



**UNIVERSIDAD MIGUEL DE CERVANTES ESCUELA
DE DERECHO**

**Control de identidad y control de identidad preventivo, decantados
en la Audiencia de control de identidad en los tribunales chilenos.**

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Profesor Guía: Alejandro Alarcón Quinteros.

Edgardo Mirko Muñoz Macaya

Santiago, Chile 2022

DEDICATORIA

Mi tesis la dedico con todo mi amor y cariño a mis adorados hijos y a mis queridos padres, por haber creído en mí, me dan la energía y fuerza que toda persona necesita para salir adelante. Por ser mi fuente de motivación e inspiración para superarme día a día y así poder luchar para que el futuro sea mejor.

AGRADECIMIENTOS

Una de las cosas buenas de la vida, es que tiene una característica especial, está llena de matices, y podemos compartir y disfrutar con las personas que amamos , las que nos ayudan a ser mejores personas nos guían, y lo más importante nos dan valor y fuerza cuando nos encontramos en circunstancias difíciles . Más también podemos ayudarlos y ser un pilar importante en vuestras vidas; por esto mismo, mediante estos agradecimientos, quiero resaltar la labor de todos y cada uno de aquellos que estuvieron presentes durante la realización y el desarrollo de esta memoria, gracias por los aportes y consejos a cada uno de los intervinientes

El trabajo de tesis no fue tarea fácil, pero lo que puedo decir es que llegar a esta instancia ha sido un proceso de vida académica de gran esfuerzo y dedicación. Proyecto que finaliza dentro de mí por el afán de demostrar a mis hijos que cuando uno se propone metas, es constante y perseverante puede lograr sus objetivos, y me dispuse a que así fuera, fue porque la vida puso en mi camino a una gran mujer y compañera y que a pesar de las dificultades e imprevistos siempre está presente, es por ella que, le agradezco profundamente.

Espero que la vida y el futuro permita disfrutar de una agradable cosecha, gracias a todos.

ÍNDICE

INTRODUCCION

CAPITULO 1.- LAS FUENTES FORMALES DE LA DETENCIÓN Y SU PROBLEMÁTICA

1.1 Jerarquía y aplicabilidad de las fuentes que contienen normas sobre la detención.

1.2 JURISPRUDENCIA Y ANÁLISIS

CAPITULO 2.- ANÁLISIS Y MODIFICACIÓN Y AVANCES DEL CONTROL DE IDENTIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

2.1.- DETENCIÓN POR SOSPECHA

2.2.- REFORMA PROCESAL PENAL

2.3.- CONTROL DE IDENTIDAD PREVENTIVO

2.4.- TRAYECTORIA HISTÓRICA DE LA FACULTAD PREVENTIVA DE CONTROL DE LAS POLICÍAS EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL

CAPITULO 3.- ANÁLISIS Y ESTUDIO DEL ARTÍCULO 85 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

3.1.- EFECTOS DEL ARTÍCULO 85 CPP EN RELACION A PROCEDIMIENTOS POLICIALES Y RESOLUCIONES JUDICIALES.

3.2.- OBLIGACIONES ESTABLECIDAS POR EL ARTICULO 85

3.3.- DETERMINACIÓN Y ALCANCE DEL CONCEPTO "INDICIO". HIPÓTESIS DE JUSTIFICACIÓN DE CONTROL DE IDENTIDAD

3.4.- CASOS FUNDADOS

3.5.- EVOLUCIÓN DE LAS FACULTADES FISCALIZADORAS E INTRUSIVAS DE LA POLICÍA EN EL CONTROL DE IDENTIDAD.

3.6.- Diferencias entre ambos controles

3.7.- En síntesis

CAPITULO 4.- DETENCIÓN POR CONTROL DE IDENTIDAD. HIPÓTESIS DE ILEGALIDAD.

4.1 EL ESTABLECIMIENTO DE LA RELACIÓN JURÍDICO PROCESAL VALIDA Y LA FUNDAMENTACIÓN PRELIMINAR DE LA IMPUTACIÓN PENAL EN LA AUDIENCIA DE CONTROL DE DETENCIÓN.

4.2 JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE SOBRE CONTROL DE IDENTIDAD

4.2.1.- Aproximación a las causales particulares de control de identidad.

4.2.2.- Límites, características y aspectos en que debe centrarse el examen que el órgano jurisdiccional realiza sobre la licitud del control de identidad

4.2.3. Indicios deben sostenerse en circunstancias objetivas y comprobables, ser serios y verosímiles, y los hechos que los conforman no pueden ser vagos y amplios.

4.2.4. El examen judicial debe efectuarse desde una perspectiva ex ante.

4.2.5.- El control jurisdiccional sólo busca descartar que se haya obrado arbitrariamente por los policías, mas no sustituir la apreciación de éstos.

4.2.6. La experiencia y el conocimiento que poseen los policías sobre las características de los lugares en los que desarrollan su labor preventiva, debe ser aquilatado al dirimir judicialmente la existencia del indicio.

4.2.7. Continuemos

CAPITULO 5.- CAUSALES DE EXCLUSIÓN Y VALORACIÓN EN JUICIO. EN CUANTO A EVIDENCIAS, PRUEBA ILÍCITA

5.1.- PRINCIPALES DISCUSIONES SOBRE LA ILEGALIDAD DE LA DETENCION Y SU RELEVANCIA A LO LARGO DEL PROCESO.

CONCLUSION

INTRODUCCION

La mañana del 22 de JUNIO del 2021 el sr Mauricio dorador en la vía pública, en la comuna de Cartagena transitaba, cuando de repente advirtió la presencia de **P.D.I** e ingresó a una calle dándose a la fuga —**según los policías**— tras un automóvil. La Fiscalía, trascurrido un año después del hecho, lo llevó a juicio oral debido a que ese día, --**al ser controlado por los policías**--, se halló entre sus ropas 6 envoltorios de papellitos con de 6,5 gramos de cocaína base y 7 bolsas de nailon transparente con 5,2 gramos de la misma sustancia. Si bien ante el tribunal oral este hombre fue condenado —en fallo dividido— a 541 días de cárcel por tráfico de pequeñas cantidades, hace algunos días la “**Corte Suprema desestimo y anuló esta sentencia**”, y lo hizo al **declarar ilegal el control de identidad que la policía realizó**.

El fallo precedente, de la Segunda Sala de la corte suprema, estima que --**el solo hecho de que el imputado se ocultara**-- de los policías no era suficiente para que se configurara – “**dicho acto**” -- de la comisión de un ilícito, lo que exige la ley actual para un control de identidad, este se hizo con infracción a sus garantías constitucionales.).

Hechos como este aquí mencionado, no son de carácter aislado, sino que cada vez y con más frecuencia se suscitan situaciones de esta índole. Por cierto, el nivel de complejidad que revisten situaciones como esta, deja en evidencia, por así llamarlo, la pugna que existe entre los procedimientos que llevan a cabo las policías y lo que resuelven nuestros Tribunales de Justicia cada vez que una persona es puesta a disposición de estos bajo el alero del artículo 85 del Código Procesal Penal.

Un mes después del hecho ya relatado, el ministro de la Corte Suprema, Jorge Dahm, hizo la siguiente declaración para un noticiero “¿Si una persona no da señales de ningún indicio de señal de delito, no se le puede registrar, es decir, ---**no se puede actuar por el resultado**---, yo lo registro para encontrarle algo? y si no le encuentro nada, ¿una disculpa?, ¿ese es el tema!

El caso de Mauricio dorador es un caso que se repite a diario entre tantos otros de similares características, del cual se desprende un tema evidente para esta investigación y, esencial para este análisis, el denominado “**Control de Identidad**”, consagrado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, procedimiento que las policías pueden realizar cada vez que estimen que existe un indicio de que una persona hubiese intentado cometer un crimen, simple falta o infracción que se atreviese a cometer, conducta ante la cual, la ley les entrega las facultades apropiadas para controlar la identidad de una persona y de tal caso , retenerla o privándola de libertad, eso sí, respetando lo que establece la Constitución Política de La República.

No podemos olvidar un asunto relevante en cuanto a la forma en que opera la CPR, cuando esta fija garantías y derechos, hace un reenvío a la ley para que sea ésta la encargada de velar por el cumplimiento global de lo dispuesto por ella. Es así que, la ley adquiere un rol evidente, y garante derivado y garantizado por la CPR.

Por lo tanto, los razonamientos en el caso en cuestión, pretenden, desde un análisis al artículo 85 y 130 del Código Procesal Penal, y de las conductas ciudadanas, de los procedimientos policiales y de las actuaciones judiciales, plantear una nueva hipótesis sujeta a mucha controversia y crítica, como lo es el “Control de Identidad” y, mostrar que esta normativa nace con una lógica garantista por que debe ser justificada por quien la aplica o por quien resuelve si se han vulnerados o no las garantías y derechos que la CPR y la ley establecen.

Cuando partió la reforma procesal penal, el gran debate que supuestamente estaba abierto y que de hecho se daban en los tribunales de garantía, tenía que ver con las causales de flagrancia, porque allí es donde estaba abierto a la interpretación jurisdiccional, muchos de los límites que finalmente los tribunales de garantía iban a imponer a la persecución penal en la etapa inicial. Sin embargo, con el correr del tiempo y la instauración y la consolidación y además el avance legislativo en relación con las facultades policial en el control de identidad, la discusión acerca de la flagrancia fue quedando de lado, y nos trasladamos cada vez más a discutir acerca de cuándo estamos frente a un indicio del artículo 85 CPP a cuando estamos frente a una causa de flagrancia del artículo 130 CPP. Esto genera una serie de consecuencias pero que en definitiva no significan que el control de detención pierda sentido, sino que todo lo contrario porque en

definitiva el control de identidad, abre mucho más la posibilidad o la necesidad de que el tribunal establezca criterios para determinar ¿qué es un indicio y cuándo es ajustado a derecho o no ajustado a derecho el obrar policial? La que finalmente se traduce en la detención por flagrancia derivada de este control de identidad.

