



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

**DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS
DEFENSORÍA NACIONAL**

MINUTA

**Sobre los registros de equipaje y vehículos en el sistema penal. Cambios
jurisprudenciales en EEUU a propósito de la sentencia Arizona v. Gant**

N°4/ 2011/Agosto

Alejandra Castillo Ara

Sobre los registros de equipaje y vehículos en el sistema penal. Cambios jurisprudenciales en EEUU a propósito de la sentencia Arizona v. Gant

Contenido

| | |
|--|-----------|
| 1. Introducción | 3 |
| 2. El proceso penal como un sistema garantista..... | 5 |
| 3. La relación entre verdad y validez..... | 8 |
| <i>a. La verdad como pretensión procesal.....</i> | <i>9</i> |
| <i>b. La mirada utilitarista de las reglas procesales</i> | <i>12</i> |
| 4. De la idea de registro en general | 14 |
| 5. El registro de la persona..... | 15 |
| <i>a. La privacidad como bien jurídico limitante</i> | <i>18</i> |
| <i>b. La consideración del cuerpo como lugar de exclusión y las vestimentas como sitio diferenciado.....</i> | <i>20</i> |
| 6. Registros del equipaje y vehículo | 23 |
| 7. Conclusión | 26 |
| Bibliografía | 29 |
| Anexo: Traducción de la sentencia Arizona c. Gant de la Corte Suprema de los Estados Unidos.... | 31 |

1. Introducción

El 21 de abril del año 2009, la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica dictó una sentencia que vendría a cambiar la concepción que hasta ahí se tenía de los hechos delictivos que autorizaban un registro, y la interpretación -hasta ese momento- restrictiva de la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Luego de decisiones poco afortunadas respecto a las atribuciones por parte de la policía para realizar registros con ocasión de un arresto, como en *New York v. Belton* o en *Thornton v. United States*¹ la resolución del caso *Gant*, marcó una cisura importante en la historia de la interpretación de la Cuarta Enmienda como limitación exigible respecto a los registros con ocasión de un arresto. Esta disposición señala lo siguiente: “El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”².

En esta resolución se señaló que a la luz de la Cuarta Enmienda, el interés en el cumplimiento de la ley (*law enforcement officers*) como criterio legitimador, requiere que en un caso determinado exista para el oficial de policía una amenaza constante y actual a su seguridad (que puede verse amenazada por la persona arrestada) o bien una necesidad de protección de la evidencia relacionada con el delito (que puede ser destruida por la persona arrestada). Sólo atendiendo a estas dos justificaciones, se podría justificar un registro desprovisto de una orden judicial. A la luz de la Cuarta Enmienda, cualquier registro que no se justifique según estas dos exigencias, será un registro arbitrario³.

¹ Desde 1981, a la luz del caso *Belton* se mantuvo una interpretación limitada de la Cuarta Enmienda en materia de atribuciones de policía para realizar registros con ocasión de un arresto. Con esto se estableció la doctrina de *the bright line rule*, que lo que hacía era tener una interpretación que obedecía al siguiente razonamiento: “si se arresta, se busca”.

² Texto original: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.

³ Por supuesto que la exigencia de justificación a la luz de estos presupuestos es una exigencia diferenciada. No se requiere la concurrencia de estas dos situaciones, no son requisitos copulativos, aunque tampoco – obviamente- excluyentes.

Lo que se consagra, entonces, es una auténtica limitación a la arbitrariedad estatal en atención a los derechos fundamentales de los individuos. Las atribuciones de policía no son irrestrictas. Una comprensión correcta de las facultades intrusivas de estas entidades implica necesariamente establecer procedimientos rigurosos de legitimación de los casos particulares en que se quieran vulnerar dichas esferas de protección. La premisa opera sobre la base de algo que para una concepción de un estado democrático de derecho resulta evidente, a saber: porque el derecho penal y el proceso penal constituyen una afectación gravosa de derechos fundamentales, es que tanto su consagración normativa, así como su ejercicio material deben someterse a estándares de legitimación rigurosos; de lo contrario, esa afectación se vuelve arbitraria. La potestad punitiva del Estado como derecho subjetivo y derecho adjetivo, debe tener una fundamentación y una delimitación precisa. Roxin señala al respecto que

[n]o se debe ignorar, sin embargo, que el aumento de poder que el Estado recibió a través de la transmisión de la violencia penal puede significar también un gran peligro para aquel que, siendo quizá inocente, ha caído en sospecha. Por ello, con la aparición de un derecho de persecución penal estatal, surgió también, a la vez, la necesidad de erigir barreras contra la posibilidad del abuso del poder estatal⁴.

En Chile, el límite a la intervención estatal se encuentra en el catálogo de garantías fundamentales que están en la Constitución Política, así como en otras disposiciones aisladas del mismo cuerpo legal, en los diversos pactos internacionales ratificados e incorporados a nuestra legislación conforme al art. 5 de la Carta Fundamental y, por supuesto, en nuestro Código Procesal Penal. El problema, sin embargo, surge por la inobservancia práctica de estas garantías y por las dificultades que generan hoy a los operadores del sistema procesal penal las imprecisiones cotidianas propias de un intérprete inmaduro en lo que a sistemas garantistas se refiere. Todo esto, por supuesto, se ha visto agudizado por las constantes demandas irrestrictas de una justicia mal entendida por parte de la sociedad, avivada por los medios de comunicación, quienes en un aprovechamiento irresponsable del principio de publicidad, han instaurado una tendencia criminalizadora de personas que, para el Estado, son inocentes mientras no hayan sido sometidas a un debido proceso.

⁴ Roxin, C: *Derecho Procesal Penal* (Argentina: Editores del Puerto s.r.l., 2000), p.2.

2. El proceso penal como un sistema garantista

Desde hace ya diez años, Chile ostenta un sistema procesal penal de carácter acusatorio, que vino a reemplazar el nefasto sistema inquisitivo que teníamos antes. Para nadie es novedad el avance en términos de reconocimiento garantista que esto implica. Hoy podemos decir que tenemos un sistema que obedece a estándares internacionales y que funciona con observancia de las garantías fundamentales. Si bien el derecho norteamericano no es exactamente idéntico al nuestro, pues ellos tienen el sistema de ‘jurado de conciencia’, además de tener un sistema de justicia federal, hay estándares que son sino idénticos, muy cercanos.

A pesar de los 50 sistemas estatales distintos, hay un estándar mínimo federal para el derecho de los inculcados en los procesos estatales. Resulta de la interpretación judicial de la Constitución federal, por la cual todos los derechos constitucionales federales del inculcado en el proceso penal federal, precisados arriba, son aplicables a los procesos penales estatales por la amplia interpretación judicial del concepto del ‘debido proceso legal’ en la enmienda 14. El respeto de tales derechos es por consiguiente vinculante para los 50 estados, de acuerdo con ‘la cláusula de la supremacía’ de la Constitución federal (más las leyes federales y los tratados internacionales) ‘es la suprema ley del país y todos los jueces de cada estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier estado’ (artículo 6 cl. 2)⁵.

Estas, entre otras diferencias, no obstan a que ambos sistemas sí se asimilen en cuanto ambos son sistemas procesales garantistas. Se parte de la base que a quien se le está imputando la participación en un determinado hecho delictivo es, ante los ojos del derecho, una persona inocente. Y lo seguirá siendo hasta que quien detenta la potestad punitiva persecutora, sea capaz de demostrar lo contrario más allá de toda duda razonable, en nuestro ordenamiento jurídico; *beyond a reasonable doubt* en derecho estadounidense⁶. Por consiguiente, si hay algo en lo que ambos sistemas coinciden plenamente es en lo referente al respeto a las garantías durante el proceso penal. En este sentido algo que no se debe perder de vista nunca durante este período es que la persona que está siendo sometida a proceso es una persona inocente y ese es un estatuto jurídico que se reconoce a todos.

⁵ Cassel, D: *El sistema procesal penal de los Estados Unidos de América*, CRIMINALIA, Año LXIX, No. 2, 163-92 (Academia Mexicana de Ciencias Penales, 2003), pp.352-353.

⁶ Así lo declara el Art. 340 del Código Procesal Penal: “Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración”.

El rol que juega en este sentido el sistema procesal penal no es ya un rol secundario, como muchos quisieran pensar, sino que tiene un rol principal en tanto herramienta que viene a delimitar los márgenes de actuación de quienes participan de este proceso, ya sea en la etapa de investigación, ya sea en la etapa de juicio, en las actuaciones de policía, etc.

[...]En el marco de los principios básicos que informan el Estado social y democrático de derecho, el derecho procesal no sólo se ocupa de la organización y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, sino que se constituye como un sistema de garantías orientado a hacer posible la obtención de una efectiva tutela de los derechos de las personas que permita la creación y mantenimiento de condiciones de paz en la comunidad. Así, el derecho procesal es *instrumental* y no como tradicionalmente se ha sostenido, que las normas procesales están orientadas a la imposición de una pena o la represión⁷.

Que sea caracterizado como *instrumental* no desnaturaliza el carácter de esencial que tiene el proceso penal. Hoy en día la adecuada aplicación del derecho penal sustantivo se determina por la existencia de un sistema procesal adecuado. Los criterios legitimadores de la pena, pierden, en cierta medida, el sentido si no se cuenta con un proceso adecuado. De ahí entonces es que se pueda sostener que en los sistemas procesales modernos existe preeminencia del *Principio de formalidad del proceso penal*.

Por definición, todas las normas del Derecho procesal penal son *normas potestativas*. Ellas disciplinan los actos que integran necesaria o eventualmente un procedimiento, disponiendo sobre el modo, tiempo y forma en los cuales deben ser llevados a cabo para obtener ciertas consecuencias jurídicas, sobre la competencia de los órganos públicos que ejercen la función penal del Estado para realizar algunos de ellos o las facultades de los particulares intervinientes en el procedimiento para llevar a cabo otros. Sus normas conectan así un acto válidamente llevado a cabo con una consecuencia jurídica precisa, delimitando las acciones jurídicamente indiferentes de aquéllas que tienen un sentido preciso en el procedimiento⁸.

El actuar del derecho procesal penal entra en juego desde que es el sistema llamado a restablecer el orden y la paz social luego de que se ha defraudado una expectativa normativa⁹. Es decir, sólo cuando se cree que una persona ha tenido un comportamiento contrario a derecho, es que entran en juego las normas procesales como mecanismos para determinar si efectivamente ese comportamiento, *prima facie*, contrario a derecho es tal, es decir, si existe en

⁷ Sampedro, J.A.: *La Humanización del Proceso Penal* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Legis Editores S.A., 2003) p.168.

⁸ Maier, J: *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos* (Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2002, Segunda Edición), p. 93.

⁹ Al respecto véase Beccaria, C: *De los delitos y de las penas*, (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000), pp. 216-228; Hobbes, T: *Leviatán*. 9ª reimpression, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 106 ss.; Kant, I: *La Metafísica de las Costumbres*, (Madrid: Editorial Tecnos, 2005) pp. 37 ss.; Hegel, G.W.F: *Principios de la Filosofía del Derecho* (Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 2004), pp.99 ss.

el mundo exterior. Pero además se debe determinar si ese comportamiento contrario a derecho es atribuible a un sujeto, de acuerdo a la forma de participación delictiva que se le esté imputando: imputación objetiva e imputación subjetiva.

