libertad se aplica.

Por otra parte, durante la tramitación legislativa quedó en evidencia que los debates principales que generó el nuevo control preventivo de identidad se referían a:

- Que el control preventivo de identidad se emparenta con las facultades preventivas de la policía;
- Que, si bien el control investigativo de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal requiere de un fundamento, en cambio, el nuevo control preventivo de identidad no lo requiere.

Llama poderosamente la atención que estos temas ya fueron parte central del debate que se verificó con ocasión de la tramitación de la ley N° 20.253 de fecha 14

de marzo de 2008 que modificó el control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, ocasión en que ya se discutió la manera de plasmar sus hipótesis de aplicación y diferencias con la detención por sospecha.

En esa discusión legislativa, el diputado Díaz señaló que “en el ámbito procesal, la cuestión empeora por la vía del control de identidad...Todas las referencias del proyecto se refieren a la peligrosidad. En el primer punto, el problema radica en la escalofriante similitud de la propuesta actual con la que establecían los números 3° y 4° del artículo 260 del Código de Procedimiento Penal, consagradorios de la llamada detención por sospecha...Cabe recordar que al establecerse la detención por sospecha no se hace referencia alguna a ningún delito preciso y determinado. Es decir, el funcionario policial que detiene a una persona por sospecha no tiene por qué señalar en el parte un posible delito que esa persona pudiera estar con ánimo de cometer. Se trata más bien de una suerte de estado de peligrosidad que recuerda la ley de estados antisociales dictada durante el gobierno del general Ibáñez, posteriormente derogada, que permitía a la autoridad deportar, desterrar, trasladar dentro del territorio nacional o detener a las personas por un solo estado genérico de peligrosidad. Por eso, la norma propuesta se aparta tan drásticamente del Estado de derecho y de las convenciones internacionales sobre derechos humanos”⁷.

En el mismo sentido, *“el profesor señor Tavolari concordó con el profesor Bofill. Recordó que la introducción del artículo 85 en la discusión original del Código Procesal Penal respondió a la necesidad de establecer un criterio objetivo que limitara la arbitrariedad de la policía en una actuación en la que no tiene control previo de nadie. Agregó que las hipótesis del encapuchado y el embozado que plantea la modificación se parecen a la tristemente célebre detención por sospecha, que autorizaba a detener a quién transitara a deshora, se negara a identificarse o portara disfraces”⁸.*

Y frente a esta línea argumentativa que procuraba delimitar lo más posible las hipótesis de un control de identidad, ya se esbozaba una postura destinada a ampliar las facultades policiales. Así, *“el Honorable Senador señor Espina expuso que en muchos países de condición democrática fuera de toda duda se permite incluso un control de identidad preventivo, sin necesidad de indicio alguno, pues en*

⁷ Intervención del Diputado Marcelo Díaz en Discusión General del proyecto de la ley 20.253 en Sala de la Cámara de Diputados; página 16; 11 de octubre de 2006

⁸ Intervención del profesor Raúl Tavolari Oliveros en Segundo Informe Comisión de Constitución del Senado; página 31; 08 de agosto 2007

esas latitudes se entiende y acepta que la policía, en ejercicio de su función preventiva, puede pedir a cualquier persona que acredite su identidad”⁹.

Concordante con lo anterior, *“la diputada Nogueira explicó que lo que se persigue en un control de identidad eficiente porque al mantenerse las restricciones del artículo 85 pierde todo el sentido el hecho que las policías puedan requerir la identidad, destacó, por cualquier medio que haga creíble que la persona manifiesta su identidad. El problema se presenta en la necesidad de probar fundamentos para requerir la identificación, como lo exige el artículo 85 y además, hay que tener presente que a la fecha hay 66.000 órdenes de detención pendientes que no han podido ser pesquisadas”¹⁰.*

Recordemos que, finalmente, la modificación que introdujo la ley N° 20.253 al artículo 85, si bien amplió su aplicación, no eliminó la exigencia de “caso fundado”, “indicios” de comisión de delito, entre otros.