En el siguiente apartado daré un enmarque que da la normativa y su jerarquía que deben ser consideradas para nuestro sistema jurídico. Estas fuentes formales contienen normas que establecen las exigencias, que deben tener en cuenta al privar de libertad a una persona.

CAPITULO 1.- LAS FUENTES FORMALES DE LA DETENCIÓN Y SU PROBLEMÁTICA

En el ordenamiento jurídico chileno, el derecho fundamental a la libertad personal se encuentra en distintos textos normativos.

El titular de este derecho “el detenido”–, las distintas fuentes han de garantizar “un mismo derecho fundamental a la libertad personal” según nos indica Diego Falcone Salas en la Revista de Derecho XXXVIII (página 436)

Las fuentes formales indican sus formas legítimas de afectación. Centrémonos en una de ellas: la detención.

Las fuentes formales del derecho a la libertad personal, la detención y determinadas garantías relativos a la privación de libertad son:

- i) Los tratados internacionales
- ii) La Constitución Política de la República.
- iii) Código Procesal Penal. en sus artículos 5, 85, 93, 94, 95, 122 y 125 a 138, principalmente.
- iv) La Ley N° 20.084, sistema de responsabilidad penal de los adolescentes por infracciones a la ley penal.
- v) Ley N° 20.000, Ley N° 18.314, etc.

Los tratados internacionales

- **Pacto internacional de derechos civiles y políticos. (PIDCP.),** promulgado por Decreto N° 778 (Diario Oficial de 29 de abril de 1989), especialmente en su artículo 9; “Artículo 9 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho a obtener reparación.”
- **La Convención americana sobre derechos humanos (CADH.),** promulgada por Decreto N° 873 (Diario Oficial de 5 de enero de 1991), especialmente en su artículo 7. “Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a

ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.”

- **La Convención sobre los derechos del niño**, promulgada por Decreto N° 830 (Diario Oficial de 27 de septiembre de 1990), particularmente en su artículo 37. “Artículo 37 Los Estados Partes velarán por qué: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener VENTA, TRÁFICO Y TRATA DE NIÑOS Es obligación del Estado tomar todas las medidas necesarias para prevenir la venta, el tráfico y la trata de niños. OTRAS FORMAS DE EXPLOTACIÓN Es derecho del niño recibir protección contra todas las otras formas de explotación no consideradas en los artículos 32, 33, 34 y 35. TORTURA Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD Ningún niño será sometido a la tortura, a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la pena capital, a la prisión perpetua y a la

detención o encarcelación ilegales o arbitrarias. Todo niño privado de libertad deberá ser tratado con humanidad, estará separado de los adultos, tendrá derecho a mantener contacto con su familia y a tener pronto acceso a la asistencia jurídica u otra asistencia adecuada. contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.”

La Constitución Política de la República

Fundamentalmente en sus artículos 19 N° 7 y 21.

“7° El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros; 11 b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes; c) Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes. Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas; d) Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto. Los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de arrestado o detenido, procesado o preso, sin dejar constancia de la orden correspondiente, emanada de autoridad que tenga facultad legal, en un registro que será público. Ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de

la casa de detención visite al arrestado o detenido, procesado o preso, que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido lo requiera, a transmitir al juez competente la copia de la orden de detención, o a reclamar para que se le dé dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo, si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito; e) La libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla. La resolución que otorgue la libertad provisional a los procesados por los delitos a que se refiere el artículo 9º, deberá siempre elevarse en consulta. Esta y la apelación de la resolución que se pronuncie sobre la excarcelación serán conocidas por el Tribunal superior que corresponda integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que apruebe u otorgue la libertad requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad provisional el reo quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple; f) En las causas criminales no se podrá obligar al inculpado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley; g) No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas; h) No podrá aplicarse como sanción la pérdida de los derechos previsionales, e i) Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”

“21º El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas

actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

1.1 Jerarquía y aplicabilidad de las fuentes que contienen normas sobre la detención.

Tradicionalmente en el ordenamiento jurídico chileno su pirámide jerárquica era: Constitución Política, ley y reglamento. Existe una interacción entre estas tres fuentes y los tratados internacionales, adquiriendo una mayor complejidad esta pirámide.

No se debe olvidar el principio de supremacía otorgado en el artículo 6 de la Constitución Política de nuestra República “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.”

Las instituciones del Estado deben someterse a la Constitución, ya que está en la cúspide de la pirámide normativa y a las normas deben ser dictadas conforme a ella. Se desglosan dos ideas, que existe una unidad del ordenamiento jurídico y la existencia de una jerarquía normativa. Las normas constitucionales gozan de eficacia directa, es decir que puede tener algún efecto aún sin intervención legislativa. Por lo tanto, son operativas y aplicables en un proceso sin necesidad de actividad legislativa posterior.

Se reitera que la Constitución esta por sobre la ley, ya que la función legislativa se rige en conformidad del artículo 6 de CPR, y como nos señala Diego Falcone Salas. “.... se habla de la existencia de un “bloque de constitucionalidad” conformado, al menos, por la Constitución Política y las leyes dictadas conforme a ella (formal y sustancialmente)”.

En un proceso penal, en donde su sustanciación y resolución acudan normas constitucionales y legales, y estas últimas al amparo de las primeras.

Ante la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una ley aplicado en un proceso, dado la pirámide normativa el único órgano competente para pronunciarse sobre ella es el Tribunal Constitucional. Sin embargo, el juez ordinario también pueda declarar

inaplicable la ley por estimarla inconstitucional, es el llamado “control difuso”, Así Aldunate Lizana, E., Derechos, cit. (n. 2), pp. 203-204. Cea Egaña, J. L., cit. (n. 12), I, p. 249 apunta que por la celeridad del procedimiento de detención y su control, la alta probabilidad de término del proceso en la misma audiencia o en un tiempo breve y, además, el hecho que todos los días y horas sean hábiles para las actuaciones judiciales en materia penal, hacen que la existencia de una gestión pendiente como requisito para plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional, dificulte seriamente la iniciativa de su empleo.

Existe una clasificación propia del derecho internacional, que distingue entre “tratados de derechos humanos” y “otros tratados internacionales”, al que se le denominara tratados internacionales comunes.

Tradicionalmente, se ha entendido que los tratados internacionales comunes poseen el mismo rango, la misma jerarquía, que una ley, por lo tanto tendrán el mismo “principio de homogeneidad”, consistente en que “las normas que se encuentran en el mismo grado o nivel dentro del ordenamiento tienen el mismo valor y fuerza obligatoria”; o sea en caso de conflicto entre ellas, se debe “aplicar el criterio de jerarquía para resolver la antinomia, debiendo recurrirse a los criterios de especialidad y temporalidad como mecanismos de solución”.

Así emanan las reglas de derogación de una ley, ya sea total o parcialmente, en virtud de otra posterior, y de preferencia de aquella que regule un aspecto de modo más particular que otra.

En esta interacción de las leyes con los tratados internacionales comunes, la doctrina, acepta que deben prevalecer las normas del tratado por sobre las de la ley.

En concreto, se sostiene: i) Que los tratados internacionales tienen la virtud de dejar sin efecto una ley anterior que contenga prescripciones en un sentido diverso. ii) Que una ley, en cambio, no puede derogar o dejar sin efecto un tratado internacional. Esto, con base en el texto del artículo 54 N° 1 CPR, que en su inciso 5, expresa: Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional³⁰. A esta disposición debe sumarse lo dispuesto en los artículos

26 y 27 de la “Convención de Viena” sobre Derecho de los tratados que, en lo pertinente, indican: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (artículo 26); y “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (artículo 27).

Se puede concluir que, aunque en doctrina exista una asimilación de los tratados comunes a la ley, en verdad ambas fuentes no concurren en forma homogénea a la configuración del ordenamiento jurídico, situándose los tratados internacionales en una jerarquía superior.

Los tratados comunes generan derechos y obligaciones entre estados, en el evento de su incumplimiento se entra de lleno en el ámbito de la responsabilidad internacional.

Los tratados internacionales de derechos humanos tienen un origen distinto que los comunes.

En los tratados internacionales de derechos humanos, los estados concurren con su voluntad para obligarse a un fin común, que se proyecta hacia los habitantes individualmente considerados, en el sentido de tener éstos, en virtud de tal instrumento, un derecho fundamental que hacer valer ante el Estado.

La ley no puede transgredir lo dispuesto en tratados internacionales de derechos humanos.

Los tratados internacionales de derechos humanos se sujetan al régimen general de los tratados comunes. La constitución refuerza esta virtud en el artículo 5 inciso 2º CPR, que expresa: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Desde otra arista afirman que las normas de derechos humanos, contenidas en tratados, son autoejecutables, es decir, que gozan, al igual que la Constitución, de eficacia directa. Es el caso de la Convención americana de derechos humanos, dada la redacción de su artículo 1: “ Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su

libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

Se infieren dos conclusiones que conducen al mismo punto.

En primer lugar, en el artículo 54 N° 1 inciso 5° CRP la forma para que un tratado puede dejar de estar vigente, es de acuerdo con los mecanismos dispuestos por el derecho internacional, no siendo posible sostener que ello también podría ocurrir mediante la dictación de una ley que lo derogara, expresa o tácitamente. “Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”.

En segundo lugar, sin menoscabo de la posición que se acoja, en cuanto a la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos frente a la Constitución, ha quedado demostrado que el legislador se encuentra obligado, por normas que tienen eficacia en el ámbito interno, a respetar y promover los derechos fundamentales contenidos en dichos tratados.

Esto, por expresa disposición de una norma de rango constitucional, cual es el artículo 5 inciso 2° CPR.

Por lo tanto, las disposiciones legales que contraríen tratados internacionales de derechos humanos, quedan en situación de ser consideradas inaplicables al caso particular e, incluso, de estimarse inconstitucionales y ser derogadas, de conformidad con los artículos 93 números 6 y 7, y 94 CPR.