Ahora bien, esta constatación de la participación de una persona en un determinado acto contrario a derecho debe necesariamente obedecer a la estructura formal del sistema que se exige en el proceso penal. Esto no es más que una manifestación del Principio de legalidad, y de una legalidad estricta. El procedimiento mediante el cual se intenta llegar al esclarecimiento de la *verdad* respecto a esa conducta atribuida debe sujetarse a estándares intersubjetivamente vinculantes que se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico. Sólo pueden considerarse estándares intersubjetivamente vinculantes, aquéllos que se encuentran establecidos en nuestra legislación, ya sea en la ley, en la Constitución o en los tratados internacionales ratificados por Chile. Si no hay sujeción a estos estándares formales, estamos en presencia de un procedimiento arbitrario y de una actuación que para el derecho, debiera resultar inválida. Sólo aquello que se sujeta a estas normas de validación vinculantes, se encuentra legitimado por el derecho. El reconocimiento de estos principios no es más que un mandato de observancia de las garantías fundamentales que limitan la potestad punitiva del estado, ya sea en tanto derecho sustantivo o derecho adjetivo.

Es en el proceso penal donde entran en conflicto el interés individual de aquél que (se sospecha) ha cometido un acto contrario a derecho por una parte; y el interés colectivo de la comunidad en la seguridad de la misma. Ahora bien, es sabido que es propio de los estados totalitarios el reconocimiento irrestricto del interés de la colectividad en su seguridad. En ese sentido, el imputado era considerado como objeto del proceso penal.

De los modelos ilustrados surge la concepción de los derechos fundamentales como límites al actuar estatal, se reconoce al imputado como sujeto procesal y no como objeto del proceso. De ahí, la afirmación que hiciera Roxin respecto a que el derecho procesal penal constituye un “sismógrafo” de la Constitución del Estado, pues claro, sirve como mecanismo de medición cualitativo respecto del reconocimiento de ciertas garantías¹⁰.

¹⁰ Al respecto Roxin, C. *Op. Cit.*, en n. 4, pp. 10 ss.

3. La relación entre verdad y validez

Si bien es cierto que una de las finalidades que tiene el Estado es el esclarecimiento de los hechos con miras a una *verdad*, es también cierto que respecto de esa finalidad, no se encuentra en una posición de permisión absoluta; sino que, por el contrario, se encuentra limitado por los derechos fundamentales y, de manera basal, por la dignidad de las personas.

Ahora bien, es necesario igualmente hacer ciertas precisiones respecto a qué se entiende por verdad (en sentido procesal) y qué por validez (también en sentido procesal). La premisa desde la cual se enfocará el análisis será la siguiente: todo acto estatal que tenga pretensiones de búsqueda de una verdad (provisional), tendrá que cumplir con ciertos criterios de validez para que esa obtención de verdad (definitiva) sea conforme a derecho y no contraria a él. Es propio de un Estado moderno, que cuente con criterios delimitatorios de potestades estatales, de lo contrario, estaríamos hablando de un Estado totalitario.

Superadas las antiguas concepciones, llevadas a la práctica durante siglos, y que propiciaban la búsqueda de la verdad a toda costa, sin importar el recurso a los tormentos y al método inquisitivo a ultranza, la investigación de la verdad en el actual proceso penal no es un valor absoluto sino que se halla limitada por los valores éticos y jurídicos del Estado de Derecho¹¹.

A simple vista se podría sostener que lo que hay es una contraposición de intereses: por una parte, está el interés estatal en la persecución penal; y, por otra, el interés de los individuos en la protección de sus esferas de autonomía. Sin embargo, esta comprensión resulta extremista y equívoca. La persecución estatal, concebida como potestad monopólica, es precisamente lo opuesto. La concentración de este poder de resguardo de la paz social tiende a beneficiar estas esferas de autonomía, no lo contrario. Ahora bien, esta afirmación resulta correcta en el plano teórico, pero es inoperante en el plano empírico. Tal como se mencionara más arriba, el derecho penal es afectación de derechos fundamentales, así como lo es también el derecho procesal penal y es inevitable que así sea. Lo que sí es evitable, es que exista una afectación excesiva de derechos fundamentales, eso es evitable pues es, a su vez, intolerable. En este sentido se vuelve imprescindible saber a qué se refieren esas pretensiones de verdad que tiene el Estado y cuáles son los criterios de validez que se encuentran institucionalizados.

¹¹ De Urbano, E y Torres, M: *La prueba ilícita penal* (Navarra: Thomson, 2003), p. 33.

a. La verdad como pretensión procesal

Si bien parece una utopía sostener que el proceso penal lo que busca es restablecer la verdad, concebir al proceso desprovisto de esa finalidad resulta contra intuitivo. Ya que,

[si] una justicia penal completamente ‘con verdad’ constituye una utopía, una justicia penal completamente ‘sin verdad’ equivale a un sistema de arbitrariedad.

[...] Como una fórmula sintética, se puede decir que el juicio penal –como por demás toda actividad judicial- es un ‘saber-poder’, es decir, una combinación de conocimientos (*veritas*) y de decisión (*autoritas*). En semejante entrelazamiento, cuanto mayor es el poder tanto menor es el saber, y viceversa¹².

A la que se pretende aludir no es a una verdad en el sentido epistemológico. No se pretende discutir aquí -detalladamente- si un determinado hecho es verdad desde el punto vista de las corrientes constructivistas, absolutistas, etc. Lo que interesa es determinar si ese hecho que se postula en juicio como objetivamente acaecido y manifestado en el mundo exterior, es, a su vez, atribuible al sujeto que se le imputa. Es complejo del tratamiento de la *verdad* y de lo *verdadero*, pues no son conceptos pacíficos¹³. La idea de *verdad* que más nos acomoda, sin embargo, es la sostenida por Tarski, reformulada por Ferrajoli. De esta manera,

[l]o que un juez penal comprueba y declara como ‘verdadero’ –es decir, el tipo de proposición de la que es predicable la verdad procesal- es que ‘Ticio ha (o no ha) cometido culpablemente tal hecho’ (por ejemplo, ‘ha ocasionado culpablemente a Cayo una herida curada en dos meses’); la segunda es que ‘tal hecho está denotado por la ley como delito’ (según nuestro código penal, como ‘lesiones graves’). Ambas proposiciones se llamarán ‘asertivas’, ‘empíricas’ o ‘cognoscitivas’ en el sentido de que –y en la medida en que- es predicable su verdad o falsedad (esto es son verificables o refutables) conforme a la investigación empírica. Precisamente la verdad de la primera es un *verdad fáctica* en cuanto que es comprobable a través de la *prueba* del acaecimiento del hecho y de su imputación al sujeto inculcado; la verdad de la segunda es una *verdad jurídica* en cuanto que es comprobable a través de la *interpretación* del significado de los enunciados normativos que califican al hecho como delito. La comprobación de una de las proposiciones es una *quaestio facti*, resoluble por la vía inductiva conforme a los datos probatorios, mientras que la de la otra es una *quaestio iuris* resoluble por vía deductiva conforme al significado de las palabras empleadas por la ley¹⁴.

Claro que esta idea de verdad, se podría sintetizar como de correspondencia o adecuación de una determinada premisa X, con la realidad Y. El establecimiento de esa *verdad* jurídica, sin

¹² Ferrajoli, L.: *Derecho y razón* (Madrid: Editorial Trotta, 2000), 45-46.

¹³ Ya desde Aristóteles en la *Metafísica* se atisba una noción problemática de qué es la verdad. Él sostenía que la verdad era: “Decir lo que es que no es, o de lo que no es que es, es falso y decir de lo que es que es, o de lo que no es que no es, es verdadero”.

¹⁴ Ferrajoli, *Op. Cit.* en n. 12, p. 48.

embargo, es algo que debe estar regulado pues es la entidad estatal la que se encarga de su averiguación. Y, como entidad paradigmática de poder, se debe regular la indagación de esa *verdad*, estableciendo criterios formales de admisibilidad de ciertas prácticas, ya sean policiales, procedimentales o judiciales. En la actualidad –aunque de manera extremista- se podría sostener que el Estado se va apropiando de ciertas formas de establecer la verdad mediante la administración de justicia¹⁵.

Las reflexiones sobre qué es *verdad* y qué se considera *verdadero*, así como qué debe entenderse por *validez*, siguiendo a Ferrajoli no va a ser determinante como criterio realista de aceptación, pero sí va a establecer ciertos límites que permitan discriminar cuándo hay un uso adecuado de esos términos.

Una vez establecido el término ‘verdadero’ puede ser empleado sin implicaciones metafísicas en el sentido de ‘correspondencia’, es en realidad posible hablar de la investigación judicial como la búsqueda de la verdad en torno a los hechos y a las normas mencionadas en el proceso y usar los términos ‘verdadero’ y ‘falso’ para designar la conformidad o disconformidad de las proposiciones jurisdiccionales respecto de aquéllos. A tal fin no es obstáculo de principio el hecho de que el lenguaje judicial no sea un lenguaje formalizado¹⁶.

El Ministerio Público es quien formula acusación y es él quien debe derrotar la presunción estatal de inocencia contenida en el art. 19 N°3 inciso 6 CPR. Por su parte, la defensa, es la llamada a sustentar como contraparte del Ministerio Público el debate contradictorio. Tal como señala Carnelutti, lo que se busca en el proceso es reconstruir una historia, y para eso es necesario (por redundante que parezca) volver atrás¹⁷. Al igual que en la reconstrucción de la historia del mundo, en materia procesal penal, es preciso también reconstruir el pasado para constatar: a) si ese hecho Y que se imputa a X ha tenido lugar efectivamente en el mundo; y b) si ese sujeto X ha tenido efectivamente participación en la verificación del hecho Y en los términos que se le están atribuyendo. Para llegar a estas conclusiones es preciso entonces, reconstruir esta historia a la que se refiere Carnelutti y para ello, la obtención, presentación y

¹⁵Al respecto, Foucault ha hecho un análisis desde la perspectiva histórica del establecimiento de la verdad en el paso cronológico de la Grecia, la Edad Media y la actualidad. La indagación es precisamente una forma política, de gestión, de ejercicio del poder que, por medio de la institución judicial, pasó a ser, en la cultura occidental, una manera de autenticar la verdad, de adquirir cosas que habrán de ser consideradas como verdaderas y de transmitir las. La indagación es una forma de saber-poder y es el análisis de este tipo de formas lo que nos conducirá al análisis más estricto de las relaciones que existen entre los conflictos de conocimiento y las determinaciones económico-políticas. Foucault, M.: *La verdad y las formas jurídicas* (Buenos Aires: Editorial Gedisa, 2005), p. 92.

¹⁶Ferrajoli, *Op. Cit.*, en n. 12, p. 49.

¹⁷Véase Carnelutti, F.: *Las miserias del proceso penal* (Santiago: Librotecnia), cap. VI.

valoración de la prueba, va a ser fundamental. Las actuaciones de la policía en este sentido juegan un rol fundamental, pues ya sea que se haga con ocasión de una investigación ya iniciada o bien con ocasión de un delito flagrante, la policía es la que o bien va a auxiliar al Ministerio Público en la labor investigativa, o bien va a determinar en un caso concreto si se está cometiendo un delito o no. Por esa razón es que resulta crucial que existan límites en las atribuciones de policía, tendientes a resguardar los derechos y garantías de todas las personas.

El esclarecimiento de hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado [...]¹⁸.