Pareciera que las posturas que se enfrentaron con ocasión de la ley 20.253 revivieron en la tramitación de la ley N° 20.931, pero con resultado diverso. En efecto, si se revisa la historia de la ley 20.931 se puede verificar que las posiciones se dividían entre quienes advertían la falta de supuestos que habilitan el control de identidad preventivo, el riesgo de arbitrariedades y su parentesco con la detención por sospecha, versus quienes abogaban por el control de identidad preventivo, sin causa o motivo, basado en que se trata de facultades preventivas y no investigativas y convencidos en que las restricciones formales introducidas sustituirían la necesidad de explicitar el “caso” que lo hace procedente o celebrando, derechamente, que sea “abierto, sin requisitos”.

Recordemos que el control preventivo de identidad que nos ocupa se generó en una indicación parlamentaria, la que, posteriormente, fue patrocinada por el Ejecutivo, precisamente, bajo el fundamento de que apuntaba a facultades preventivas de la policía. En efecto, *“la señora Blanco, doña Javiera, señaló que el Ejecutivo apoya esta indicación en el contexto que busca diferenciar las funciones de persecución penal propiamente tal, de las funciones preventivas. Tratándose de estas últimas, 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,*

⁹ Intervención del Senador Espina en Segundo Informe Comisión de Constitución del Senado; página 31; 08-agosto 2007

¹⁰ En Informe de Comisión de Seguridad Ciudadana Cámara, páginas 71 a 73;

*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*¹¹.

En el mismo sentido, el diputado Fuenzalida señaló que *“respecto del control de detención, materia no incluida en la agenda corta antidelincuencia, pero que fue introducida en la misma a través de una iniciativa parlamentaria, celebro que el gobierno, finalmente, se allanara a darle la razón a lo que algunos parlamentarios habíamos planteado, esto es, la necesidad de contar con un control de identidad preventivo, el que hoy no existe...El artículo 85 del Código Procesal Penal apunta a la lógica de la investigación. Por eso los fiscales pueden exigir, en casos fundados, el control de identidad. Lo que estamos introduciendo ahora no tiene nada que ver con el ámbito de la investigación. Se trata de una materia que a los fiscales no les importa. Me refiero al control preventivo abierto, sin requisitos, característica esencial de tal procedimiento. Así lo entendió el gobierno y por eso apoyó la iniciativa*¹².

Llama la atención la línea argumental esgrimida cuando el análisis se hace desde una óptica constitucional. No es sostenible que, por tratarse de funciones preventivas de las policías, este control preventivo no necesita exigir casos supuestos o hipótesis para su aplicación (“abierto, sin requisitos”). El artículo 19 N° 7 letra b) de nuestra Constitución no excluye la función preventiva de la policía de su ámbito de aplicación y, como se señaló previamente, no parece haber discusión alguna de que el control de identidad preventivo constituye, en sí, una restricción a la libertad personal.

Además, siempre desde el punto de vista constitucional, parece peligroso fundar una restricción a la libertad personal en meras alusiones a las funciones preventivas de la policía. El texto aprobado alude expresamente a *las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública* de las policías, conceptos cuya delimitación es difusa y que no tienen, efectivamente un contenido predeterminado. Si la Constitución asegura a todas las personas su derecho a la libertad personal y aplica exigencias a cualquier ley que la restrinja, no parece que la mera alusión a razones de resguardo y seguridad pública la satisfagan. En alguna medida, la línea

¹¹ Intervención de la Ministro de Justicia, Javiera Blanco en Informe de la Comisión de Constitución, de la Cámara; página 90

¹² Intervención del Diputado Gonzalo Fuenzalida en Discusión en Sala; pág. 36

argumental recuerda que la seguridad nacional fue el fundamento de detenciones, ejecuciones y desapariciones masivas para diversas dictaduras en América Latina en años recientes. Siempre, desde una mirada constitucional, es malo el fundamento al que se recurre, carente de contenido y delimitación precisa.