Artículo 93 número 6°. - “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución; 7°.- Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”

Artículo 94: “Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido. Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate. En el caso del N° 16° del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo. No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo. Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un decreto con fuerza de ley, de un decreto supremo o auto acordado, en su caso, se publicarán en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación.

El fundamento de la inconstitucionalidad, puede estar en que la ley pretende derogar, expresa o tácitamente, todo o parte de sus disposiciones (inconstitucionalidad relacionada con el artículo 54 N° 1 CPR) o, en que la ley contiene prescripciones normativas que desatienden el respeto y promoción de los derechos fundamentales garantizados por tales tratados (inconstitucionalidad relacionada con el artículo 5 inciso 2° C.P.R.). Esto no excluye la responsabilidad internacional del Estado. Dicha responsabilidad opera de modo adicional, ante una jurisdicción distinta.

Y es aquí donde entramos a una polémica existente que tiene que ver si los tratados deben considerarse con una jerarquía supraconstitucional o infraconstitucional. El artículo 5 inciso 2° C.P.R. es el nexo de las fuentes del derecho positivas interna, con las originadas de tratados que tengan derechos fundamentales, de manera de mantener la coherencia en la configuración del ordenamiento chileno. Alcanzando los derechos del imputado como garantías.

1.2 JURISPRUDENCIA Y ANÁLISIS

En el Fallo 83-2020 del Pleno de la Corte de Apelaciones de Talca, acoge una queja presentada contra un magistrado del Juzgado de Garantía de Talca, Sr. Víctor Rojas Oyarce, deducida por el General de Carabineros Héctor Salazar Martínez, jefe de la 7°

zona del Maule, por lo resuelto en las causas RIT 8607-2019 y 10.475-2019, en cuanto se observa la conducta del referido magistrado al exceder de su competencia.

En contexto de Estallido Social, se dictó una resolución a propósito del control de detención, el 31 de octubre del 2019 en los autos RIT 8607-10-2019, la persona detenida estaba imputada por desórdenes públicos (delito establecido en el artículo 269 del Código Penal que tiene una pena mínima, reclusión menor en su grado mínimo, lo que permite entonces salidas alternativas, muchas veces no siendo necesario proceder la detención, bastaría con la citación). En este caso se detuvo la persona por participar en las manifestaciones. El imputado durante el desarrollo de la audiencia de control de detención, realizó la denuncia por tratos vejatorios por parte de Carabineros, ya que durante la detención le habría apretado sus genitales. El magistrado ante estos antecedentes afirmó que se trata de una vejación sexual, que denuncie al Ministerio Público y a los organismos como Amnistía Internacional, Instituto Nacional de Derechos Humanos entre otros.

La Audiencia celebrada el 17 de diciembre de 2019, en la causa RIT 10.475-2019, el juez resolvió la ilegalidad de la detención pues no habría pruebas suficientes de la participación del imputado y asume que en el contexto del estallido social ha existido una vulneración grave a los derechos humanos por parte de Carabineros de Chile, situación que se plasma en el primer Informe de Amnistía Internacional y el Instituto Nacional de Derechos Humanos por Human Rights Watch. Dando ciertos argumentos en orden a estimar que esta era una conducta habitual de Carabineros.

Esta es la situación, que denunció Carabineros de Chile, que en las audiencias que se realizaron a propósito del control de detención, habría un exceso de argumentación parcial y hay ausencia de citas normativas, no se sabe por qué leyes resuelve el Juez. Estamos en presencia de una queja presentada contra el Magistrado que se defendió señalando que aquí no solo se había aplicado la nueva normativa nacional, sino que también la normativa internacional ya que la raíz de la normativa, en especial la vigente desde el año 2000 en adelante, se funda en la normativa internacional, por esto es un código altamente garantista, que está enfocado en el imputado que aparece como la persona más débil del proceso penal, para efecto de respeto a sus garantías.

Paso a comentar la argumentación del Magistrado don Víctor Rojas Oyarce,

Indica que las fechas de ambas audiencias, 31 de octubre y 17 de diciembre están dentro del contexto del estallido social, fechas que enmarcan cuatro informes de organismos de Derechos Humanos que fueron aludidos en las resoluciones. La Declaración de Derechos y Deberes de los Hombres junto con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, son los principales instrumentos internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que consagran derechos y define las obligaciones de los Estados para su respeto, promoción y garantía. El sistema interamericano cuenta con dos órganos destinados a velar por el cumplimiento de las obligaciones de los Estados: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Que en la causa RIT 8607-2019 el imputado denunció al Carabineros por vejaciones sexuales (apretones en sus genitales) estando ya reducido, se toma nota de su denuncia y se insta a realizarla a través de los conductos formales. Argumentado que el 22 de noviembre de 1969, la Organización de Estados Americanos adoptó la Convención interamericana de Derechos Humanos y que en su artículo 5 dice: Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psicológica y moral; nadie debe ser sometido a torturas ni penas o tratos crueles inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, por lo tanto, su actuar como juez de garantía es velar la integridad física y psicológica de los imputados y víctimas.

Que en la causa RIT 10.475-2019 al imputado se declara ilegal su detención al no haber respaldo suficiente de la flagrancia de la figura del artículo 269 del Código Penal. Hechos que ocurrieron cuando ya existían 4 informes de entidades internacionales que objetaban la capacidad del Estado Chileno de prevenir, promover, indagar y sancionar las vulneraciones a los derechos humanos, situaciones que de no contemplarse en las argumentaciones se podría responsabilizar al Estado posteriormente.

Señala que sus resoluciones se han ajustado con las obligaciones que nos impone la Constitución, las leyes y los tratados internacionales, a así el Estado Chileno no podrá ser objeto de Responsabilidad por acción u omisión. Además, hace hincapié que es preocupante que el objeto de la queja sea atentar contra la independencia judicial,

iniciar una persecución personal contra un magistrado por sus resoluciones y criterios jurisdiccionales.

El Tribunal Pleno, concluye que el magistrado Rojas Orce se excedió en su competencia, al efectuar opiniones que no se relacionaban con lo debatido en la audiencia y generalizar las conductas de Carabineros de Chile, fundamentando en los cuatros informes mencionados por el magistrado.

La discusión es hasta donde puede argumentar el Juez de Garantía, de qué manera se cumple la obligación legal que en el artículo 36 del CPP. Hay una carga probatoria especial, una carga de fundamentación especial respecto del Juez de Garantía que le exigen respecto a todas las decisiones que se tomen a traslucir, explicar cuáles son los argumentos que tuvo para resolver.

El artículo 36 que lleva el título de Fundamentación “Será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite. La fundamentación expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas”, es una lógica muy similar a lo que ocurre en materia civil, con el artículo 170, 171 del CPC.

Un problema jurídico en una audiencia de control de detención se puede aplicar la normativa del CPP, Constitucional, además de toda la normativa internacional que esta ratificada por Chile. La queja acogida por Corte de Apelaciones de Talca, señala que su fundamentación adolece de normativa legal, pero el Fallo del Pleno de la Corte de Apelaciones de Talca tampoco tiene una argumentación legal suficiente.

¿Cuál es problema de trasfondo? Aquí estamos frente a un simple delito de poca monta como es el de desórdenes públicos, que tiene una hipótesis de agravación en el inciso segundo del artículo 269 del CP, se sanciona a presidio menor en su grado mínimo a medio. Son delitos que ya es cuestionable que lleguen a la etapa de Audiencia de Control de detención.

La igualdad ante la ley, como garantía fundamental, la libertad personal y la seguridad individual, como derechos protegidos por la CPR tienen como consecuencia que “toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República,

trasladarse, entrar y salir de su territorio, siempre que se guarden las normas establecidas en la ley, teniendo presente que **nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida** sino en los casos y en la forma que dicta la Constitución y las leyes, sin embargo, puede ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de plazo establecido por la Constitución. De esto se desprende los principios a la protección constitucional para el ejercicio de algunas de las garantías y derechos de los que un ciudadano y miembro de la sociedad chilena. Cada ciudadano puede ejercer con absoluta libertad y autonomía su derecho a residir, permanecer, trasladarse, entrar o salir del territorio nacional sujetando su conducta a la normativa vigente, por lo cual, actuando de esta forma, no debiera ser jamás privado de su libertad ni muchos menos ser objeto de una, retención o detención arbitraria.

Sin embargo, el punto de cuestionamiento, puede hacer que todo cambie en un segundo a otro o será la conducta del ciudadano, contraria a derecho o, el abuso de poder del funcionario policial que, sin tener lógica, efectúa un control de identidad sin un indicio que sea suficiente para el desarrollo de tal acción. En este caso, cualquiera de los actores, actuando sin ajustarse a lo preestablecido por la constitución y las leyes, uno con actos o conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico y, el otro sujeto a las sanciones que establece la ley. Tales actos o acciones, si no son el resultado de un procedimiento ajustado a ley y, sin fundamentados cuando el Ministerio Público da a conocer ante el Juez de Garantía los hechos por los cuales se controló la identidad y se determinó el registro de las pertenencias con resultado de la detención de una persona, podría terminar en otra insipidez, que el Tribunal declare la ilegalidad de la detención.

CAPITULO 2.- ANÁLISIS Y MODIFICACIÓN Y AVANCES DEL CONTROL DE IDENTIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

2.1.- DETENCIÓN POR SOSPECHA

En este apartado daré una breve evolución que han tenido las facultades preventivas existentes en Chile en el control de identidad, marcando la pre y post en la transición de los criterios que aplicaron en diferentes momentos de nuestra historia.

Desde la antigua “**Detención por Sospecha**” ha pasado mucho tiempo del control de “**Control de Identidad**” (1907 – 1998), pasaron casi cien años, el antiguo procedimiento entregaba facultades a la policía para detener a cualquier persona a la que se le pudieran imputar algunas situaciones sospechosas, lo que claramente constituía una facultad para que se diera origen a una serie de abusos y actos arbitrarios.