En materia penal, por los motivos que ya hemos esbozado más arriba, la relación entre *verdad* y *validez* debe obedecer de manera estricta, muy apegada a la legalidad; es la única forma de resguardar las garantías constitucionales. Para que haya apego a la legalidad, es necesario, sino indispensable que exista un formalismo fuerte en nuestro ordenamiento. Un Estado democrático de derecho moderno que se precie de tal, debe poder sostener la persecución penal monopólica que detenta, limitada por el respeto a la libertad del individuo. Esta formalidad exigida no es una exigencia caprichosa, es una exigencia necesaria, pues no sólo establece parámetros que señalan cómo y cuándo deben y pueden actuar los representantes estatales (así como también los mismos particulares bajo ciertos presupuestos, como en el caso de flagrancia); sino que, además, establece límites al actuar estatal.

A la luz de nuestra Constitución, siempre que el Estado recaba elementos probatorios e investiga un determinado hecho Y, atribuido al sujeto X, lo hace respecto de un sujeto inocente que ha caído en sospecha. Si bien hoy existe cierta reticencia a referirse la persecución estatal como una persecución por sospecha (cambiando este término por uno similar: *indicio*)¹⁹ estatal respecto de esa atribución de responsabilidad, en definitiva, no es más que eso. Por lo mismo, porque es una sospecha y -si se quiere- un *principio* de presunción de responsabilidad inicial, es que hay que ser muy cuidadosos con el establecimiento de límites. No pocas veces la persona de la cual se sospecha una intervención, resulta ser inocente en definitiva. Y aunque no

¹⁸ Roxin, *Op. Cit.*, en n. 4, p. 191.

¹⁹ La detención por sospecha fue derogada con la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal. Junto con ésta se creó, sin embargo, el control de identidad regulado en el art. 85 del Código Procesal Penal y, particularmente, luego de la reforma introducida por la Ley 20.253 de 14 de marzo de 2008.

resultare serlo, el hecho que se determine su culpabilidad en una sentencia judicial, no valida retroactivamente los abusos que se pudieran haber cometido en su contra, pues en ese momento cronológico en que se produjo ese abuso, para el Estado la persona era inocente y ese es un estatuto jurídico que sólo se puede probar después de un juicio. Si bien es cierto que esto puede llevar a situaciones absurdas en las que, por ejemplo, exista flagrancia y además una confesión de la persona involucrada es un mandato a nivel constitucional y debe respetarse.

Por lo demás, no contamos en nuestro ordenamiento jurídico con mecanismos que tiendan a subsanar los defectos procesales en esta cruzada por la averiguación de la verdad. En Chile, salvo las reglas generales, no existen procedimientos especiales que tiendan a indemnizar a los sujetos respecto de los cuales se ha iniciado un procedimiento que ha terminado en sentencia absolutoria –caso en que debería estar aún más justificado–, ni tampoco respecto de aquellas personas que han estado en prisión preventiva por un período muchas veces desmedido que finalmente han quedado absueltos. De esta manera, si no se cuenta ni siquiera con mecanismos que provean una solución aunque sea pecuniaria que subsane este tipo de errores, el Estado tiene que ser aún más cuidadoso con las infracciones de derecho que se cometan contra particulares con ocasión de la investigación de un hecho delictivo pero, especialmente, con las actuaciones de policía.

La otra deficiencia que vuelve el tema aún más sensible es, precisamente, que Chile no tiene un sistema regulatorio específico de las actuaciones de policía. Salvo las disposiciones genéricas que se refieren a las facultades de la policía, y de la lectura *a contrario sensu* que se puede hacer desde los derechos del imputado y los principios generales del nuevo proceso penal, no existe regulación específica en esta materia. Por consiguiente, no existen sanciones específicas aplicables tampoco.

b. La mirada utilitarista de las reglas procesales

En materia procesal cuando se dice que el proceso debe regirse por el principio de legalidad, se hace referencia al deber estatal de persecución de los intervinientes en un hecho delictivo sin discriminación alguna. Se dice que esta concepción del principio de legalidad en el ámbito procesal es un resabio directo de las teorías retribucionistas²⁰. Horvitz y López consideran que

²⁰ Roxin, C. *Op. Cit.* en n. 4, pp. 89 y ss. §14.

la referencia al principio de legalidad tiene directa relación con el principio de igualdad ante la ley²¹.

La verdad es que si bien la concepción del principio de legalidad entendido como igualdad en términos de que la persecución punitiva del ente estatal debe regirse por criterios objetivos es una concepción útil en términos de discurso político, mas poco eficiente en términos de discurso jurídico. Es decir, es cierto que hay que evitar las discriminaciones arbitrarias por parte del Estado, pero es cierto también que eso no es más que un problema de justicia política que poco asidero tiene hoy en nuestros tribunales. La correcta comprensión de la legalidad tiene que ver con el apego a las normas procesales en el actuar del Ministerio Público, la policía, la defensa y el órgano adjudicador. Esa es la legalidad a la que hay que atender. No hay una brecha o una cisura entre legalidad sustantiva y adjetiva, ambas se refieren a lo mismo.

Si uno entiende que legalidad en sentido sustantivo es que ‘no hay delito ni pena sin ley’ (*nullum crimen sine lege*), lo cual se refiere -a grandes rasgos- a que “por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídico-penales si antes lo ha advertido expresamente en la ley”²². No se puede desconocer la vigencia del principio de legalidad en este sentido en materia procesal. Al respecto, hay que tener especial consideración respecto de los actos que realiza la policía de manera autónoma, a saber: prestar auxilio a la víctima; detener en situación de flagrancia; resguardar el sitio del suceso; identificar testigos y consignar las declaraciones de quienes voluntariamente las quieran prestar; recibir denuncias del público; realizar controles de identidad, si según las circunstancias que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad; proceder al registro de la vestimenta, equipaje y vehículo de la persona a la que se le estuviere practicando un control de identidad, entre otras.

De todas estas facultades, por supuesto, no todas tienen que ver con el imputado. Ciertamente la facultad más gravosa es la que se consagra en el artículo 85 del Código Procesal Penal: el

²¹ Horvitz, M.I; López, J: *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002), pp. 46-48.

²² Roxin, C. *Op. Cit.* en n. 4, p. 137 §5

control de identidad y el correspondiente registro, dependiendo del caso. Esta actuación la puede realizar la policía sin necesidad de solicitar autorización al fiscal, pues es una facultad autónoma de la misma. El apego a la legalidad al que nos estamos refiriendo en este caso concreto, obedece a que la policía no puede omitir los requisitos que están establecidos en la ley para realizar este procedimiento. La policía no puede obviar los requisitos que están establecidos en el artículo 85 CPP con cargo a la averiguación de una *verdad*, pues eso carece de *validez*. El punto entonces, es que no obstante exista una *verdad*, esa verdad fáctica, puede dejar de serlo jurídicamente si es que deja de ser *válida*.

Se podría decir que hay utilitarismo, cuando se obvian las reglas procesales con la finalidad del esclarecimiento de la verdad, con cargo a las garantías ciudadanas. La concepción utilitarista ha sido ampliamente tratada en el ámbito de la teoría de la pena, y ha sido ampliamente criticada también²³. En materia procesal, no es posible que con la idea de averiguación de la verdad, se violen garantías fundamentales. Al respecto no es del todo ilusorio decir que el principio de legalidad se debe sujeción también en este ámbito. Esta sujeción reviste especial importancia cuando se trata de facultades autónomas de los agentes policiales²⁴.

4. De la idea de registro en general

Para Roxin, el registro es una búsqueda que puede consistir ya sea en objetos ocultos que pueden ser considerados como objetos de decomiso, o de confiscación especial, o como medios de prueba, por una parte; y del sospechoso, por la otra. A su vez, señala, que el registro

²³ Al respecto señala Roxin: “[...] para un ordenamiento jurídico que no considere al individuo como objeto a disposición de la coacción estatal ni como material humano utilizable, sino como portador, completamente equiparado a todos los demás, de un valor como persona, previo al Estado y que debe ser protegido por éste, tiene que ser inadmisibles tal instrumentalización del hombre”. Roxin, C: *Problemas Básicos del Derecho Penal*. (Madrid: Reus, S.A., 1976), 19. Beccaria en una etapa temprana señalaba: “Para que una pena obtenga su efecto basta que el mal de ella exceda al bien que nace del delito; y en este exceso de mal debe ser calculada la infalibilidad de la pena y la pérdida del bien que el delito produciría. Todo lo demás es superfluo y, por tanto, tiránico”. Beccaria, C: *De los delitos y de las penas* (México: Fondo de Cultura Económica, 2000), p. 272.

²⁴ Al respecto señala Ambos: “En consecuencia, se viene considerando indispensable, en toda la región, mejorar los mecanismos de control sobre las actuaciones policiales más allá de la mera competencia general de dirección a cargo del Min Publ. [...] Sin embargo, debe notarse que el desarrollo de un modelo eficiente de control sobre las actuaciones policiales se dificulta considerablemente cuando se abre un espacio autónomo para la Policía, como una investigación preliminar en el caso peruano, y se le conceden poderes tan amplios en la adopción de medidas coercitivas”. Ambos, K: *Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal, aspectos del Derecho Alemán y comparado*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), pp. 289-290.

puede ser de domicilios u otros lugares; de la persona sospechosa, de una persona que no es sospechosa y de las cosas que a él pertenecen²⁵. En Chile estos criterios son igualmente aplicables.

La Real Academia de la Lengua Española define registro como: “Mirar, examinar algo con cuidado y diligencia” o bien como: “Examinar algo o a alguien, minuciosamente, para encontrar algo que puede estar oculto”. En palabras simples, cuando se dice que una persona registra significa que algo está buscando. Desde este punto de vista, la afectación de la intimidad, ya sea respecto de la persona así como respecto de la privacidad, es una afectación que dista de lo insignificante y que debe estar legitimada. Es cierto que el proceso penal no se puede legitimar en la misma medida que la imposición de la pena sí puede, la única forma de legitimar estas actuaciones es que se practiquen con estricto apego a derecho (legalidad) y con la menor afectación de garantías fundamentales. Esto implica no sólo restringir la intervención física o propietaria, sino que además hacerlo en el menor tiempo posible.

En Chile el registro puede ser de personas o de lugares; ya sea una casa, un local comercial, un vehículo, etc. Lo que cambia en cada caso son los presupuestos de legitimidad que se requieren, además de diferenciar cada supuesto de acuerdo a la fuente que dio origen a dicho registro, a saber: control de identidad, delito flagrante o detención.

5. El registro de la persona

En materia de control de identidad, el registro de personas aparece como un procedimiento facultativo de los agentes de policía. Según señala el art. 85 del Código de Procedimiento Penal, el control de identidad es un procedimiento autónomo por parte de la policía, mediante el cual se pretende averiguar la identidad de un sujeto respecto del cual hubieren indicios de que esa persona hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad.

²⁵ Roxin, C. *Op. Cit.* en n. 4, pp. 315-316 §35.

A raíz de la modificación introducida por la Ley N°19.789 de 30 de enero de 2002, se incorporó al art. 85 CPP la facultad de registro que tenían los policías respecto de quienes eran objeto de un control de identidad. Esta facultad se vio endurecida por la entrada en vigencia de la Ley 20.253 de 14 de marzo de 2008, que permitía efectuar el registro sin necesidad de un nuevo indicio.

El fundamento de la modificación fue que la facultad de registro permitía resguardar la seguridad de la policía²⁶. La verdad es que en el caso que nos interesa, *Arizona v. Gant*, la justificación del registro es un poco más amplia: es la seguridad de la policía y la seguridad de la evidencia. Esto es distinto a lo que pasa en el caso chileno, aunque probablemente, queríamos apuntar a lo mismo. En Chile, la referencia a la evidencia pareciera ser tangencial, según se desprende de la historia de la ley, y sólo dice relación con “la existencia de evidencia del ilícito perseguido”. No así en el caso del artículo 89 CPP a raíz del registro que tiene lugar con ocasión de una detención, ahí el legislador ha explicitado que la seguridad de la evidencia es el criterio que legitima el registro, al señalar que se podrá practicar éste “cuando existieren indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación”.