Por otra parte, durante todo el período de tramitación legislativa hubo numerosas advertencias acerca de la falta de caso, supuesto o hipótesis del nuevo control preventivo de identidad. Sólo a modo de ejemplo, cabe citar el informe de la Corte Suprema durante la tramitación de la ley 20.931, indica **“9º) Que el cuadro regulativo del control de identidad que propone el proyecto no quedaría completo, sin embargo, sin la referencia a lo reseñado en el artículo 12 de esta propuesta, que es una disposición autónoma, que no modifica ningún cuerpo normativo, 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 Código Procesal Penal, es que como correlato a no requerir como sustento ningún 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.”**¹³

En el mismo sentido, la diputada Pascal agregó que *“desde 1906 a 1998 nos regimos por una ley que establecía la detención por sospecha. A diferencia de esa ley, el proyecto en discusión dispone mayor precaución, pero a la vez propone facultar a Carabineros para que, sin motivo alguno, solicite a una persona su identificación. Claramente, estamos peor que en 1998. ¿Cómo es posible que en un Estado democrático debamos discutir y, peor aún, justificar la procedencia de esa normativa? Como dijo el relator especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, las detenciones administrativas, que a su juicio son reclusiones, presentan graves riesgos de privación arbitraria de libertad. Con esa disposición definitivamente se discriminará. ¿Por qué no reconocemos, como dijo el diputado Claudio Arriagada, que en las poblaciones constantemente habrá control y que en los barrios altos no lo habrá?”*¹⁴

¹³ Prevención de los Ministros Juica, Künsemüller, Brito, Cerda y el suplente señor Miranda; en Oficio 102-2'15 de fecha 14 de septiembre de 2015 de la Excelentísima Corte Suprema, dirigido al Senado

¹⁴ Intervención de la Diputada Denise Pascal Allende en Discusión única en Cámara de Diputados, Tercer Trámite Constitucional; página 71

Y, por su parte, el diputado Soto indicó que *“entrega a la policía la facultad de controlar la identidad, registrar y detener personas para llevarlas a un cuartel policial y mantenerlas detenidas hasta por cuatro horas, sin que hayan hecho nada más que no portar su documento de identidad. Como esta herramienta de control de identidad es tan amplia y no exige que se fundamente ningún motivo ni sospecha de nada, los expertos que participaron en las comisiones en que se tramitó el proyecto señalaron que será ejercida discriminatoriamente y con abuso. De forma inevitable, la policía la ejercerá sobre la base de prejuicios o estereotipos, siendo el blanco más recurrente los más desventajados o desprotegidos de la sociedad. ¿O acaso alguien cree que se hará controles de identidad o redadas policiales a los residentes de La Dehesa, a la salida de los clubes de golf o a los ejecutivos del “Sanhattan”? Como todos sabemos, los destinatarios de este invento policial serán personas del mundo popular, de nuestro mundo, de nuestros sectores, jóvenes de la periferia, minorías sociales, migrantes y menores de 18 años de edad. Así, estaremos creando un control de identidad no por sospecha, como era antes, sino por pobreza”*¹⁵.

Desde otro punto de vista, se puede afirmar que todas las disposiciones que se han adoptado en Chile durante los últimos 110 años en materia de concesión de facultades o herramientas preventivas a la Policía, han determinado los casos o las hipótesis en que son aplicables.

Durante la discusión en sala de la Cámara de Diputados, de la ley, en tercer trámite constitucional, el – entonces - Sr. Ministro del Interior, Jorge Burgos hizo *“algunas consideraciones históricas que pueden aportar a su comprensión y discusión en esta instancia legislativa. Entre 1906 y 1998 -casi un siglo- estuvo vigente lo que se conoce como detención por sospecha. El derogado artículo 260 del Código de Procedimiento Penal -cuerpo legal que todavía se utiliza en algunas causas- facultaba a las policías, además de en los casos de delitos flagrantes, para detener a personas cuando disimulaban su identidad o rehusaban darla a conocer, o en los casos en que la persona se encontraba a deshoras o en circunstancias que prestaban motivo fundado para “atribuirle malos designios, si las explicaciones que diere de su conducta no desvanecieran las sospechas.”. Repito: por 92 años estuvo vigente la llamada detención por sospecha. El artículo pertinente fue derogado por ley a través de una moción presentada en 1993. Durante su tramitación, y como*