En el Código de Procedimiento Penal de 1906, el título IV, párrafo II, artículo 282¹, el que contenía la denominada “detención por sospecha” el cual disponía lo siguiente:

Art. 282: “Los agentes de policía de seguridad estarán obligados a detener a todo delincuente de crimen o simple delito a quien se sorprenda infraganti. Están además autorizados para detener:

- 1º. Al sentenciado a las penas de presidio, reclusión o prisión que hubiere quebrantado su condena;
- 2º. Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente;
- 3º. Al que anduviere disfrazado y rehusare darse a conocer;
- 4º Al que se encontrare a deshora o en lugares o en circunstancias que presten motivo fundado para atribuirle malos designios, si las explicaciones que diere de su conducta no desvanecieren las sospechas.”.

Estas facultades son entregadas a la policía, quienes pueden detener y privar a una persona de su libertad por las razones ya mencionadas, fundamentado su actuar a un plano subjetivo de ciertos supuestos. Esta sospecha se mantenía hasta que la policía no disipara su desconfianza. Este es el factor que sustenta la habilitación del control. El

¹ Código de Procedimiento Penal (1906), artículo 282, p. 97. Disponible para descargar el texto original en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22960&tipoVersion=0>.

procedimiento era realizado y finalizado por la entidad policial, que no estaba sujeta a ningún tipo de control, ni de la institución ni jurisdiccional, que lo que actualmente se desarrolla en el control de la legalidad de la detención, en donde el Juez de Garantía controla la legalidad de la detención y determina si se cumple con las normas existentes, y de no cumplir con los presupuestos de legalidad, debe declararse la ilegalidad de la detención y sus consecuencias.²

Aunque la norma establecía las causales y las reglas del procedimiento de la detención, como por ejemplo no exceder de las 48 horas. En el contexto histórico que transitaba nuestro país, y como lo aclara el profesor y juez de la Republica Jaime Salas Astrain señalando que “fue utilizada muchas veces como herramienta de represión política durante el Gobierno Militar (1973-1990) o mecanismo de vejación respecto de sectores sociales vulnerables, tales como: travestis, mendigos, prostitutas (sic), sujetos de apariencia humilde o desordenada”³.

Vemos que la “detención por sospecha” vulneraba derechos consagrados en nuestra Carta Magna, como la libertad ambulatoria de los ciudadanos o la no discriminación.

Los artículos que presento a continuación, estaban vigentes antes de la Reforma procesal Penal, comprendían las normas por las cuales se regía la arcaica detención por sospecha:

Código de Procedimiento Penal

Artículo 260

Los agentes de policía estarán autorizados para detener:

3º Al que anduviere con disfraz o de otra manera que dificulte o disimule su verdadera identidad y rehusare darla a conocer, y

4º Al que se encontrare a deshora o en lugares o en circunstancias que presten motivo fundado para atribuirle malos designios, si las explicaciones que diere de su conducta no desvanecieren las sospechas.

Artículo 269

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

3 Salas Astrain, Jaime, Problemas del proceso penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales, ed. Librotecnia, Santiago de Chile, 2015, p. 162.

“la detención decretada por otra autoridad que no sea el juez, no durará sino hasta que el detenido sea puesto a disposición del juez competente; lo cual se verificará en el acto o, si no fuere hora de despacho, a primera hora de la audiencia inmediata.”

Artículo 270

“el jefe de policía ante quien sean conducidas las personas que sus agentes detengan en conformidad a los números 3º y 4º del artículo 260, mantendrá la detención de estas personas o las pondrá en libertad, según las explicaciones que den de su conducta y según los

antecedentes que hayan motivado su detención.”

“si las mantiene detenidas, se observará lo prescrito en el primer inciso del artículo precedente.”

Artículo 270 bis

“el plazo máximo de detención (en el caso del Artículo 269) será de (...) cuarenta y ocho horas.

antes de vencer (este plazo), deberá ponerse al detenido a disposición del juez, sin perjuicio de que pueda tener lugar, en su caso, el régimen especial establecido en el Artículo 272 bis”.

Artículo 272 bis

“el juez podrá, por resolución fundada, ampliar hasta un total de cinco días el plazo de cuarenta y ocho horas de detención ordenada o practicada por cualquiera otra autoridad.

En la misma resolución que amplíe el plazo (...) el Tribunal ordenará que el detenido sea examinado por el médico que el Juez designe, el cual deberá practicar el examen e informar al Tribunal el mismo día de la resolución (...)

El nombramiento en ningún caso podrá recaer en un funcionario del organismo policial que hubiere efectuado la detención o en cuyo poder se encontrare el detenido”.

2.2.- DEROGACION y OBSOLESENCIA DE LA DETENCION POR SOSPECHA

Con la **ley 19.567**, promulgada el 22 de junio y publicada el 1º de julio del año 1998, se anula la detención por sospecha y se actualiza el código de procedimiento penal y el código penal en lo relativo a la detención, se declaran nuevas normas de protección a los derechos del ciudadano, dejando atrás el arcaico procedimiento. Se conservó las facultades preventivas de la policía, pero las restringió ya que solo podía solicitar la identidad de una persona, en “casos fundados”, es decir ante la existencia de un indicio, según lo dispuesto en el artículo 260 bis.⁴

El artículo 260 bis, regulaba los procedimientos para identificar a una persona y en el caso de negarse, el procedimiento de detención. En las hipótesis del abuso en el ejercicio de la policía al ejecutar el control de sancionado, según lo establecía el artículo 293 inciso final del Código Penal de la época, lo hoy se encuentra establecido en el artículo 255 del Código Penal, esto es, la suspensión del cargo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte UTM.

En este punto es importante ver un cierto paralelismo con nuestra actualidad, donde se discute sobre las facultades entregadas a carabineros. A dos años de la promulgación de la ley 19.5567, en el Parlamento se reanudaron el debate de dar y/o mantener las facultades preventivas a la policía. Los senadores Stange y Cordero (ex directores de Carabineros) plantearon reestablecer al nuevo Código Procesal Penal la detención por sospecha, basándose, en un informe de la Dirección de Carabineros donde sostenía que desde las modificaciones de normativas “labor preventiva de Carabineros, creando una sensación de impunidad, tanto en los delincuentes que saben que sólo podrá controlarse su identidad, como en el público en general, que observa como los sospechosos quedan libres sin que puedan tomarse medidas en su contra”⁵. La propuesta fue rechazada por la Cámara de Diputados, y la Comisión mixta propuso incorporar el control de identidad del artículo 260 bis en el nuevo CPP.

Equilibrando las dos posturas en fijar las facultades preventivas en el nuevo CPP, se formula el artículo 85 CPP sobre el control de identidad, ante la necesidad soslayar la vaguedad del artículo 260 bis y la posibilidad de cometer actos arbitrarios y discriminatorio por las policías.

4 Código de Procedimiento Penal (1998). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22960>.

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

--**Revisemos**-- a continuación, el contenido de los artículos 260, 260 Bis, 266 y otros que son el avance y resultado de la Reforma Procesal Penal, los cuales fueron en parte reemplazados, agregados o abolidos por las modificaciones hechas a partir de la ley 19567 de 1998, los cuales hacen expresa y directa mención la detención de una persona. Fuente 03 final de texto

..... b) Sustitúyanse los incisos primero y segundo del artículo 260 por el siguiente:

"Artículo 260. Los agentes de policía están obligados a detener:

1º. A todo delincuente de crimen o simple delito a quien se sorprenda in fraganti;

2º. Al sentenciado a las penas de presidio, reclusión o prisión que hubiere quebrantado su condena, y 3º. Al detenido o preso que se fugare.

c) Intercalase el siguiente artículo 260 bis:

"Artículo 260 bis. La policía podrá solicitar la identificación de cualquier persona, en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella ha cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, o de que se dispone a cometerlo, o de que puede suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encuentre, debiendo dársele todas las facilidades posibles para acreditarla, lo que podrá hacer por cualquier medio. En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad o si, habiendo recibido las facilidades del caso no le ha sido posible acreditarla, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 266. El ejercicio abusivo de esta facultad o la negativa a dar facilidades para permitir la identificación serán sancionados disciplinariamente en los términos del inciso final del artículo 293".

d) Sustituyese el artículo 266, por el siguiente:

"Artículo 266. Si el delito flagrante que se imputa a la persona detenida fuere alguno de los mencionados en el artículo 247, el funcionario encargado del recinto policial al que sea conducida deberá ponerla en libertad, intimándola para que comparezca ante el juez competente a la primera hora de la audiencia inmediata, cumpliéndose uno de los siguientes requisitos: a) que el detenido acredite tener domicilio conocido, o b) que

rinda en dinero efectivo una fianza de comparecencia ascendente a media unidad tributaria mensual si se tratare de una falta y a una unidad tributaria mensual si se tratare de un delito o cuasidelito. La fianza será recibida por el mismo funcionario y podrá ser depositada por el propio detenido o por cualquiera persona a su nombre.

Se darán al detenido las facilidades pertinentes para que pueda cumplir con cualquiera de estos requisitos”.

e) Derogase el artículo 270.

f) Agregase en el artículo 284 los siguientes incisos:

"Antes de conducir a la persona detenida a la unidad policial, el funcionario público a cargo del procedimiento de detención o de aprehensión deberá informarle verbalmente la razón de su detención o aprehensión y de los derechos a que se refiere el inciso siguiente.

g) Introdúzcanse las siguientes modificaciones en el artículo 293:

1.- Sustituyese su inciso segundo por el siguiente:

"El detenido o preso, aunque se encuentre incomunicado, tiene derecho a que, en su presencia, a la mayor brevedad y por los medios más expeditos posibles se informe a su familia, a su abogado o a la persona que indique, del hecho y la causa de su detención o prisión. El aviso ...