Si bien la Ley 19.942 de 15 de abril de 2004 llevó al control de identidad de una actuación facultativa a una actuación obligatoria e imperativa de la policía. Antes de esta ley, el control de identidad era una actuación facultativa. Ahora bien, lo que resulta obligatorio y vinculante para las fuerzas policiales, es única y exclusivamente el procedimiento de control de identidad. El procedimiento de registro, sin embargo, es cosa distinta.

Para realizar un procedimiento de registro en el caso de un control de identidad, hay que tener presente dos cosas. La primera, es que porque se trata de un caso en que no hay hecho delictivo, en que la presunción de inocencia se mantiene y que se trata de una facultad autónoma de la policía, hay que tener especial apego a la legalidad de la actuación. Ese apego a la legalidad sólo va a existir en tanto se respeten las garantías fundamentales y se practique el registro con la mínima intervención. De esta manera, el registro sólo va a estar legitimado en

²⁶ Señalaba el Mensaje del Presidente de la República: “De lo que se trata, con este proyecto de ley, es de permitirle a la policía que en el contexto de un control de identidad, pueda proceder al examen de las vestimentas, equipaje o vehículo, de manera de resguardar a los funcionarios policiales que están efectuando dicho procedimiento de posibles ataques que pudiesen ser efectuados por quien se encuentra bajo este control, además de permitir la averiguación acerca de la existencia de evidencia del ilícito pesquisado”. Mensaje N° 108-346, del Presidente de la República que da inicio al Proyecto de Ley que modifica el Código Procesal Penal, Ley 19.789.

tanto se trate de un registro hecho con la finalidad de resguardar a la policía. El resguardo de la evidencia en Chile no debiera tener aplicación, pues no se trata de un caso de flagrancia, sino que se trata de una actuación que solo apunta a la identificación del sujeto. Por lo mismo, la procedencia del registro es sumamente limitada, cualquier otra intervención es arbitrariedad pura.

La segunda cuestión que hay que tener en consideración, es que en el registro se debe tener un especial apego al principio de congruencia. Es decir, no se puede justificar un registro con cargo a cualquier imputación de indicio delictivo. De esta manera, si se está controlando la identidad de una persona X que transitaba por la noche en un parque desolado, pues se cree que estaba rayando paredes ya que atraviesa la vereda cuando ve que viene un auto policial (cuestión que para muchos ha sido considerado indicio suficiente)²⁷, se le hace el control, se identifica, se la registra y se encuentra, por ejemplo, un sobre con cocaína. En este caso hay dos cuestiones problemáticas. La primera, es que la razón por la cual se practicó el control de identidad fue pues se pensó que estaba rayando paredes, de manera que el registro que debe tener como fundamento el resguardo de la policía no era plausible de sostener. La segunda, es que es probable que en este caso pase algo similar a lo que ocurre en *Arizona v. Gant* y es que teniendo conocimiento de que se realiza el delito A, pero no habiendo posibilidad de practicar un registro o bien haciéndose difícil la investigación, ocurre que muchas veces la policía o el Ministerio Público podrían verse tentados de realizar actuaciones con cargo al delito B para legitimar A. En este caso lo más probable es que, con astucia, el órgano persecutor argumentando flagrancia por los hallazgos, validaría la prueba diciendo que se trata de un ilícito distinto. Lo que hay que tener en consideración es que la apreciación de los hechos, debe ser una apreciación *ex – ante*. “Debe recordarse que, al igual que la flagrancia, la valoración de suficiencia de los hechos que constituyen al indicio, el Juez la realizará en forma *ex ante* al control propiamente tal, y en consecuencia, la justificación fáctica expresada por el fiscal deberá satisfacer tal óptica de la valoración”²⁸.

En el ejemplo recién planteado, esto sería claro si al sujeto X de quien se cree por declaraciones de terceros o bien por sospecha debido a hábitos de vida cotidiana que es

²⁷ Al respecto véase por todos: CA San Miguel, ROL 1339-2009, de 13 de octubre de 2009; TG Coquimbo, RIT 667, de 10 de febrero de 2002.

²⁸ Romero, R: *Control de identidad y detención*, (Santiago: Librotecnia, 2006), p.72.

narcotraficante, y se le realiza el control de identidad porque estaba rayando la pared. Por mucho que, finalmente, la persona que es registrada efectivamente haya estado traficando y que gracias al control de identidad que se le realizó se pudo someter a proceso, la pregunta es ¿es esto legítimo? ¿Es posible ponderar el ‘bien’ que se produce a la sociedad (protegido), respecto del bien jurídico privacidad (afectado)?

Pareciera sencillo, una vez que se ha obtenido el resultado deseado, validar retroactivamente los actos que se han realizado con ocasión del control de identidad, sin embargo, al respecto hay varias objeciones que formular, a saber:

a. La privacidad como bien jurídico limitante

En Chile no ha habido demasiado desarrollo ni doctrinario ni jurisprudencial respecto a qué es la privacidad ni cuáles son sus límites. Al respecto, algunos han señalado que la privacidad no es susceptible de una definición absoluta de privacidad “pues una formulación satisfactoria del concepto ‘privacidad’ es una tarea que no tiene sentido emprender, dada la necesaria flexibilidad con que la privacidad se concretiza en distintos ámbitos de la vida”²⁹.

La privacidad en nuestro ordenamiento jurídico si bien sólo se reconoció expresamente en la Constitución en el Acta Constitucional N°3 de septiembre de 1976, la cual en su artículo 1N°10 señalaba “el respeto y protección a la vida privada y la honra de la persona y su familia”. Esto fue modificado luego en la Constitución de 1980, la cual en su artículo 19 N°4 se refería a la “vida privada y pública”³⁰. Finalmente, la Ley 20.050 de 26 de agosto de 2005 introdujo una nueva modificación que vino a regular en los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución el derecho a la privacidad, señalando en el primer numeral: “el respeto y la protección a la vida privada”; mientras que en el siguiente se refiere a la “inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinadas por la ley”.

Por su parte, los tratados internacionales reconocen este derecho de manera explícita. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en su artículo 17.1 señala que: “Nadie

²⁹ Medina, G: “Algunos aspectos de la protección penal de la privacidad” en. *Estudios de Ciencias Penales. Hacia una racionalización del Derecho Penal*, IV jornadas penales de derecho penal y ciencia penal en homenaje a los profesores Eduardo Novoa Monreal y Álvaro Bunster Briceño, coord. Fernández, J.A, p.248.

³⁰ *Ibid.*, p. 245.

será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”. La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en su artículo 11.2 dispone por su parte que: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. Ambos tratados recién citados, señalan en los numerales respectivos siguientes que: “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

La privacidad entonces tiene importancia en dos aspectos: el primero, desde un punto de vista penal sustantivo, pues la privacidad es concebida como un bien jurídico susceptible de tutela penal a través de la conminación de disposiciones específicas (arts. 141, 146 y 161-A CP); el segundo aspecto, tiene que ver con la operatividad de la privacidad como límite a la injerencia estatal en el proceso penal³¹. Si bien nos interesa específicamente el segundo ámbito, la existencia de la privacidad a nivel sustantivo da cuenta de que ésta sí es concebida como un bien considerado por la comunidad como valioso. No es objeto de este estudio profundizar en la discusión respecto a cuál es la definición más adecuada de bien jurídico, para todos los efectos se entenderá que son “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”³². Por lo mismo entonces, cualquier intromisión en la privacidad por parte de los agentes estatales debe estar justificada, de lo contrario, sería afectación ilegítima de derechos fundamentales. Esto resulta particularmente importante en materia de persecución penal.

El derecho a la privacidad resulta particularmente relevante, porque demuestra, con mayor intensidad que ninguna otra garantía, que la persecución penal representa un peligro no sólo para los derechos del imputado, sino para los de todos los individuos que forman parte de una sociedad. Los alcances que un ordenamiento reconozca al derecho a la privacidad y los límites que éste imponga a la persecución penal modelan, en gran medida, el grado de libertad de que gozan los individuos en su vida cotidiana y, por tanto, la forma de vida de la sociedad de que forman parte. Cuando una sociedad no resguarda suficientemente la privacidad de las personas, se instala en ellas la sensación de estar siendo escuchados, seguidos, y sometidos a control³³.

³¹ *Ibid.*, p.243.

³² Roxin, C: *Derecho Penal, Parte General* (Madrid: Civitas Ediciones, 2003), p. 56 §2-9.

³³ Horvitz, M.I. y J. López. *Op. Cit.* en n. 21, p. 96.

La privacidad entonces es un límite al actuar del ente persecutor y como tal se deben establecer ciertos límites a su respecto. Lo importante es que los límites no se plantean desde el bien jurídico, es decir, el enfoque adecuado no es limitar la privacidad legitimando la intervención estatal. Un Estado democrático de derecho implica limitar la intervención estatal validando y reconociendo la privacidad.

b. La consideración del cuerpo como lugar de exclusión y las vestimentas como sitio diferenciado

En el tratamiento del cuerpo como lugar de registro, la verdad es que más bien se hace alusión a él en los casos del artículo 197 del Código Procesal Penal, a saber:

Art. 197.- Exámenes corporales. Si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado o del ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado. Si la persona que ha de ser objeto del examen, apercibida de sus derechos, consintiere en hacerlo, el fiscal o la policía ordenará que se practique sin más trámite. En caso de negarse, se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al juez las razones del rechazo. El juez de garantía autorizará la práctica de la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el inciso primero.

En doctrina se distingue entre los *exámenes corporales*, las *intervenciones corporales* y el *registro corporal*. Los exámenes corporales consisten en examinar el cuerpo mismo del imputado³⁴. Se considera que las intervenciones corporales son un tipo de examen corporal, donde se comprende la extracción de sangre, punción lumbar, exámenes que permitan determinar el contenido de alcohol en la sangre, etc.³⁵. El registro corporal, sin embargo, consiste en buscar objetos en la superficie corporal del sujeto, en las cavidades o en los orificios naturales³⁶. Horvitz y López consideran que “las *intervenciones corporales*, se diferencian de los *exámenes corporales* propiamente tales en que ellas no constituyen la extracción de una muestra ni un registro o inspección del cuerpo, sino que su mera utilización para producir una huella o trazo que pueda ser empleado a

³⁴ Roxin, C. *Op. Cit* en n. 4, p. 290.

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ *Ibíd.*

efectos de cotejo”³⁷. Pertenecerían a este grupo las pruebas dactiloscópicas y las pruebas caligráficas. Respecto de cada una de estas prácticas será necesario obtener una orden judicial. Ahora bien, el artículo 197 CPP hace referencia a los casos en que hay una investigación en curso, pero no para los casos en que se practica un registro con ocasión de un control de identidad.

En la legislación alemana, Roxin señala que “[e]l registro corporal comprende también las ‘cosas que pertenecen’ al afectado”³⁸. En Chile, sin embargo, el artículo 85 CPP no se refiere a ninguno de los registros o exámenes recientemente mencionados, sino que se refiere al *registro de las vestimentas*. No se habla del cuerpo, sino que de las ropas de la persona a la que se le practica el control. Por consiguiente, en materia de control de identidad la facultad de la policía para efectuar el registro sólo se limita a las vestimentas no al cuerpo de la persona. Es decir, la policía sólo podría tocar las ropas, sin poder tener contacto directo con el cuerpo de la persona. El texto de la ley es claro. Por consiguiente, cualquier tocación corporal, introducción de dedos en cavidades, o solicitud de exhibición de partes desnudas (cualquiera sean éstas) deberá ser considerada una solicitud fuera de los límites legales. Entre otras disposiciones, se estarían vulnerando los arts. 19 N° 1, 4 y 5 CPR; arts. 5.1.; 5.2.; art 11.1.; 11.2 CADH; arts. 8.1; 8.2. CEDH.