¹⁵ Intervención del Diputado Soto en Discusión única en Cámara de Diputados, Tercer Trámite Constitucional; página 84

contrapartida a su derogación, se incorporó por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el control de identidad -no el preventivo-, tal como lo conocemos hoy en el artículo 260 bis del Código de Procedimiento Penal, norma que señalaba lo siguiente: “La policía podrá solicitar la identificación de cualquier persona, en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella ha cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, o de que se dispone a cometerlo, o de que se puede suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encuentre, debiendo dársele todas las facilidades posibles para acreditarla, lo que podrá hacer por cualquier medio.”. Posteriormente, en el año 2000, el texto original del nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 85 recogió un texto prácticamente idéntico al que cité. Dos años después -esta parte la conozco porque trabajé respecto de ella en mi calidad de diputado-, la ley N° 19.789 amplió de cuatro horas a seis horas la duración del procedimiento de identificación del controlado. Además, se incorporó la facultad de las policías de registrar vestimentas, equipaje y el vehículo del controlado. Por último, en 2008, es decir, hace pocos años, también se tramitó una denominada “agenda corta antidelincuencia”, que estableció varias modificaciones al actual artículo 85 del Código Procesal Penal, e incorporó nuevas hipótesis para la procedencia del control de identidad, tales como considerar el caso de “la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular la identidad”; establecer la facultad para las policías de cotejar la existencia de órdenes de detención pendientes; ampliar nuevamente el plazo del control, de seis horas a ocho horas, y establecer expresamente la relación entre el control de identidad y la eventual detención del controlado. Todas las modificaciones descritas dieron lugar a un debate en el mundo académico y en el propio seno de esta Corporación.

Por lo tanto, la presente es una discusión que se ha dado en la reciente historia legislativa chilena y los resultados demuestran que hemos arribado a instituciones procesales más fortalecidas. A lo anterior debo agregar que en la actualidad se encuentra plenamente vigente el artículo 85 del Código Procesal Penal, que es una herramienta de persecución penal para aquellos casos en que las policías tienen indicios de que alguien ha cometido o intentado cometer un crimen, un simple delito o una falta.

Asimismo, está vigente y es aplicable el control establecido en la ley N° 19.327, modificada recientemente por la ley N° 20.844, que establece derechos y deberes para los asistentes y organizadores de espectáculos de fútbol profesional, cuyo artículo 21 permite a las policías controlar la identidad de dichos asistentes. Según lo expuesto, podemos aseverar que nuestro país tuvo una normativa sobre

detención por sospecha durante 92 años y que actualmente se encuentran vigentes dos tipos de control de identidad sin mayores cuestionamientos¹⁶”.

Tiene razón el ex Ministro Burgos al hacer esta referencia histórica a los textos que han otorgado distintas herramientas preventivas a las Policías. Pero un examen de las mismas normas citadas precedentemente indica que todas ellas han contemplado los “casos”, esto es, los supuestos, las hipótesis, en que se aplican, con redacciones más o menos amplias. Incluso la norma del artículo 21 de la ley N° 19.327 define su “caso” con referencia a los espectáculos de fútbol profesional, a los delitos, faltas e infracciones cometidas por cualquier persona con ocasión de un espectáculo de fútbol, a todos los hechos y circunstancias conexas a dicho espectáculo.

Y es lo que no ocurre con el artículo 12 de la nueva ley.

En efecto, del texto del artículo 12, lo más cercano a la definición de “caso” parece ser la referencia a “cualquier persona mayor de 18 años”. No parece que la mera exclusión de personas menores de 18 años del universo de personas que pueden objeto de un control preventivo de identidad pueda cumplir con la exigencia de definir los supuestos en que se puede aplicar.

La referencia a las *funciones de resguardo del orden y la seguridad pública* no define el caso, aunque insinúa el fundamento ideológico de esta nueva institución; la determinación de los lugares donde puede encontrarse la persona que va a ser objeto del control de identidad preventivo, en nuestra opinión, responde más bien al modo o forma en que puede tener lugar (dónde) y no al supuesto en que es procedente (caso). Y lo mismo puede señalarse de las demás disposiciones contenidas en el artículo 12.

v) Conclusión

Bajo este análisis, la conclusión que se propone es que el artículo 12 de la nueva ley, que establece el control preventivo de identidad no cumple la exigencia de definir los casos a que se aplica esta nueva forma de restricción de la libertad

¹⁶ Intervención del Ministro del Interior Jorge Burgos en la Cámara de Diputados, Sesión 14 de martes 19 de abril de 2016; Publicación Oficial; en <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=11745%20&prmTIPO=TEXTOSESION>; visitado por última vez el 08-06-16; pág. 42

personal y, por ende, es inconstitucional a la luz de lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 letra b) de nuestra Constitución Política.