2.2.- REFORMA PROCESAL PENAL

Con la reforma procesal penal del año 2000, comenzó en nuestro país el control de “**la legalidad de la detención**”, el cual queda a cargo del juez de garantía y del tribunal de juicio oral en lo penal, a la fecha, se han sucedido una serie de reformas y modificaciones, cuyo objeto ha sido restringir las hipótesis de **ilegalidad de la detención** producto de deficientes y malos procedimientos policiales al fiscalizar la identidad de las personas, para luego, reprimir los efectos de la declaración de ilegalidad.

En el año 2002 la Ley N° 19.789, que modifica el CPP para poder ampliar las facultades policiales. Su génesis fue el reclamo de Carabineros, donde fundamentaban que “al

habérseles disminuido y limitado sus facultades en materia de detención (...) no estaban en condiciones de ejercer eficazmente su función”⁶

La modificación del artículo 85 sobre control de identidad, autorizaba la realización y registro de vestimentas, equipaje y vehículos, se aumentó el plazo de detención a 6 horas y se ampliaron los indicios que justifican la realización del control a las faltas. Vemos como se desplaza la función preventiva a una función investigativa, sumándose las facultades discrecionales, que originalmente se había limitado en el nuevo CPP para ajustarlo a los estándares de los Tratados internacionales suscritos por Chile.

En el año 2004 la Ley N° 19.942, concibió que el control de identidad fuera obligatorio y que la negativa a identificarse fuera constitutivo de una falta.

Destaca Paz Irarrázabal que, durante la discusión parlamentaria de la referida ley, los congresistas señalaron que “se había dado demasiada consideración a los derechos humanos de unos pocos, lo que había puesto en peligro la seguridad de la mayoría de los ciudadanos y que para enfrentar el aumento de la criminalidad se requería dar mayor flexibilidad a la policía”⁷.

En el año 2008 la Ley 20.253, cuyo proyecto fue por mensaje presidencial al parlamento el que fue denominado “Agenda Corta” el que contenía varias leyes para combatir el crimen. Argumentando que el sistema legal garantizaba la protección de los criminales, en desmedro del derecho de las víctimas y la efectividad policial.

La facultad de controlar la identidad de tres formas. En primer lugar, se amplía el plazo que podía durar el procedimiento de control de identidad de 6 a 8 horas. En segundo lugar, se permite proceder al cotejo de órdenes de detención pendientes sin necesidad de contar con nuevos indicios o que fueran encontradas con objetos ilícitos. Por último, se facultó a la policía para proceder a control a aquellos que cubrieran su cara para ocultar su identidad. Ya que individuos realizaban este ocultamiento en las protestas con el objeto de dañar la propiedad. Los votos en contra por parte de la Concertación indicaron que esto significaba un retorno a la detención por sospecha.

6 Jiménez María Angélica, Santos Alvis Tamara, Medina González Paula, Un nuevo tiempo para la justicia penal. Tensiones, amenazas y desafíos. Universidad Central/Centro de Investigaciones Criminológicas de la Justicia Penal, Santiago de Chile, 2014

7 Irarrázabal González, Paz. (2015). Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad. *Política criminal*, 10(19), 241. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992015000100008>

Una nueva propuesta es el artículo 85 bis permite a la policía en servicio activo a todo evento y bajo cualquier circunstancia, controlar la identidad de cualquier persona con el objeto de cotejar órdenes de detención pendientes, pero esta propuesta muto al artículo 12 de la Ley N° 20.931.

2.3.- CONTROL DE IDENTIDAD PREVENTIVO

Durante el gobierno de la presidenta Michel Bachellet, su agenda concluyó con el dictado de la ley 20.931, promulgada el 24 de junio de 2016 y publicada el 05 de julio del mismo año, que facilita la realización efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y aceptación y mejora la persecución penal en dichos delitos, en su artículo 12 regula el control de identidad preventivo.

La norma del artículo doce, para efectos de controles de identidad preventivos, otorga amplias facultades a las policías para verificar sin ninguna restricción:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.4.- TRAYECTORIA HISTÓRICA DE LA FACULTAD PREVENTIVA DE CONTROL DE LAS POLICÍAS EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL

Art. 260 Código de Procedimiento Penal	Art. 260 bis Código de Procedimiento Penal
<p>Artículo 260. Los agentes de policía estarán (...) autorizados para detener:</p> <p>3.º Al que anduviere con disfraz o de otra manera que dificulte o disimule su</p>	<p>Artículo 260 bis. La policía podrá solicitar la identificación de cualquier persona, en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella ha cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, o de que se dispone a cometerlo, o de que puede suministrar</p>

<p>verdadera identidad y rehusare darla a conocer, y</p> <p>4.º Al que se encontrare a deshora o en lugares o en circunstancias que presten motivo fundado para atribuirle malos designios, si las explicaciones que diere de su conducta no desvanecieren las sospechas»</p>	<p>informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encuentre, debiendo dársele todas las facilidades posibles para acreditarla, lo que podrá hacer por cualquier medio. En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad o si, habiendo recibido las facilidades del caso no le ha sido posible acreditarla, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 266. El ejercicio abusivo de esta facultad o la negativa a dar facilidades para permitir la identificación serán sancionados disciplinariamente en los términos del inciso final del artículo 293.'</p>
---	---

<p>Art. 260 bis Código de Procedimiento Penal</p>	<p>Artículo 85 versión Ley N° 19.696</p>
<p>'Artículo 260 bis. La policía podrá solicitar la identificación de cualquier persona, en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella ha cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, o de que se dispone a cometerlo, o de que puede suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encuentre, debiendo dársele todas las facilidades posibles para acreditarla, lo que podrá hacer por cualquier medio. En caso de negativa de una</p>	<p>Artículo 85.- Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 podrán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación</p>

persona a acreditar su identidad o si, habiendo recibido las facilidades del caso no le ha sido posible acreditarla, **la policía la conducirá a la unidad policial más cercana, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 266.** El ejercicio abusivo de esta facultad o la negativa a dar facilidades para permitir la identificación serán sancionados disciplinariamente en los términos del inciso final del artículo 293.'

expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.

En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. Si no le hubiere sido posible acreditar su identidad, se le darán en ese lugar facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados. **Si esto último no resultare posible, se ofrecerá a la persona ponerla en libertad de inmediato si autorizare por escrito que se le tomen huellas digitales, las que sólo podrán ser utilizadas para fines de identificación.**

La facultad policial de requerir la identificación de una persona deberá ejercerse de la forma más expedita posible. En caso alguno el conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes podrá extenderse por **un plazo mayor de cuatro horas**, transcurridas las cuales será puesta en libertad.

Artículo 85 versión Ley N° 19.696	Artículo 85 versión Ley N° 19.789
<p data-bbox="183 226 760 1098">Artículo 85.- Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 podrán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.</p> <p data-bbox="183 1381 760 1917">En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. Si no le hubiere sido posible acreditar su identidad, se le darán en ese lugar facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados. Si esto último no resultare posible, se ofrecerá a la</p>	<p data-bbox="776 226 1352 1098">Artículo 85.- Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 podrán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.</p> <p data-bbox="776 1192 1352 1392">Durante este procedimiento, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla.</p> <p data-bbox="776 1486 1352 1917">En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho</p>

<p>persona ponerla en libertad de inmediato si autorizare por escrito que se le tomen huellas digitales, las que sólo podrán ser utilizadas para fines de identificación.</p> <p>La facultad policial de requerir la identificación de una persona deberá ejercerse de la forma más expedita posible. En caso alguno el conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes podrá extenderse por un plazo mayor de cuatro horas, transcurridas las cuales será puesta en libertad.</p>	<p>resultado. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.</p> <p>Los procedimientos dirigidos a obtener la identificación de una persona en los casos a que se refiere el presente artículo, deberán realizarse de la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal. En caso alguno estos procedimientos podrán extenderse en su conjunto a un plazo superior a las seis horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad."</p>
---	--

<p>Artículo 85 versión Ley N° 19.789</p>	<p>Artículo 85 versión Ley N° 19.942</p>
<p>Artículo 85.- Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 podrán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple</p>	<p>Artículo 85.- Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple</p>

<p>delito o falta. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.</p> <p>Durante este procedimiento, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla.</p> <p>En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.</p> <p>Los procedimientos dirigidos a obtener la identificación de una persona en los casos a que se refiere el presente artículo, deberán realizarse de la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito</p>	<p>delito o falta. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.</p> <p>Durante este procedimiento, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla.</p> <p>En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.</p> <p>El conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes no deberá extenderse por un plazo superior a seis horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad,</p>
--	---

<p>previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal. En caso alguno estos procedimientos podrán extenderse en su conjunto a un plazo superior a las seis horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad."</p>	<p>salvo que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente.</p> <p>Si la persona se niega a acreditar su identidad o se encuentra en la situación indicada en el inciso anterior, se procederá a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el N° 5 del artículo 496 del Código Penal. El agente policial deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.</p> <p>Los procedimientos dirigidos a obtener la identidad de una persona en conformidad a los incisos precedentes, deberán realizarse en la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal."</p>
---	---

Artículo 85 versión Ley N° 19.942	Artículo 85 versión Ley N°20.253
Artículo 85.- Control de identidad. Los	Artículo 85.- Control de identidad. Los

funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.

Durante este procedimiento, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla.

funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, **en que, según las circunstancias**, estimaren 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 pudiere 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**. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos."