Esto reviste mayor importancia ya que “la facultad resulta absolutamente desproporcionada cuando se la extiende al procedimiento de control de identidad, toda vez que nos encontramos allí ante una atribución que cae dentro de las facultades preventivas de la policía y que no supone necesariamente una investigación criminal en curso. Respecto a esto hay dos cosas que precisar, la primera es que el control de identidad no obliga al registro, el control de identidad es un deber si es que se dan los presupuestos legales; el registro es una facultad de la policía y sólo puede fundamentarse en su seguridad. Lo segundo, es que el derecho procesal penal opera sobre el supuesto de que todos son inocentes, incluso en ciertos casos como el delito flagrante en que se captura en el acto de la comisión del delito. El control de identidad, dentro de este contexto, es una figura anómala. Ya la sola averiguación de la identidad es una facultad excesiva, el registro de una persona inocente en este contexto es una facultad que no hace mucho sentido. Por lo mismo, porque afecta garantías fundamentales es que debe estar

³⁷ Horvitz, M.I. y J. López. *Op. Cit.* en n. 21, p. 104.

³⁸ Roxin, C. *Op. Cit* en n. 4, p.319.

fundamentado y restringido. Fundamentado, en la seguridad de la policía; restringido, en el espacio de registro, sólo respecto de las vestimentas de la persona. No puede haber contacto con las partes del cuerpo, con la piel expuesta, pues eso ya no es vestimenta, es cuerpo.

Si bien es cierto que el artículo 89 del Código Procesal Penal señala que: “Se podrá practicar el examen de las vestimentas que llevare el detenido, del equipaje que portare o del vehículo que condujere, cuando existieren indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación”. La verdad es que esta disposición en el texto original del Código se refería sólo a la hipótesis de detención y no a los casos de control de identidad. Ahora bien, podría decirse que esto fue modificado con la Ley 19.789 de 20 de enero de 2002, sin embargo, esta ampliación respecto al control de identidad no se refiere al fundamento. Es decir, el fin principal es el resguardo de la policía, el fin secundario es la averiguación de la evidencia³⁹. Esto se deduce no sólo de la redacción originaria del Código, sino también del Mensaje de la Ley 19.780, pero lo más importante de todo es que la única manera de legitimar el registro es con una justificación basada en la salvaguarda de derechos fundamentales de otros. Lo mismo ocurrió cuando se produjo la discusión en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento respecto a la posible reubicación del artículo, donde se señaló:

La Comisión observó que la ubicación más adecuada para este artículo se encuentra entre las normas que regulan las actuaciones de la policía, ya que, por su naturaleza, es una medida que debería tomarse de inmediato, al momento de practicar la detención, porque, además de la relación con la investigación que tuvieren los objetos que ocultare, el detenido podría llevar armas o algún otro elemento con el que pudiese agredir a los funcionarios policiales o a terceros o inferirse heridas⁴⁰.

Es decir, sólo se puede validar la afectación de los derechos fundamentales de una persona inocente si es que se pretende resguardar la integridad física de otra persona inocente. La afectación con la finalidad de encontrar evidencia no es suficiente para justificar el registro y

³⁹ El Mensaje Nº 108-345/ de 21 de octubre de 2001, señala: “De lo que se trata, con este proyecto de ley, es de permitirle a la policía que en el contexto de un control de identidad, pueda proceder al examen de las vestimentas, equipaje o vehículo, de manera de resguardar a los funcionarios policiales que están efectuando dicho procedimiento de posibles ataques que pudiesen ser efectuados por quien se encuentra bajo este control, además de permitir la averiguación acerca de la existencia de evidencia del ilícito pesquisado”.

⁴⁰ Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Segundo Informe. Discusión Particular, artículo 274.

eso se deduce no sólo de la idea de registro como facultad excepcional de la policía, según los artículos 83 CPR y 9 CPP, sino también pues una admisibilidad de tal tipo, no sería más que la validación de un criterio utilitarista respecto de quien para todos los efectos es una persona inocente.

6. Registros del equipaje y vehículo

Al igual que respecto de las vestimentas, en el caso del equipaje y el vehículo la facultad de registro es una facultad excepcional por parte de la policía. Así también es sólo una facultad y no una obligación, como sí lo sería la práctica del control de identidad en caso que se den los supuestos del artículo 85 del Código Procesal Penal.

Respecto de los equipajes, la verdad es que no se ha generado mayor discusión, se entiende que son los bolsos, maletas y todos los elementos que permitan transportar algo. Respecto del vehículo, sin embargo, sí que hay un problema. La razón es que la consideración del vehículo como lugar que guarda cierta analogía con el domicilio de la persona, vendría a limitar la procedencia del registro.

Se puede decir que en términos de propiedad y de privacidad existen tres situaciones en las cuales se puede decir que la persona tiene una custodia intensificada respecto de sus bienes. El primer caso es el de los lugares habitados o destinados a la habitación, la razón es no sólo el resguardo que se tiene con esos espacios delimitados donde se excluye a terceros sino que el hecho de que existe siempre la eventualidad de que además de una afectación en términos de propiedad, se afecte también a la persona. La segunda situación viene dada por las cosas que se portan, el porte es expresión manifiesta de una custodia intensificada y de la constitución de una esfera de resguardo que implica una relación particular con la cosa, donde la exclusión de terceros es evidente. El tercer caso, es precisamente el caso del automóvil. El automóvil, al igual que los lugares habitados o destinados a la habitación, son lugares donde la exclusión de terceros se intensifica en razón de los límites que se ponen por parte de quien detenta la cosa, del dueño. Seguros, puertas, vidrios, alarmas, etc., todos estos elementos dan cuenta de un espacio privado donde quien tiene el resguardo de la cosa, tiene el derecho de excluir a quien quiera de ella. En el automóvil, así como en la casa, también se da una protección especial en

razón de que la intromisión en cualquiera de los dos lugares no sólo estaría afectando el derecho de propiedad, sino que también de manera manifiesta la intimidad.

La intromisión entonces no sólo merece especial resguardo desde el punto de vista de un posible ataque por parte de quien quiere robar o hurtar algo. La protección es especial respecto de cualquiera que no esté legitimado para acceder a estos espacios de custodia intensificada, aún si se trata de una autoridad policial.

El registro, por su naturaleza, siempre implica una afectación a la privacidad de las personas, esto es connatural a la idea del registro y es difícil evitar que así sea. Lo que hay que hacer es minimizar esta afectación a como dé lugar.

Nuestro Código Procesal Penal regula el registro de vehículos en los artículos 85, 89 y 134. El artículo 85 regula el registro de vehículos con ocasión del control de identidad; el artículo 89, lo hace como regulación respecto del detenido; y el artículo 134, lo hace con ocasión de la situación de flagrancia. En las tres hipótesis en que se faculta a la policía para realizar el registro, la ley se refiere a esta actuación como una facultad por parte de la autoridad pública, por cuanto en las tres disposiciones citadas utiliza el vocablo “podrá”. A su vez, en las tres hipótesis a que nos referimos, la procedencia del registro no es irrestricta, se requiere que concurren ciertos supuestos, por ejemplo, en el caso del artículo 89 se puede proceder “cuando existieren indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación”.

En el artículo 85, sin embargo, no se explicita cuál es la finalidad, pero eso se desprende de la historia de la ley, y la finalidad es resguardar a la policía de un eventual ataque por parte del sujeto al que se le practica el control de identidad. Por lo tanto, debe existir un indicio razonable no sólo para efectos de practicar el control de identidad, que es el presupuesto de esta actuación, sino también respecto del sujeto mismo, en términos de que éste parezca tener, *ex – ante*, algún elemento que pudiera provocar daño a los agentes de policía. Ahora bien, tratándose del vehículo, el criterio que se utilizó en *Arizona v. Gant* pareciera ser el criterio adecuado. Es decir, no sólo deben analizarse las circunstancias particulares del sujeto, sino también las circunstancias que rodean al control. De esta manera, si se trata de un sujeto que se encuentra fuera de su automóvil, respecto del cual existen dos agentes policiales que ya lo tienen en custodia, el registro no pareciera ser razonable, pues no es necesario. De esta manera,

siempre que la persona se encuentre bajo custodia, con imposibilidad de acceder al vehículo, o bien con imposibilidad de acceder a su equipaje, el registro es innecesario. El criterio de necesidad del registro es lo que legitima su práctica. Ahora bien, hay que distinguir la situación de la persona a la que se le practica un control de identidad y de aquella a la que se le registra pues está detenida, pues en ese caso el criterio de necesidad se amplía y se puede registrar si es que hay indicios de que en el vehículo se encontrarán objetos relevantes para la investigación.

Nuestra Corte Suprema, ya se ha pronunciado en este sentido, al señalar:

“10.- Que, de lo relacionado, es posible concluir además, que en la especie no era procedente aplicar la disposición del artículo 89 del Código Procesal Penal que autoriza el registro de vestimentas, equipaje y automóvil del ‘detenido’, cuando existieren sospechas, esto es indicios fundados, que oculta en ellos objetos importantes para la investigación, porque tal medida requiere que se den los presupuestos de la detención y que el imputado se encuentre en tal situación procesal, exigencias legales que en la especie no se reunían, por lo que no concurrían en ese momento, los presupuestos de hecho y legales que autorizaban a la policía para efectuar el registro del automóvil del acusado, ello sin perjuicio de los resguardos que pudieron diligentemente practicar, con arreglo a derecho, mientras se recababa la correspondiente autorización judicial que era lo pertinente, en la situación descrita”⁴¹.

La sentencia de la Corte Suprema es interesante en dos sentidos. Por una parte, pues hace una distinción expresa entre quienes deben ser considerados detenidos y quienes son sujetos a un control de identidad. Con esto entonces se distingue no sólo la calidad procesal de quienes se encuentran en estas dos situaciones, sino que también, se esclarecen los supuestos que legitiman el registro en uno y otro caso. Por otra parte, deja claro que los requisitos son diferenciados y no son mutables. Es decir, no se puede legitimar un registro con ocasión de un control de identidad, valiéndose de los supuestos de la detención. Lo mismo ocurre con la flagrancia.

Pero la exigencia no termina con el criterio de necesidad, la limitación también viene dada por el principio de congruencia revisado más arriba. Esto se refiere a que, al igual que en el caso del registro de vestimentas, éste tiene que tener lugar en razón de la misma causal que generó, ya sea el control de identidad o la detención por flagrancia. El caso de *Arizona v. Gant* es ejemplar, pues en realidad lo que se busca es realizar un registro con la finalidad de encontrar droga y se utiliza la licencia suspendida como verdadera excusa, pero no es lo que

⁴¹ SCS contra C.E., ROL N° 3570-06, de 20 de septiembre de 2006.

motiva el registro. De la sola existencia de la licencia de conducir suspendida no se desprende un indicio que valide la práctica de un registro.