III. El fallo del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, al momento de revisar la constitucionalidad de la ley 20.931, señaló que el artículo 12, que incorpora el control preventivo de identidad no era norma orgánica constitucional y, por ende, no era materia de control preventivo de constitucionalidad. Ello habilita a intentar un recurso de inaplicabilidad ante el propio Tribunal Constitucional en el futuro.

Esta decisión fue adoptada por 5 votos contra 5, dirimiendo el empate a favor de que no era materia de control preventivo de identidad, el Presidente del Tribunal. Los Ministros Aróstica, Brahm, Letelier, Pozo y Vásquez estuvieron por declarar propio de ley orgánica constitucional el citado artículo 12

Además, cuatro de estos Ministros, Aróstica, Brahm, Letelier y Vásquez estuvieron por declarar inconstitucional parcialmente el texto del artículo 12 sólo respecto de la frase “en ningún caso podrá extenderse más allá de una hora”. Al efecto, sostuvieron que *“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. Como, asimismo, el lapso de una hora puede, en los hechos y según otros casos, resultar absolutamente insuficiente para el cumplimiento eficaz y efectivo de las labores policiales, lo que atentaría, esta vez, contra el deber del legislador de allanar el ejercicio legítimo de aquellos cometidos esenciales del Estado, aquí descritos en el artículo 101, inciso segundo, de la Constitución Política. Eliminando el tiempo máximo de una hora, referido en el texto legal, se reduce el control de identidad al tiempo “estrictamente necesario” para efectuarlo, expresión que responde a un concepto jurídico que, a pesar de su eventual imprecisión, responde a una esfera de la realidad, cuyos límites quedan entregados a la ponderación y posterior control de cada caso en particular. De igual manera como esta concepción realista encuentra arraigo en el mismo artículo 44° constitucional, cuando expresa que la ley orgánica constitucional reguladora de los estados de excepción, contemplará “lo estrictamente necesario” para el pronto restablecimiento de la normalidad constitucional. Lo que permite concebir dicho concepto como aquello ajustado enteramente a la necesidad o a la ley, y a lo que debe hacerse inevitablemente conforme al fin que se persigue. Un procedimiento de identificación de esta índole, tiene entonces que durar “lo estrictamente necesario”,*

entendiéndose por ello que ha de llevarse a efecto con toda expedición y en un espacio de tiempo suficiente, conforme al principio de celeridad recogido en la Ley N° 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado (artículo 8°, inciso segundo) y en la Ley N° 19.880 sobre procedimientos administrativos (artículo 7°). De modo que así se armonizan el pleno respeto de los derechos de las personas con la consecución del bien común general, según requiere el artículo 1° inciso cuarto, de la Carta Fundamental. Conciliación, ésta, contra la que conspira la determinación de un período específico, como el que establece a priori el texto revisado, circunstancia que lo torna inconstitucional, según se ha explicado”.

Aunque es interesante la referencia a que la duración máxima de una hora del control de identidad preventivo “*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*” la referencia no se hace cargo del razonamiento expuesto en el presente documento relativo al incumplimiento de la exigencia constitucional de que la norma en comento contemple los casos en que se puede restringir la libertad personal.

Finalmente, en cuanto al fallo del Tribunal Constitucional, el Ministro Pozo estuvo por declarar inconstitucional todo el artículo 12, basado en los siguientes fundamentos:

“1°. El Artículo 12 del proyecto contiene una norma de carácter orgánico constitucional, según el artículo 105 de la Constitución, al entregar a los funcionarios de Carabineros y de la Policía de Investigaciones la facultad de “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”.

El precepto es inconstitucional pues esta nueva facultad policial, lesiona el derecho a la libertad ambulatoria.

2°. Según el artículo 19, N° 7, letra b) de la Constitución, “[n]adie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”. De este modo, 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.