Durante este procedimiento, sin necesidad de nuevos indicios, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, y **cotejar la existencia de las órdenes de detención que pudieren afectarle**. La policía procederá a la detención, sin necesidad de orden judicial y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 129, de quienes se sorprenda, a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130, así como de quienes al

<p>En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.</p> <p>El conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes no deberá extenderse por un plazo superior a seis horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad, salvo que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente.</p> <p>Si la persona se niega a acreditar su identidad o se encuentra en la situación indicada en el inciso</p>	<p>momento del cotejo registren orden de detención pendiente.</p> <p>En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado, previo cotejo de la existencia de órdenes de detención que pudieren afectarle. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.</p> <p>El conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes no deberá extenderse por un plazo superior a ocho horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad, salvo que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente.</p> <p>Si la persona se niega a acreditar su identidad o se encuentra en la situación indicada en el inciso anterior,</p>
--	--

<p>anterior, se procederá a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el N° 5 del artículo 496 del Código Penal. El agente policial deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.</p> <p>Los procedimientos dirigidos a obtener la identidad de una persona en conformidad a los incisos precedentes, deberán realizarse en la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal."</p>	<p>se procederá a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el N° 5 del artículo 496 del Código Penal. El agente policial deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.</p> <p>Los procedimientos dirigidos a obtener la identidad de una persona en conformidad a los incisos precedentes, deberán realizarse en la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal</p>
--	--

Artículo 85 modificado por la Ley N°20.253	Artículo 85 bis sobre control de identidad preventivo
Artículo 85.- Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias , estimaren que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple	Artículo 85 bis.- Control de identidad preventivo. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, en el ejercicio de su rol preventivo, las policías a través de su personal en servicio, podrán solicitar la identificación de cualquier persona para cotejar la existencia de órdenes de detención pendientes. La

delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o **en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad.** La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos."

Durante este procedimiento, sin necesidad de nuevos indicios, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, y **cotejar la existencia de las órdenes de detención que pudieren afectarle. La policía procederá a la detención, sin necesidad de orden judicial y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 129, de quienes se sorprenda, a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130, así como de quienes al momento del cotejo registren orden de detención pendiente.**

En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En

identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir y pasaporte, o por cualquier otro medio verosímil que permita establecer positivamente su identidad. El funcionario policial deberá otorgar a la persona las facilidades para identificarse.

dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado, **previo cotejo de la existencia de órdenes de detención que pudieren afectarle**. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.

El conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes no deberá extenderse por un plazo superior a **ocho horas**, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad, salvo que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente.

Si la persona se niega a acreditar su identidad o se encuentra en la situación indicada en el inciso anterior, se procederá a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el Nº 5 del artículo 496 del Código Penal. El agente policial deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía

En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, se aplicará lo establecido en los incisos tercero y siguientes del artículo anterior.

El abuso en el ejercicio de las facultades establecidas en este artículo por parte de las policías estará sujeto a las sanciones administrativas y penales

<p>deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.</p> <p>Los procedimientos dirigidos a obtener la identidad de una persona en conformidad a los incisos precedentes, deberán realizarse en la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal</p>	<p>que correspondan.".</p>
--	----------------------------

CAPITULO 3.- ANÁLISIS Y ESTUDIO DEL ARTÍCULO 85 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Artículo 85.- Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el **artículo 83** deberán, además, **sin orden previa** de los fiscales, **solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados**, en que, según las circunstancias, **estimaren que exista algún INDICIO de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta**; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.

Procederá también tal solicitud cuando los funcionarios policiales tengan algún antecedente que les permita inferir que una determinada persona tiene alguna orden de detención pendiente.

La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como **cédula de**

identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.

Durante este procedimiento, sin necesidad de nuevo indicio, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, y cotejar la existencia de las órdenes de detención que pudieren afectarle. La policía procederá a la detención, sin necesidad de orden judicial y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 129, de quienes se sorprenda, a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130, así como de quienes al momento del cotejo registren orden de detención pendiente.

En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. **En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados,** dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado, previo cotejo de la existencia de órdenes de detención que pudieren afectarle. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.

El conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes no deberá extenderse por un plazo superior a ocho horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad, salvo que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente.

Si la persona se niega a acreditar su identidad o se encuentra en la situación indicada en el inciso anterior, se procederá a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el N.º 5 del artículo 496 del Código Penal. El agente policial deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.

Los procedimientos dirigidos a obtener la identidad de una persona en conformidad a los incisos precedentes, deberán realizarse en la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal.

De no ser expedita la identificación por los documentos expedidos por la autoridad pública, las policías podrán utilizar medios tecnológicos de identificación para concluir con el procedimiento de identificación.

3.1.- EFECTOS DEL ARTÍCULO 85 CPP EN RELACION A PROCEDIMIENTOS POLICIALES Y RESOLUCIONES JUDICIALES.

ya manifestado con antelación, cuando comenzamos a el debate en cuestión, creemos que las controversias o efectos que se producen a la hora de actuar o velar por el cumplimiento estricto del artículo 85 del cpp, no son de carácter aislado sino que cada vez y con más relevancia se suscitan estas complejas, situaciones las cuales son cada vez más comunes al parecer tienen repercusiones o efectos adversos de los perseguidos o queridos por quienes participan del procedimiento policial y de aquellos que son parte del proceso penal. La población pareciera sentir que los derechos son cada vez más vulnerados, entre los procedimientos que llevan a cabo las policías y lo que resuelven nuestros Tribunales de Justicia cada vez que un ser humano está a disposición de estos. Bajo lo consagrado en del artículo 85 del Código Procesal Penal.

3.2.- OBLIGACIONES ESTABLECIDAS POR EL ARTICULO 85

Es relevante determinar y especificar cuáles son las obligaciones que se desprenden del artículo 85, para las policías, para los ciudadanos y por último para los jueces que son aquellos llamados a cautelar de manera imparcial los derechos de un imputado.

Ya que tiene la obligación de desarrollar un procedimiento ajustado a derecho para llevar a cabo un control de identidad y así solicitar la identificación de una persona cuando existiere algún indicio fundamentado.

La persona común y corriente tiene la obligación de identificarse a requerimiento de la policía, si bien el texto legal respectivo indica que los agentes de la policía pueden

“solicitar” al ciudadano que se identifique, un análisis más taxativo de la ley revela que se trata de la obligación de identificarse.

3.3.- DETERMINACIÓN Y ALCANCE DEL CONCEPTO "INDICIO". HIPÓTESIS DE JUSTIFICACIÓN DE CONTROL DE IDENTIDAD

El 5 de julio de 2016, través de la ley 21931, modifica el artículo 85 del código procesal penal en el siguiente sentido:

- a). - se modifica el inciso primero la frase "**existen indicios**" por la expresión "**exista algún indicio**".
- b). - Reemplazase en el actual inciso segundo, que ha pasado a ser cuarto, la frase "**sin necesidad de nuevos indicios**" por "**sin necesidad de nuevo indicio**".

Si con la modificación del artículo 85, ya se suscitaba un conflicto para interpretar o determinar que se debía entender por “**indicios**” a la luz de la ley, con la modificación, habiéndose acotado el término “**indicios a indicio**”, han suscitado una serie de discusiones por diferentes procedimientos hecho por las policías, que han puesto a estos, a tribunales de orales en lo penal y a la Corte Suprema en un constante debate en cuanto a de lo que se entiende por indicio

El término “indicio”, se ha revisado profundamente en la doctrina chilena dentro de la teoría de la prueba, al analizar la prueba indiciaria. En donde se interpreta al indicio como un elemento propio de la estructura lógica de una presunción, es decir un “hecho conocido”, y que, por el uso de la lógica y la deducción, deduce un hecho desconocido. En la Real Academia Española define indicio como: “Fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido”⁸. Podemos decir que se refiere a “ciertos antecedentes o hechos conocidos que nos permiten establecer un hecho desconocido”⁹. Estas concepciones son aplicables en el análisis del Derecho Procesal Penal, acerca del rol que debe tener en el desarrollo de un control de identidad del artículo 85 CPP. Por lo tanto “indicio” es “aquel hecho que nos permite conocer o deducir otro que se desconoce”.

⁸ Definición de la RAE. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=LOBECME>

⁹ CORREA SELAME, Jorge. Curso de Derecho Procesal. Tomo III, Santiago. Ediciones jurídicas Santiago, 2006, p. 145.

El indicio es un hecho sujeto a valoración, que se origina en el momento que la policía toma contacto con él, pero no es la única instancia jurídica que está sometida, ya que la apreciación e interpretación realizada por el juez de garantía es determinante su validez más no para su proceder.

La procedencia, dentro del contexto o circunstancia donde se produce la apreciación original, se genera por la proximidad entre los agentes policiales y la persona controlada. En un análisis posterior se debe determinar si los hechos tenían carácter de indicio (artículo 85 CPP), y además si era razonable y legítimo que la policía así lo apreciaran.

Las facultades entregadas a la policía deben ser revisada por el tribunal de garantía quien determinará la validez del “indicio”, además de verificar si no existió arbitrariedades en el actuar del funcionario policial. **“El indicio”** debe quedar fundamentado, justificado y legitimado cuando se presente al imputado ante el Juez de garantía.

El componente factico es primordial para acreditar **“un indicio”** ante un Juez, ya que, por mandato legal, está obligado a cautelar en todas las etapas del procedimiento penal los derechos de los actores imputados.

Por la otra parte, cuando un policía procede a realizar un control de identidad, debe actuar fundado en un indicio específico y determinante para que todo su actuar esté acorde a la ley, el ente público no puede actuar guiado por sus prejuicios, no debe proceder en virtud de su presunción o pericias policiales, él debe actuar en función de lo que la ley le ordena, la cual lo autoriza para solicitar la identificación de una persona y realizar control de la identidad.

En las diferentes modificaciones que ha sufrido el control de identidad, donde en un principio exigía la existencia de un solo **indicio**, luego por la Ley N° 20.253, exigió la existencia de **indicios**, y finalmente por la Ley N° 20.931, volvió a su forma singular como **indicio**. En la transcripción de la segunda sesión del Senado sobre Aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora persecución penal de dichos delitos, 2016¹⁰, el Senador Larraín, señaló que “por otra parte, se incorpora lo relativo al control de identidad que va a operar, reduciendo las exigencias que hoy establece la ley en esta materia, cuando haya algún indicio de la comisión de un delito

10 https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=sesionessala&ac=getDocumento&teseid=57507&nrobol=988507_P#Intervencion18

[...]”, para el Senador Larraín, la instancia que la norma pasara de exigir una pluralidad de indicios a uno solo conllevaría a una reducción de las exigencias del control de identidad.