7. Conclusión

La sentencia de *Arizona v. Gant* vino a marcar un cambio en la jurisprudencia norteamericana, pues desde el año 2004 el criterio que se utilizaba era el que había asentado la sentencia de *Thornton v. United States* en el cual se señalaba que la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, habilitaba a los oficiales de policía para practicar como hecho incidental al arresto un registro del vehículo, particularmente, del espacio del acompañante del piloto. En *Thornton v. United States* se señaló también que aun cuando el policía ya había hecho contacto con la persona arrestada, igual podía registrar el vehículo. Pero tal vez el cambio más importante que introdujo esta sentencia, fue señalar que los agentes de policía podían registrar incluso cuando es razonable creer que evidencia relevante para el caso se va a encontrar en el vehículo⁴². Antes de *Thornton*, sin embargo, la sentencia que marcaba el criterio de la Corte era *Chimel v. California* de 1969, donde a Chimel -sospechoso de robo- se le realizaron registros en su casa sólo con la orden de arresto de él, pero no de registro de la casa. La Corte señaló en esa ocasión que el registro con ocasión de un arresto sólo puede tener lugar respecto del espacio que se encuentra al alcance inmediato de la persona que está siendo arrestada. La Corte señaló, acertadamente, que la exigencia de la orden de registro tiene por finalidad precisamente que se generen abusos por parte del ente estatal en el contexto de la persecución penal⁴³.

La transición que tuvo la Corte para llegar a la decisión de *Arizona v. Gant* no fue un paso fácil. La Corte tuvo que ir acotando los espacios de registro permitido, de manera tal que pudiera mantener un equilibrio razonable entre una investigación adecuada, y el respeto a las garantías fundamentales de las personas. En Chile, no tenemos una cuarta enmienda como sí existe en la Constitución norteamericana, pero eso no es porque el texto constitucional no la contemple, es porque nuestros tribunales no han sabido darle la fuerza que merece. Los abusos que se cometen por parte del Estado en la averiguación de esa verdad procesal revisada más arriba, pueden encuadrarse, sin embargo, en los atentados al derecho a la privacidad del artículo 19

⁴² "when it is reasonable to believe evidence relevant to the crime of arrest might be found in the vehicle." [541 U.S., at 632](http://supreme.justia.com/us/541/615/case.html), en <http://supreme.justia.com/us/541/615/case.html>.

⁴³ Disponible en <http://supreme.justia.com/us/395/752/case.html#755>.

Nº4 y Nº5 CPR, ya sea que se entienda como respeto a la vida privada, para el caso del domicilio y del automóvil; o bien si se le comprende como el derecho a la no intervención del cuerpo, si se trata de los registros de vestimentas.

En cuanto a la regulación legal del registro, no es del todo improbable la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad del mismo. A nivel legal, cobran importancia los artículos 9 y 83, inciso 3 del Código Procesal Penal. El artículo 83 inciso 3º de la Constitución Política de la República señala:

Artículo 83 inciso 3º. El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso.

A su vez el artículo 9 del Código Procesal Penal dispone:

Art. 9. Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.

En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.

Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente. No obstante lo anterior, en caso de una detención se deberá entregar por el funcionario policial que la practique una constancia de aquella, con indicación del tribunal que la expidió, del delito que le sirve de fundamento y de la hora en que se emitió.

A la luz de estas disposiciones no queda más que entender que toda actuación que implique privar, restringir o perturbar los derechos fundamentales del imputado deberán ser practicadas previa autorización judicial. La ley además da amplias opciones comunicativas para dicha solicitud en razón de la celeridad del trámite, apuntando a la misma idea de evitar una afectación prolongada de dichos derechos. Ahora bien, esta pareciera ser la regla general, y las facultades del artículo 85 CPP ser facultades excepcionales respecto a la regla general. Esto

sería simple si es que sólo se tratara del art. 9 CPP, pero ¿qué pasa con la disposición constitucional? A simple vista pareciera que el art 83 recién citado exige orden judicial, y que cualquier actuación que se practique debiera respetar lo dispuesto por el orden constitucional. Sin embargo, esta contradicción con el texto constitucional no ha representado un impedimento para la tendencia creciente de nuestro legislador de ampliar las facultades autónomas de la policía.

El principal problema que genera esta falta de coherencia en nuestro ordenamiento jurídico, es que tratándose del control de identidad la mínima intervención respecto de quien está siendo controlado no se está respetando y con eso se estaría infringiendo un criterio de proporcionalidad.

El principio de *proporcionalidad* también debe ser observado en relación a la extensión del registro (BVerfGE 59, 95; BVerfG StrV 97, 394). Como resulta del § 108, el registro sólo puede comprender los objetos que están relacionados con el hecho que constituye objeto del procedimiento (cf., sin embargo, *infra* i)⁴⁴.

Es cierto que el legislador faculta a la policía para realizar el registro en este contexto, lo que no es cierto es que los faculte para realizarlo de cualquier manera. Sostener el apego al principio de proporcionalidad permitiría cuestionar la constitucionalidad de esta norma procesal desde que es una medida que excede lo que es legítimamente admisible en una Estado que se diga respetuoso de las garantías fundamentales. No obstante eso, es preciso que los operadores del sistema procesal penal pongan énfasis en el apego a los criterios que establece nuestra ley en materia de registro para cada hipótesis, así como también procurar a este respecto la afirmación de una interpretación restrictiva respecto de lo que comprende cada hipótesis. Siendo una atribución facultativa de la policía y considerando la afectación de derechos fundamentales que un registro implica, la interpretación restrictiva debiera ser evidente.

⁴⁴ Roxin, C. *Op. Cit.* en n. 4, p. 316 §35- 6.

Bibliografía

Ambos, Kai: *Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal, aspectos del Derecho Alemán y comparado*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

Beccaria, César: *De los delitos y de las penas*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000.

Carnelutti, Francisco.: *Las miserias del proceso penal*, Santiago: Librotecnia.

Cassel, Douglass: *El sistema procesal penal de los Estados Unidos de América*, CRIMINALIA, Año LXIX, No. 2, 163-92 (Academia Mexicana de Ciencias Penales, 2003)

De Urbano, Eduardo y Torres, Miguel Ángel: *La prueba ilícita penal*, Navarra: Thomson, 2003.

Ferrajoli, Luigi.: *Derecho y razón*, Madrid: Editorial Trotta, 2000.

Foucault, Michel: *La verdad y las formas jurídicas*, Buenos Aires: Editorial Gedisa, 2005.

Hegel, Georg Wilhem Friederich: *Principios de la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 2004.

Hobbes, Thomas: *Leviatán*. 9ª reimpresión, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998.

Horvitz, María Inés; López, Julián: *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

Kant, Immanuel: *La Metafísica de las Costumbres*, Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

Maier, Julio: *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2002, Segunda Edición.

Medina, Gonzalo: “Algunos aspectos de la protección penal de la privacidad” en. *Estudios de Ciencias Penales. Hacia una racionalización del Derecho Penal*, IV jornadas penales de derecho penal y ciencia penal en homenaje a los profesores Eduardo Novoa Monreal y Álvaro Bunster Briceño, coord. Fernández, José Ángel.

Romero, Rubén: *Control de identidad y detención*, Santiago: Librotecnia, 2006.

Roxin, Claus: *Derecho Penal, Parte General*, Madrid: Civitas Ediciones, 2003.

Roxin, Claus: *Derecho Procesal Penal*, Argentina: Editores del Puerto s.r.l., 2000.

Roxin, Claus: *Problemas Básicos del Derecho Penal*. (Madrid: Reus, S.A., 1976)

Sampedro, Julio Andrés: *La Humanización del Proceso Penal* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Legis Editores S.A., 2003)

Anexo: Traducción de la sentencia Arizona c. Gant de la Corte Suprema de los Estados Unidos

Syllabus

*Arizona v. Gant**

Hechos

Gant fue arrestado por manejar con el permiso de conducir vencido, fue esposado y detenido dentro de un carro policía antes de que los oficiales registraran su auto y encontraran cocaína en el bolsillo de su chaqueta. La Corte de Arizona no acogió la solicitud de suprimir evidencia y fue imputado por delito de drogas. Por el contrario, la distinguida Corte Suprema del Estado contradujo esto en *New York v. Belton*, 453 U.S. 454 – donde se sostuvo que la policía podía buscar en el compartimento del acompañante del vehículo y cualquier división como consecuencia del arresto legítimo que haya tenido lugar. Porque en *Chimel v. California*, 395 U.S. 752, señaló que la búsqueda que se produce con ocasión del arresto debe estar justificada o en un interés relativo a la seguridad del oficial o bien en preservar evidencia, y las circunstancias del arresto de Gant no implicaron ninguno de los dos intereses. La Corte Suprema del Estado, determinó que esos hallazgos eran infundados.

La Corte sostuvo: la policía podía registrar el compartimento de los pasajeros de un vehículo que haya sido objeto de un arresto reciente, sólo si es razonable creer que el arresto pueda tener relación con el vehículo o bien contiene evidencia relativa al arresto que tuvo lugar.

- a) Las búsquedas sin orden judicial son “per sé ilegítimas”, “salvo por algunas excepciones establecidas expresamente y bien delimitadas”. *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 357. La excepción para una búsqueda que tenga lugar en el contexto de un arresto legítimo, se aplica sólo al “área donde podría haber un arma o evidencia destructible”. *Chimel*, 395 U.S., at 763. Esta corte aplica esta excepción del automóvil en *Belton*, donde se señala que los artículos dentro del compartimento del pasajero en el vehículo son “generalmente...el área ‘donde el arrestado podría llegar a’”. 453 U.S., at 460. Pp. 5-8.
- b) Esta corte rechaza una lectura amplia de *Belton*, en que se permitiría un registro de vehículo en que el ocupante ha sido objeto de un arresto reciente, aun si no había posibilidad de que el arrestado pudiera tener acceso al vehículo al tiempo de la búsqueda. A pesar de que esto no se sigue de *Chimel*, las circunstancias únicas del contexto del automóvil también justifican la búsqueda como consecuencia de un arresto legítimo, si “se cree que evidencia relevante se puede obtener del registro del vehículo”. *Thornton v. United States*, 541 U.S., en 615, 632 (Scalia, J., concurrió en el juicio). Tampoco ocurre en la regla de *Chimel* sobre la regla de distancia, no ocurre tampoco en las reglas de *Thornton* sobre admisibilidad de la búsqueda y hallazgo autorizado. En contraste con *Belton*, en el cual se vio involucrado un solo oficial con cuatro arrestado sin seguridad, cinco oficiales esposaron a Gant, y los otros dos sospechosos en patrullas separadas antes que la búsqueda comenzara. Claramente, Gant no tenía posibilidades

* Traducción hecha por Alejandra Castillo Ara, el documento original se encuentra en disponible en: <http://www.supremecourt.gov/opinions/08pdf/07-542.pdf>

de acceder a su auto. Belton y Thornton, ambos fueron arrestado por ofensas por drogas, pero Gant fue arrestado por conducir con la licencia suspendida- un delito por el cual los oficiales de policía no podían esperar encontrar evidencia en el auto de Gant.

La búsqueda en este caso fue claramente poco razonable.

- c) Esta corte no se ve persuadida por el argumento de la interpretación extensiva de *Belton* que tiene el Estado, donde se hace correctamente un balance de intereses intensificados con la consideración de un interés limitado por parte del arrestado.
- d) El sistema del precedente no requiere adherir a una lectura amplia de *Belton*. La experiencia de los 28 años desde *Belton* ha demostrado que la generalización que sustenta una lectura amplia de esa hipótesis es infundada y la adherencia a esa falsa concepción autorizaría los registros inconstitucionales.

Corte Suprema de los Estados Unidos

Arizona, Petitioner v. Rodney Joseph Gant

Luego de que Rodney Gant fuera arrestado manejando con la licencia de conducir suspendida, esposado y encerrado en la parte trasera de un carro patrulla, los oficiales de policía buscaron en su auto y descubrieron cocaína en el bolsillo de una chaqueta que se encontraba en el asiento trasero del auto.