3°. *Que el derecho a la presunción de inocencia significa la ruptura definitiva con el procedimiento inquisitorio y el abandono del sistema de prueba tasada, fenómenos estos que se iniciaron en virtud del proceso de reforma que culminó con el Código Procesal Penal vigente a contar del 12 de octubre de 2000 (Ley 19.696). El derecho a la presunción de inocencia constituye un derecho fundamental y básico, que a la vez es una norma procesal de imperativa observancia en todo procedimiento del que puedan derivarse resultados sancionatorios o limitativos de derechos para los ciudadanos.*

4°. *La constitucionalización del derecho a la presunción de inocencia ha hecho que este derecho haya trascendido al ámbito penal pues al ser un derecho constitucional, fundamental y básico, es indudable que incide en todo tipo de procedimiento.*

5°. *Desde la constitucionalización del derecho a la presunción de inocencia, el acusado de un ilícito puede probar su inocencia pero en ningún caso tienen la obligación jurídica de demostrarla, por lo cual es obvio que nunca podrá sufrir las consecuencias de aquello que no sea probado por aquel que le acusó.*

6°. *El control que plantea la norma introduce un nuevo mecanismo, distinto del regulado en artículo 85 del Código Procesal Penal, que no requiere que la persona ponga o pueda potencialmente poner en peligro la seguridad ciudadana para poder ejercer la atribución, quedando entregado a la discrecionalidad de los agentes de Carabineros y de la Policía de Investigaciones, razón por lo cual excede los 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.*

7°. *La jurisprudencia constitucional ha enfatizado la finalidad humanista de la Constitución y el deber de todos los órganos del Estado, incluida esta Magistratura, de promover y respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, los que a su vez se imponen como límite de la soberanía, sosteniendo que “ [e]l contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 1º, 4º y 5º, inciso segundo, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, su dignidad y libertad*

natural; y al respeto, promoción y protección de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como limitación del ejercicio de la soberanía y como deber de los órganos del Estado. (STC 2747 cc. 11 y 12) (En el mismo sentido, STC 2801 cc. 11 y 12).

8°. *Que como ha dicho el Tribunal Supremo español, es: “presupuesto básico e indispensable para la prosperabilidad de la pretensión es la existencia de una detención (SSTC 26/1995, 62/1995 y 21/1996). Como tal debe considerarse cualquier forma de privación de la libertad deambulatoria del ciudadano, sea cual fuere la denominación que a estos efectos quiera utilizarse (“retención”, intervención personal, sanción disciplinaria, etc.). En esta línea, las SSTC 98/1986 y 61/1995 han declarado que “debe considerarse como detención cualquier situación en la que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad” (Hábeas corpus frente a detenciones ilegales, Introducción y selección de Luis Alfredo de Diego Díez, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, pp. 12 y 13).*

9°. *La soberanía es un principio ya antiguo que adquiere aquí un nuevo sentido: el origen de todo poder está en el pueblo, y nada es superior a la voluntad general. El segundo es el de la libertad del individuo respecto de todo poder estatal, legítimo o ilegítimo, en los límites de un ámbito que le es propio. Para garantizar esta libertad se vela por el pluralismo y por el equilibrio de los diferentes poderes.*

10°. *Que la norma en cuestión del proyecto adquiere una impronta de inconstitucionalidad, desde el momento mismo que priva la libertad deambulatoria del ciudadano, exigiendo un control de identidad y autorizando restringir o privar de libertad a cualquier persona mayor de 18 años en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público, lo cual per se afecta la garantía del artículo 19, N°7, letra b de la Carta Fundamental”.*

Sin ánimo de efectuar un análisis en profundidad del voto disidente, su texto parece apuntar en la dirección que proponemos, particularmente en los considerandos segundo “*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 sexto “*El control que plantea la norma introduce un nuevo mecanismo... que no requiere que*

la persona ponga o pueda potencialmente poner en peligro la seguridad ciudadana para poder ejercer la atribución, quedando entregado a la discrecionalidad de los agentes de Carabineros y de la Policía de Investigaciones, razón por lo cual excede los límites constitucionales y conceptos ampliamente protegidos por nuestro orden constitucional". Sin embargo, no profundiza en el análisis de si el artículo 12 de la ley 20.931 cumple la exigencia que la Constitución impone a toda ley que restringe la libertad personal, en orden a definir los "casos" en que se aplica.

En resumen, a la luz de lo resuelto por el Tribunal Constitucional y de sus fundamentos, estimamos que está abierta la vía de recurrir al Tribunal Constitucional vía inaplicabilidad para que se declare inconstitucional en un caso concreto el control preventivo de identidad del artículo 12. Además, el razonamiento que hemos ofrecido en el acápite II de este documento no ha sido sometido a la consideración formal del Tribunal Constitucional.