La posición de la Excelentísima Corte Suprema es contraria al analizar dicha modificación:

Tal modificación, al contrario de lo que en una primera lectura podría considerarse, no conlleva necesariamente un retroceso en la protección y garantía de la libertad personal que asegura el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, desde que su objeto no debe entenderse como una disminución de los requisitos necesarios para la procedencia del control de identidad, sino solo como un cambio de enfoque en relación a los aspectos o elementos a que deberá darse prioridad en la determinación de su procedencia. En efecto, la ley transita de un enfoque que podría denominarse “aritmético”, requiriendo solo una pluralidad de indicios, con independencia de la gravedad o precariedad de estos, a otro que podría calificarse como “sustantivo”, en el que debe atenderse prioritariamente más bien a la aptitud, entidad y objetividad de los hechos y circunstancias conocidos o de que se da noticia a los policías, para dilucidar si se trata o no de un indicio [...] con abstracción de si esos hechos y circunstancias constituyen uno o varios indicios, sino únicamente a si los mismos justifican razonablemente la temporal restricción de la libertad personal de quien es sometido al control, de modo que con ello se descarte el uso arbitrario, antojadizo o discriminatorio de esta herramienta legal contra un sector de la población. Si se reemplazó “indicios” (pluralidad) por “indicio”, quiere decir que el singular y único deberá poseer la necesaria vehemencia y fuerza que sustituya a la antigua pluralidad. De esa manera, como se suele señalar en relación con la valoración de la prueba testimonial, ahora los indicios se pesan y no se cuentan para determinar si se cumple el presupuesto legal de encontrarse ante un “caso fundado”, extremo medular que se mantiene después de la Ley N° 20.931 para habilitar la realización de un control de identidad.¹¹

Con esta interpretación de la reseñada modificación legal, a juicio de esta Corte, se logra compatibilizar el claro y conocido objetivo de la citada reforma de eliminar trabas innecesarias a la oportuna y eficiente labor policial y, por otra parte, se conserva la adecuada protección de la libertad personal de los ciudadanos reconocida en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República.

¹¹ Nulidad Rol N° 29.596-2019. CHILE. Corte Suprema de Chile, Santiago, Chile, 21 de febrero de 2020

Y agrega: [...] Tanto los principios y directrices generales del proceso penal como la regulación específica del control de identidad llevan inequívocamente a darle un sentido limitado a tal actuación, por una parte, por afectar o poder afectar garantías constitucionales de los ciudadanos, y por otra, por tener un objetivo preciso, como es obtener la identidad de los sujetos que se encuentran en la situación prevista en la norma. En ese entendido, y teniendo en consideración que se trata de una facultad autónoma de la policía, resulta claro que puede llevarse a cabo solamente cuando se presentan las precisas circunstancias contenidas en el texto legal [...].¹²

Esto está en concordancia con lo señalado en el artículo 5 del Código Procesal Penal en relación con el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República de Chile ¹³ .

Paralelamente la Corte Suprema ha pretendido precisar qué se concibe por **indicio**: [...] Son aquellos elementos objetivos que facultan a los policías para desarrollar las actuaciones que comprende el control de identidad especificadas en esa misma norma (pedir o conseguir la identificación y el registro de quien es objeto del control), respecto de una persona “determinada”. Es decir, los indicios, cualesquiera que ellos sean, deben presentarse respecto de personas determinadas, ya sea porque ellas mismas son vistas por los policías realizando una acción u omisión que constituye el indicio, o porque son sindicadas por otras personas (directa o presencialmente, o por referencia a su nombre, apodos, rasgos, etc.) que reseñan los hechos que aquéllos habrían ejecutado y que serían constitutivos del indicio, pues únicamente sobre quienes recaigan dichos indicios, la policía podrá restringir transitoriamente su libertad ambulatoria para llevar a cabo el control de identidad. ¹⁴

Muchas veces ha indicado que el **indicio** al que se refiere la ley debe atender “prioritariamente más bien a la aptitud, entidad y objetividad de los hechos y circunstancias conocidos o de que se da noticia a los policías” ¹⁵ .

12 Nulidad Rol N° 18.323. CHILE. Corte Suprema de Chile, Santiago, Chile, 10 de mayo de 2016, p. 1.

13 Decreto 100. CHILE. Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Presidencia de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005.

14 Nulidad Rol N°. 62.131. CHILE. Corte Suprema de Chile, Santiago, Chile, 10 de noviembre de 2016, p. 1

15 Nulidad Rol N° 29.596-2019. CHILE. Corte Suprema de Chile, Santiago, Chile, 21 de febrero de 2020

Se puede aseverar que el indicio que exige la ley para controlar la identidad de un sujeto está en relación con su aptitud, entidad y objetivo; asimismo, se debe mostrar respecto de personas determinadas.

En síntesis, lo fundamental es que los funcionarios policiales, tengan una íntegra comprensión de la utilidad y las limitaciones que tiene tal institución como instrumento de prevención e investigación delictual, con el propósito de que practiquen sus atribuciones con cabal conocimiento de su naturaleza y procedencia, cuidando las garantías que protege y no siendo el medio para justificar acciones policiales fundados en suposiciones o monomanías.

3.4.- CASOS FUNDADOS

Sobre este precepto, el ex Fiscal Nacional Sabas Chahuán, señala que estamos frente a un caso fundado cuando existe: “mérito suficiente para controlar la identidad de una persona”¹⁶. Afirmando que el artículo 85 CPP nos hace referencia de ciertos casos fundados, pero, no obstante: “de la sola lectura del texto se desprende que los casos

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

fundados antes citados no están establecidos en forma taxativa, por lo que podría extenderse esta figura a otras circunstancias, siempre que estén fundadas”¹⁷.

Lo expresado concierne con la base jurisprudencial, así, el tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso ha resuelto que: “el primer eslabón que debe salvar un control de identidad, para entenderlo ajustado a derecho, es estar en presencia de un caso fundado que lo permita, sin embargo, la ley no define cuales son estos, limitándose solo a exponer situaciones explicativas al señalar “tales como” (...)”¹⁸

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

Un primer abordaje sería que la procedencia de un control de identidad se sustente en la medida que de utilidad en la prevención e investigación de un delito.

Hay que destacar que no es exigencia que se haya perpetrado un delito para que se proceda a un control de identidad del artículo 85 CPP, ya que este plantea varias hipótesis de índole preventivo.

Por lo expuesto es que: “en el fondo se trata de actividades de control preventivo (...) para evitar la eventual comisión de hechos delictivos. Siendo facultades de orden policial, que en su desarrollo no se podrían encontrar supeditadas a las ordenes directivas de los fiscales del Ministerio Público”¹⁹. En nuestra Constitución estos funcionarios se les denomina Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, dependientes del Ministerio del Interior y Seguridad pública²⁰ responsables fundamentalmente de mantener el orden y seguridad

17 CHAHUÁN, Sabas. *Ibíd.*, p. 106

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

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

20Cfr. Ley 20.502 “Crea el ministerio del interior y seguridad pública y el servicio nacional para la prevención y rehabilitación del consumo de drogas y alcohol, y modifica diversos cuerpos legales”. Publicada con fecha 21 de febrero del 2011.

(fin preventivo) y de investigar delitos (fin investigativo), que son justamente los objetivos fundamentales de toda su actividad.²¹

Sobre este tema hay análisis contrarios. Hay quienes plantean que en los procedimientos de la actividad de los funcionarios policiales, se necesita de la existencia de cierta “discrecionalidad” en cuanto a su actuar, específicamente sobre el eje preventivo.

Raúl Tavolari, fundamenta esta idea, refiriéndose a la necesidad imperativa de “reconocer en forma expresa la necesidad y utilidad de la discrecionalidad policial, no sólo por motivos de carácter fáctico, sino también por el hecho de que solo a partir de tal reconocimiento se pueden hacer efectivos los mecanismos de responsabilidad”²².

Doña María Inés Horvitz, en contraposición señala que: “el procedimiento penal sólo puede estar encaminado a la persecución penal de hechos cometidos en el pasado, correspondiendo a la policía preventiva la tarea de evitar que se cometan en el futuro nuevos delitos. De allí (que) no se pueda utilizar legítimamente el proceso penal para fines de prevención general, como a nuestro juicio ocurre con la institución del control de identidad (...), por tratarse de un caso prototípico en que se manifiestan las distorsiones de confundir las funciones preventivas y represivas de la policía”²³, infiriéndose una interpretación y aplicación restrictiva de la norma.

En resumen, el “**caso fundado**” presumiría, en primer lugar, la presencia de un hecho particular, es decir, un antecedente que permita comenzar con el análisis fundado en la existencia de un indicio, afirmado por las circunstancias específicas del contexto. Presumimos un sujeto en una situación fáctica particular, rodeada de circunstancias específicas de distinta relevancia, la cual estará dada por el contexto en que se desarrolle.

En segundo lugar, esta situación de hecho debe posibilitar la justificación del procedimiento abalando la necesidad de prevención o persecución penal.

Por ende, la identificación del sujeto es un fin objetivo inmediato, y paralelamente es un mecanismo necesario para satisfacer los fines ligados, buscando unir lógica y

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

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

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

jurídicamente el procedimiento de control de identidad, como por ejemplo, con acciones que perturben con mayor ímpetu las garantías constitucionales como lo es la detención, sin que signifique excluir los derechos fundamentales de la persona controlada, de forma arbitraria o antijurídica, en parámetros que el procedimiento exceda los estándares requeridos por los tribunales nacionales como por los tratados internacionales ratificados por Chile

En tercer y último lugar, la justificación antedicha en el párrafo anterior, debe responder satisfactoriamente las necesidades de prevención y persecución del caso concreto, fundamentando que el ejercicio de esta facultad sea justificada y satisfecha por la adecuada intensidad de la misma.

Los agentes policiales deben fundamentar de forma clara y razonada los motivos por los cuales se procedió a controlar la identidad de una persona, y donde el prejuicio por experiencia policial se torne en una justificación de ineficiencia policial.