Porque Gant no podría haber tenido acceso a su auto para sacar armas o evidencia. La Corte Suprema de Arizona sostuvo que el incidente de búsqueda con la excepción en caso de arresto de la garantía de la Cuarta Enmienda como se definió en *Chimel v. California*, 395 U.S. 752 (1969) y que se aplicaba a los registros de autos en *New York v. Belton*, 453 U.S. 454 (1981), no justificaba el registro en este caso. Nosotros concordamos con esa conclusión.

Bajo la concepción del caso *Chimel*, la policía sólo podía buscar en el espacio del “control inmediato” del arrestado, entendiendo por esto “el área en la cual podría tomar posesión de un arma o bien destruir evidencia”. 395 U.S., at 763. La justificación de la seguridad y de la evidencia en *Chimel*, de acuerdo a la regla de la distancia determinó el ámbito de *Belton*. De acuerdo a esto, sostenemos que *Belton* no autoriza el registro de vehículos luego de un arresto reciente del ocupante, una vez que la persona arrestada ha sido asegurada y no puede tener acceso al interior del vehículo.

Consistente con lo sostenido en *Thornton v. United States*, 541 U.S. 615 (2004), y siguiendo la sugerencia del juez Scalia –opinión concurrente en la decisión del juicio, id. En 632- nosotros también concluimos que la circunstancia única del contexto del automóvil justifica un registro cuando es razonable pensar que la evidencia del arresto podría ser encontrada en el vehículo.

El 25 de agosto de 1999, actuando como agente encubierto, en una operación donde se tenían indicios de que la residencia ubicada en la Avenida North Walnut 2524 era usada para vender drogas, los oficiales de policía de Tucson, Griffith y Reed, golpearon en la puerta principal y pidieron hablar con el dueño. Gant respondió a la puerta, luego de identificarse, señaló que esperaba que el dueño llegara más tarde. Los oficiales dejaron la residencia y chequearon los registros, los cuales revelaron que la licencia de conducir de Gant había sido suspendida y que había una garantía evidente de su posible arresto por licencia de conducir vencida.

Cuando los oficiales volvieron a la casa esa tarde, encontraron a un hombre cerca de la parte de atrás de la casa y a una mujer estacionada enfrente de la casa. Luego de que llegó un tercer oficial, arrestaron al hombre por dar un nombre falso y a la mujer por estar en posesión de “drug paraphernalia” (dispositivos relacionados con el consumo o posesión de droga). Ambos arrestados fueron esposados y se encontraban asegurados en autos de patrulla diferentes cuando Gant llegó. Los oficiales reconocieron su auto tan pronto entró al camino, y el oficial Griffith confirmó que Gant era el conductor luego de apuntarle con una linterna dentro del auto a medida que se acercaba. Gant estacionó al final del camino, salió de su auto y cerró la puerta. Griffith, quien se encontraba aproximadamente a 30 pies de él, llamó a Gant y se acercaron hasta quedar a una distancia de 10 a 12 pies de distancia del auto de Gant. Griffith inmediatamente arrestó a Gant y lo esposó.

Porque los otros arrestados se encontraban seguros en los otros auto patrulla, Griffith llamó por refuerzos. Cuando otros dos oficiales llegaron, encerraron a Gant en la parte trasera de su vehículo. Luego de que Gant había sido esposado y puesto en la parte trasera del carro patrulla, dos oficiales registraron su auto: uno de ellos encontró un arma; el otro descubrió una bolsa de cocaína en el bolsillo de una chaqueta que se encontraba en el asiento trasero.

Gant fue objeto de dos cargos: posesión de una sustancia psicotrópica para la venta y posesión de “drug paraphernalia” (por ejemplo: la bolsa plástica en que se encontraba la cocaína).

Él sostiene que se debe suprimir la evidencia encontrada y trasladada de su auto al suelo, pues el registro desprovisto de garantías, violaba la Cuarta Enmienda. Entre otras cosas, Gant argumentó que *Belton* no autorizaba la búsqueda en su vehículo, porque él no constituía una amenaza para los oficiales luego de ser esposado en el carro- patrulla y porque él fue arrestado por un delito de tráfico (vehicular) respecto del cual ninguna evidencia podría haber sido encontrada en su auto. Cuando fue consultado en la audiencia de supresión por qué se produjo el registro, el oficial Grffith señaló “porque la ley dice que podemos hacerlo”. App. 75.

La Corte rechazó el argumento del Estado de que los oficiales tenían motivos para buscar el auto de Gant contrabando cuando el registro había comenzado, *id.*, en 18, 30, pero se denegó la moción de suprimir. Confiando en el hecho de que la policía vio a Gant cometer el crimen de manejar sin licencia y deteniéndolo en el tiempo inmediato que él abandonó el auto, la Corte sostuvo que la búsqueda era permitida como una búsqueda en tanto procedimiento del arresto. El jurado encontró culpable a Gant en ambos cargos de drogas, y fue sentenciado a tres años de prisión. Luego de largos procedimientos de de la corte estatal, la Corte Suprema de Arizona concluyó que el registro del auto de Gant fue injustificado a la luz del significado de la Cuarta Enmienda. La opinión de la Corte discutió a cabalidad nuestra decisión en *Belton*, en la cual se sostenía que la policía podía buscar en el compartimento del pasajero de un vehículo y en

cualquier espacio en que se pueda guardar algo como un incidente contemporáneo al arresto del reciente ocupante del vehículo. La Corte caracterizó al caso *Belton* como un caso en el que respecto al rango permisible de búsqueda en un determinado incidente de arresto y concluyó que no se responde a la pregunta clave “si es que la policía podía dirigir un procedimiento de registro en un arresto cuando la escena ya se encuentra segura”. 216 Ariz., en 4, 162 P. 3d, at 643. Confiando en nuestra decisión previa en *Chimel*, la Corte hizo la observación respecto a que el procedimiento de registro en un caso de arresto que exceptúa la exigencia de garantía, se justifica por los intereses en resguardar la seguridad de los oficiales y por preservar la evidencia. 216 Ariz., en 4, 162 P. 3d, en 643. “La justificación que subyace a *Chimel*, ya no existe porque la escena se encuentra segura y el arrestado se encuentra esposado, en la parte trasera de un carro patrulla y bajo la supervisión de un oficial”, la Corte concluye que “un registro a un auto sin observancia a garantías de la persona arrestada no puede justificarse como necesaria para proteger al oficial en la escena o prevenir la destrucción de evidencia”. Id. En 5, 162 P. 3d, en 644. Consistente con esto, la Corte sostuvo que la búsqueda en el auto de Gant era irracional.

II

Consistente con nuestro precedente, nuestro análisis comienza situando la arbitrariedad de un registro con inobservancia de garantías, con la regla básica de que “los registros llevados a cabo fuera del proceso judicial, sin la aprobación previa de un juez o magistrado, son per sé arbitrarias a la luz de la Cuarta Enmienda- sometido sólo a ciertas excepciones especialmente establecidas y bien delimitadas”. *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 357 (1967).

En *Chimel* nosotros sostuvimos que el procedimiento de registro en un arresto sólo podía incluir “a la persona arrestada y el área ‘de su control inmediato’- utilizando esta frase para referirse al área en la cual podría obtener posesión de un arma o evidencia destructible”. Ibid. Esta limitación, continúa definiendo los límites de la excepción asegurando que el rango de búsqueda en el procedimiento de registro en un arresto es ponderado con su propósito de proteger el arresto practicado por los oficiales y salvaguardar toda la evidencia con ocasión del arresto que la persona arrestada pudiera esconder o destruir.

Si no hay posibilidad de que la persona arrestada pudiese alcanzar el área en que la ley obliga a los oficiales a buscar en el registro, ambas justificaciones para la excepción en el caso del procedimiento de registro en caso de arresto están ausentes y la regla no se aplica. E.g., *Preston v. United States*, 376 U.S. 364, 367-368 (1964).

En *Belton* nosotros consideramos la aplicación de *Chimel* para el contexto del automóvil. Un oficial de policía solo, en ese caso había un auto a exceso de velocidad en el cual Belton era uno de los cuatro ocupantes. Mientras solicitaba la licencia de conducir del conductor y su registro, el oficial olió Marihuana y vio en el suelo del auto un envoltorio que decía “Supergold”- un nombre que él asociaba con Marihuana. Con eso tuvo causa probable para creer que los ocupantes habían cometido un ilícito de drogas, el oficial les ordenó que salieran del vehículo, los puso bajo arresto y los registraron. Sin esposarlos, el oficial “los separó en cuatro áreas separadas de la autopista de manera que no tuvieran contacto entre ellos” y registraron el vehículo. Registraron el vehículo, incluyendo los bolsillos de la chaqueta del asiento trasero, donde encontraron cocaína. 435 U.S., en 456.

La Corte de Apelaciones de Nueva York encontró el registro inconstitucional, concluyendo que luego de que los ocupantes fueron arrestados el vehículo y su contenido estaban “a salvo con la exclusiva custodia y control de la policía”. El *Estado v. Belton*, 50 N.Y. 2d 447, 452 N.E. 2d 420, 423 (1980).

El Estado solicitó a esta Corte considerar si la excepción reconocida en *Chimel* permitía a un oficial registrar “una chaqueta encontrada al interior de un automóvil, mientras los cuatro ocupantes del automóvil, todos bajo arresto, se encuentran parados sin seguridad alrededor del vehículo”. Documento en N.º. 80-328, p. i. Nosotros garantizamos certeza porque “las cortes no han encontrado una definición aceptable del ‘área de control inmediato de la persona arrestada’ cuando esa área razonablemente incluye el interior de un automóvil”. 453 U.S., at 460.

En este documento, el Estado argumenta que la Corte de Apelaciones erró al concluir que la chaqueta estaba bajo el control exclusivo del oficial. Enfocándose en el número de arrestados y su proximidad al vehículo, el Estado sostuvo que era razonable para el oficial creer que las personas arrestadas podrían haber tenido acceso al vehículo y su contenido, haciendo el registro admisible bajo *Chimel*. Documento en N.º 80-328, en 7-8. Los Estados Unidos como *amicus curiae* en apoyo del Estado, argumentó por un estándar más permisivo, pero sostuvo que cualquier procedimiento de registro en el arresto debe ser “sustancialmente contemporáneo” con el arresto –un requisito que juzgó como “satisfecho si el registro tiene lugar mientras el arresto está siendo consumado y antes de que la situación se haya estabilizado de tal manera que se pudiera afirmar que el arresto estaba completo”. Documento para los Estados Unidos como *Amicus Curiae* en *New York v. Belton*, O.T. 1980, N.º 80-328, p.14. Ahí no hubo ninguna sugerencia de las partes o *amici* que *Chimel* autorizara un procedimiento de registro del auto en cuando no hay una posibilidad real de que una de las personas arrestadas pudiera tener acceso al vehículo.

Luego de considerar estos argumentos, nosotros sostuvimos que cuando un oficial arresta legalmente “al ocupante de un automóvil, él podría, como un incidente contemporáneo al arresto, buscar en el compartimento del pasajero de un automóvil” y cualquier otro compartimento en él. *Belton*, 453 U.S., at 460. Este razonamiento se basó en gran parte en nuestro supuesto “de que los artículos al interior del relativamente delgado límite del compartimento del pasajero de un automóvil son, en general, sino inevitables dentro del ‘área a la cual el arrestado podría acceder’” *Ibid*.

La Corte Suprema de Arizona leyó nuestra decisión en *Belton* sólo para delinear “el ámbito apropiado de un registro al interior de un automóvil”. En un procedimiento de arresto, id., en 459. Esto es, cuando el compartimento del pasajero está dentro de la distancia de alcance del arrestado. La Corte del Estado concluye que el registro en el auto de Gant no fue razonable porque claramente Gant no podría haber tenido acceso a su auto al momento del registro.

III

Pese a que no se sigue directamente de *Chimel*, nosotros también concluimos que circunstancias aisladas al contexto del vehículo justifican un procedimiento de registro con ocasión de un arresto, cuando es “razonable creer que evidencia relevante para el crimen por el cual se arresta podría ser encontrada en el vehículo”, *Thornton*, 541 U.S., at 632 (SCALIA, J., concurrente en el juzgamiento). En muchos casos, como cuando una persona es arrestada por una violación de

tránsito, no hay bases razonables para creer que el vehículo contiene evidencia relevante. Ver *Atwater v. Lago Vista*, 532 U.S. 318, 324 (2001); *Knowles v. Iowa*, 525 U.S. 113, 118 (1998). Pero en otros, incluyendo *Belton* y *Thornton*, la ofensa del arresto suple las bases para el registro del compartimento del pasajero de la persona arrestada y cualquier otro compartimento.

Ni la posibilidad del acceso, ni la posibilidad de descubrir evidencia relacionada con el crimen autorizan el registro en este caso. Distinto es en *Belton*, el cual involucró a un solo oficial confrontado con cuatro arrestados que se encontraban inseguros, los cinco oficiales en este caso, tenían superioridad numérica respecto de los tres arrestados, los cuales se encontraban todos esposados y asegurados en una patrullas separadas antes de que los oficiales registraran el auto de Gant. Bajo estas circunstancias, Gant claramente no se encontraba a una distancia que permitirá el alcance de su auto al momento del registro. Una base evidente para el registro también faltaba en este caso.

Mientras Belton y Thornton fueron arrestados por ofensas por droga, Gant fue arrestado por conducir con su licencia suspendida, una ofensa por la cual la policía no podía tener la expectativa alguna de encontrar evidencia en el compartimento del pasajero del auto de Gant. Cf. *Knowles*, 525 U.S., en 118. Porque la policía no podría razonablemente haber creído o que Gant podría haber tenido acceso a su auto al momento del registro, o bien que la evidencia de la ofensa por la cual fue arrestado podría haber sido encontrada ahí, la búsqueda en este caso era irracional.

IV

El Estado no discrepa seriamente con la conclusión a la que llega la Corte Suprema de Arizona de que Gant no podría haber tenido acceso a su vehículo al momento del registro, pero a pesar de eso nunca nos solicitó sostener el registro de su vehículo bajo la lectura de *Belton*. El Estado argumenta que los registros de *Belton* son razonables a pesar de la posibilidad de acceso en el caso concreto, porque esa regla expansiva hace un balance con el interés en el cumplimiento de la ley, incluyendo el interés en establecer una regla estándar, con un interés de privacidad limitado del arrestado respecto de su vehículo.

Por varias razones, nosotros rechazamos el argumento del Estado. Primero, el Estado subestima seriamente el interés en la privacidad. Pese a que nosotros hemos reconocido que el interés de un motorista en la privacidad de su vehículo es menos sustancial que en su casa, ver *New York v. Class*, 475 U.S. 106, 112-113 (1986), el primer interés es a pesar de todo importante y merece protección constitucional, ver *Knowles*, 525 U.S., en 117. Es particularmente relevante que en *Belton* se autoriza a los policías a registrar no sólo el compartimento del pasajero sino cada cartera, estuche o algún otro contenedor en ese espacio. Una regla que le da a la policía el poder de cuando sea pese a que un individuo sea capturado cometiendo una ofensa de tráfico vehicular, cuando no hay bases para creer que se encontrará evidencia en el vehículo, crea una amenaza seria y recurrente a la privacidad de innumerables individuos. De hecho, el carácter de esa amenaza implica la preocupación central a la luz de la Cuarta Enmienda-la preocupación sobre dar a los oficiales de policía para revolver a su antojo entre los efectos personales de las personas.

Al mismo tiempo, como subestima estas preocupaciones respecto a la privacidad, el Estado exagera la claridad que da la lectura que emana de *Belton*. Las cortes que han leído a *Belton* expansivamente tienen diferencias sobre cuán próximo en el tiempo respecto del arresto y cuán

próximo al vehículo del arrestado debe ser el primer contacto con el arrestado para traer una experiencia desagradable según los límites de competencia establecidos en *Belton* y si es que un registro es razonable cuando comienza o continúa luego de que el arrestado ha sido removido de la escena. La regla ha generado una gran convención de falta de certeza, especialmente respecto de una regla conocida por dar una “línea estándar”. Ver 3 La Fave, 7.1 ©, en 514-524. Contrario a la sugerencia del Estado, con una lectura amplia de *Belton* sería innecesario proteger el interés de cumplimiento de la ley y el interés en la evidencia. Bajo nuestra mirada, *Belton* y *Thornton* permiten a un oficial conducir el registro de un vehículo cuando hay una distancia que permite el alcance del arrestado o si es razonable pensar que el vehículo contiene evidencia relativa al delito por el cual se arresta. Otra excepción admitida a la garantía de la exigencia de una orden que autorice el registro de un auto bajo otras circunstancias es cuando se hace por razones de seguridad o por preocupación respecto a la evidencia. Por ejemplo, *Michigan v. Long*, 463, U.S. 1032 (1983), que permite a un oficial registrar el compartimento del pasajero de un vehículo cuando tiene sospecha razonable de que un individuo, sea o no el arrestado, es “peligroso” y podría acceder al vehículo para “tener inmediato control de las armas”. *Id.*, en 1049 (citando a *Terry v. Ohio*, 392 U.S.1, 21 (1968)). Si hay causa probable para creer que un vehículo podría tener evidencia de actividad criminal. *United States v. Ross*, 456 U.S. 798, 820-821 (1982), autoriza el registro de cualquier área del vehículo donde se podría encontrar evidencia. A diferencia de los registros admitidos según la opinión del Juez Scalia que concurrió en el juicio de *Thornton*, la cual nosotros concluimos hoy que son razonables para los propósitos de la Cuarta Enmienda, *Ross* autoriza los registros por evidencia que sea relevante para un delito diverso del que causó ese arresto, y el rango de búsqueda del registro se vuelve más amplio. Finalmente deben haber todavía otras circunstancias en las cuales la seguridad o el interés en la evidencia justificarían un registro. Cf. *Maryland v. Buie*, 494 U.S. 325, 334 (1990) (sosteniendo eso, en un procedimiento de arresto, un oficial podría dirigir un área limitada de protección de aquéllos sectores de una casa en la cual es razonable sospechar que una persona peligrosa podría estarse ocultando).

Estas excepciones juntas aseguran que los oficiales puedan registrar un vehículo cuando la real seguridad o las preocupaciones sobre la evidencia que se encuentren durante el arresto de un ocupante reciente de un vehículo justifican el registro. Construir en *Belton* una permisión amplia que permita el procedimiento de registros en cualquier arresto no sirve para ningún propósito excepto para dar a la policía una autorización, en contradicción a lo que señala la Cuarta Enmienda de permitir un registro sin garantías sobre esa base. Por estas razones, no hemos sido persuadidos por el argumento del Estado respecto de que una lectura amplia de *Belton* podría significativamente incentivar más el interés en el cumplimiento de la ley y justificar una intromisión sustancial en la privacidad del individuo.

V

Nuestros colegas de opinión disidente sostienen que la doctrina del *stare decisis* requiere adherir a una lectura amplia de *Belton* a pesar de que la justificación para registrar un vehículo en un procedimiento de arresto está en la mayoría de los casos ausente. La doctrina del *stare decisis* es por supuesto “esencial al respeto de acuerdo al juicio de la Corte y a la estabilidad de la ley”, pero no nos compele a nosotros a seguir una decisión pasada, cuando no sigue siendo racional a la luz de un “análisis cuidadoso”. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 577 (2003).

Nosotros nunca hemos confiado en el *stare decisis* para justificar la continuidad de prácticas policiales inconstitucionales. Y nosotros no estaríamos conformes con sostener un resultado inconstitucional en un caso en que es tan fácilmente distinguible la decisión de la que argumentativamente se fuerza a llegar. La seguridad y el interés en la evidencia que apoyaron el registro en *Belton* simplemente no están presentes en este caso. De hecho, es difícil imaginar dos casos que sean fácticamente más distintos, mientras *Belton* involucra a un oficial enfrentado a cuatro arrestados inseguros sospechosos de haber cometido un delito de drogas, este otro caso se trata de varios oficiales enfrentados a una persona arrestada aprehendida por conducir con su licencia suspendida. Este caso es también distinto de *Thornton*, en el cual el recurrente fue arrestado por un delito de drogas. Hasta aquí no sorprende que los miembros de esta Corte, que concurrieron en el juicio de *Belton* y *Thornton* también concurren en la decisión de este caso.

Nosotros no estamos de acuerdo con la discusión en la disidencia de Justice Alto (en el apartado de la disidencia) esa consideración en el interés de la confianza en los policías requiere un resultado diferente.

No obstante, pareciera que la lectura del Estado de *Belton* ha sido ampliamente enseñada en las academias de policías y han confiado en ese interés en el cumplir la ley para dirigir procedimientos de registro durante los últimos 28 años, muchos de estos registros no se encontraban justificados por las razones que subyacen a la excepción de *Chimel*. Incontables individuos culpables por nada más que una infracción de tráfico vehicular han visto violado su derecho constitucional a la seguridad de la privacidad de sus efectos personales. El hecho de que el interés de la comunidad en el cumplimiento de la ley vea en la versión del Estado de *Belton* una regla permisiva no establece el tipo de interés en la confianza que pueda tener más peso específico que actuar contra la fuerza del interés que todos los individuos compartan en tener sus derechos constitucionales completamente protegidos. Si es claro que una determinada práctica es contraria a la ley, el interés de los individuos en su discontinuidad claramente va a tener más peso específico que cualquier persistencia de una “permisión” en razón del interés en el cumplimiento de la ley. Cf. *Mincey v. Arizona*, 437 U.S. 385, 393 (1978) (“El solo hecho de que el interés en el cumplimiento de la ley se haría más eficiente, no puede nunca por sí mismo justificar desatender a la Cuarta Enmienda”).

La experiencia de los 28 años desde que decidimos *Belton* ha demostrado que la generalización que sostiene una lectura amplia de esa decisión es infundada. Nosotros ahora sabemos que los artículos al interior de los compartimentos del pasajero se encuentran no a menudo “dentro del área a la cual un arrestado podrá acceder”, 453 U.S., en 460, y una ciega adherencia a la conclusión de prerrogativa autorizaría un sinnúmero de registros inconstitucionales.

VI

La policía podría registrar un vehículo en caso de un procedimiento de arresto de un ocupante sólo si la persona arrestada se encuentra a una distancia de alcance del compartimento del pasajero al momento del registro o bien resulta razonable pensar que el vehículo contiene evidencia relativa al delito que suscita el arresto. Cuando estas justificaciones faltan, el registro en el vehículo de una persona arrestada será irracional a menos que la policía tenga una orden o muestre otra excepción que se aplica a los requerimientos de la garantía. La Corte Suprema de

Arizona, sostuvo correctamente, que este registro implicaba un registro irracional. Conforme con la decisión sostenida de la Corte Suprema del Estado.