Los límites de estos casos concretos que fundamentarían a la necesidad del proceder policial, han sido fijados en resoluciones por los tribunales superiores de justicia, especialmente al momento de ponderar las garantías fundamentales afectadas y la intensidad de la afectación, versus, la necesidad del procedimiento, y, la mayor o menor relevancia de las circunstancias de hecho, que serían la base de la “justificación” que se fundamente para el caso puntual.

La mera información que otro funcionario policial le entrega al que realiza el control de identidad sobre la recepción de una denuncia anónima, pero sin elemento alguno que respalde objetivamente tal circunstancia, no puede constituir un indicio objetivo verificable por el órgano judicial en un examen ex-post, de aquellos que consagra el artículo 85 del Código Procesal Penal que habilita para el control de identidad (Corte Suprema, Segunda Sala, 31 de marzo de 2016, Rol 14275-2016 y 26 de abril de 2016, Rol 17554-2016).

La denuncia efectuada por civiles que un sujeto de 17 años estaba merodeando el sector donde habían vehículos estacionados, por consiguiente, no resulta aceptable restar toda validez a dicha denuncia a pretexto que los denunciantes no fueron individualizados, por tratarse de una noticia de un delito que, no obstante la circunstancia señalada, estaba revestida de suficiente seriedad y verosimilitud para habilitar la realización de las primeras

pesquisas de investigación por los funcionarios policiales (Corte Suprema, Segunda Sala, 3 de octubre de 2016, Rol 53009-2016).

No es posible considerar que en este caso se haya estado ante una situación de flagrancia, porque no se estaba visiblemente cometiendo el delito en ese momento; no se acababa de cometerlo; no es posible concluir que el imputado intentó huir del lugar; ni fue encontrado en un tiempo inmediato a la comisión del delito con señales visibles del injusto, sino que, por la sola circunstancia de alejarse de un vehículo policial en movimiento se supuso que podría estar cometiéndolo; no había víctimas reclamando auxilio, ni testigos presenciales que lo señalaran como autor o partícipe de un delito determinado (Corte Suprema, Segunda Sala, 26 de julio de 2016, Rol 34826-2016)

3.5.- EVOLUCIÓN DE LAS FACULTADES FISCALIZADORAS E INTRUSIVAS DE LA POLICÍA EN EL CONTROL DE IDENTIDAD.

Nuestro país está sujeto a un estado de derecho, por lo cual entendemos que todos los miembros de la sociedad chilena estamos sujetos en la misma convicción y modo, la constitución y a las leyes que regula nuestro ordenamiento jurídico. Es así que el artículo 19 N.º 7, entre otros, que tenemos derecho a trasladarnos de un lugar a otro dentro del territorio nacional, en cuanto a nuestra libertad personal nadie puede restringirla, nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario expresamente facultado para dicha labor, etc.

Todo lo establecido con antelación podemos pensar que la libertad y la seguridad personal o individual que cada chileno o extranjero goza en nuestro país se respetan por la ley

No podemos decir, que nuestra libertad y seguridad están condicionadas a lo que nos impone todo nuestro cuerpo normativo, en razón de lo anterior, por iniciativa del ejecutivo, se aprobó y promulgo la ley 20931, que otorga más atribuciones a las policías a la hora de realizar controles de identidad preventivos.

Ley N° 20.931 como lo indica la presidente Michelle Bachelet Jeria, en su mensaje introductorio del proyecto de ley, “En uso de mis facultades constitucionales, someto a vuestra consideración un proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en

dichos delitos.”²⁴, su objetivo es dar respuesta a la contingencia de inseguridad social. En consecuencia, la esencia de esta ley es facilitar la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejorar la persecución penal de dichos delitos.

Esta ley, denominada “Ley corta de la Agenda Antidelincuencia”, sistematiza la problemática de inseguridad por el accionar delictivo, dando instrumentos eficaces a las entidades relacionadas en la persecución de delitos.

Las modificaciones al artículo 85 CPP y los cambios que introduce la Ley 20931, en el Artículo 12, han sido causa de reiteradas discusiones.

Las diferentes posiciones en el Congreso de ambas cámaras, la disidencia de organizaciones, académicos o las posturas a favor de aumentar las atribuciones de las policías, la redacción final del polémico asunto sobre el Control de Identidad es la siguiente:

CCP Artículo 85.- Control de identidad ²⁵ “Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que exista algún indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.

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

24 [Senado - Tramitación de proyectos](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9885-07): [senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9885-07](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9885-07)

25 CPP disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>

Durante este procedimiento, sin necesidad de nuevo indicio, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, y cotejar la existencia de las órdenes de detención que pudieren afectarle. La policía procederá a la detención, sin necesidad de orden judicial y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 129, de quienes se sorprenda, a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130, así como de quienes al momento del cotejo registren orden de detención pendiente.

En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado, previo cotejo de la existencia de órdenes de detención que pudieren afectarle. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.

El conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes no deberá extenderse por un plazo superior a ocho horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad, salvo que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente.

Si la persona se niega a acreditar su identidad o se encuentra en la situación indicada en el inciso anterior, se procederá a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el N° 5 del artículo 496 del Código Penal. El agente policial deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.

Los procedimientos dirigidos a obtener la identidad de una persona en conformidad a los incisos precedentes, deberán realizarse en la forma más expedita posible, y el abuso en

su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal.

Si no pudiere lograrse la identificación por los documentos expedidos por la autoridad pública, las policías podrán utilizar medios tecnológicos de identificación para concluir con el procedimiento de identificación de que se trata”.

Ley 20.931 Artículo 12 Control de Identidad Preventivo ²⁶ - “En cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública, y sin perjuicio de lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, los funcionarios policiales indicados en el artículo 83 del mismo Código podrán verificar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público, por cualquier medio de identificación, tal como cédula de identidad, licencia de conducir, pasaporte o tarjeta estudiantil o utilizando, el funcionario policial o la persona requerida, cualquier dispositivo tecnológico idóneo para tal efecto, debiendo siempre otorgarse las facilidades necesarias para su adecuado cumplimiento. En caso de duda respecto de si la persona es mayor o menor de 18 años, se entenderá siempre que es menor de edad.

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

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

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

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

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

²⁶ Ley 20931 disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1092269>

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

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

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

3.6.- Diferencias entre ambos controles

- 1- El procedimiento del Control de Identidad Preventivo puede durar máximo una hora (Art. 12 inc.2). Superado ese plazo sin poder acreditarse la identidad, se debe poner término inmediato al procedimiento. En cambio, el Control de Identidad del artículo 85 del CPP tiene una duración máxima de 8 horas.
- 2- El Artículo 12 no faculta al funcionario policial a conducir al controlado a una unidad policial. Tampoco lo faculta a efectuar registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla. Sin embargo, el control del artículo 85 del CPP permite ambos supuestos.
- 3- El Control de Identidad requiere de un indicio, y el Control de identidad preventivo no lo exige como presupuesto, permitiendo controlar a "cualquier persona".

3.7.- En síntesis, la Ley no fijaría regla para limitar la facultad de exigir identificación en el control preventivo de identidad. Esto es una flexibilización del artículo 85 del CPP, el que también tiene esta facultad, pero bajo ciertas hipótesis.

El control de identidad del artículo 85 del CPP, faculta los funcionarios policiales pedir identificación no solo en hipótesis donde exista algún "indicio" de que un sujeto ha cometido, intenta o se dispone a perpetrar algún delito, sino que además abre una serie de posibilidades de casos, fundando el accionar policial cuando:

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

Su contenido literal es tan vasto, que facultaría a controlar a aquellos sujetos que no han realizado un hecho punible, o que no tengan imputación en su contra, ejemplo de esto es cuando se tiene información útil. El Control de Identidad del artículo 85 del CPP sostiene varias hipótesis de índole preventivo.

Controlar a quienes se dispongan a cometer un delito, el control de identidad respecto de quien está encapuchado o embozado, siendo esta por antonomasia la regla en donde no se comete un delito, pero presupone por parte del legislador un riesgo social evento que facultaría a las Policías ejercer la aplicación de este mecanismo, pudiendo retener a una persona hasta por 8 horas.

Esta es una norma con sustanciales instancias para el actuar de la policía en el ámbito preventivo. Inclusive, las modificaciones a esta institución, a lo largo de la historia fehaciente de la Ley, se enfocaron en dar mayores facultades preventivas de intervención²⁷.

CAPITULO 4.- DETENCIÓN POR CONTROL DE IDENTIDAD. HIPÓTESIS DE ILEGALIDAD.

La finalidad del juez, desde que se creó la medida, ha sido velar por la legalidad o ilegalidad del Control de Detención, pero, los cuestionamientos siempre inciden en que es lo que se debe o se entiende por un control de identidad si es legal o ilegal

¿Cómo saber si los policías actúan fuera del ámbito legal, sino por paradigmas personales cuando ven a una persona, cuando todo el proceso de decisión ocurre en su fuero interno? ¿Cómo probar que actúa por prejuicios o si hizo uso de una facultad que

²⁷ Historia de la ley N° 20.931. Ex Ministra Javiera Blanco. Discusión en Sala, fecha 9 de septiembre, 2015. Sesión 67. Legislatura 363, p. 227.

actualmente se entiende cómo discrecional por el criterio de los entendidos? En la práctica es imposible determinarlo.

4.1 EL ESTABLECIMIENTO DE LA RELACIÓN JURÍDICO PROCESAL VALIDA Y LA FUNDAMENTACIÓN PRELIMINAR DE LA IMPUTACIÓN PENAL EN LA AUDIENCIA DE CONTROL DE DETENCIÓN.

¿Por qué la existencia de Control de detención? ¿Por qué nos debería preocupar esta primera audiencia?

Debe haber una especial preocupación en esta audiencia ya que es en esta etapa donde se genera la instancia para formalizar la investigación al imputado y dejarlo en prisión preventiva.

“El juez de garantía tiene, en esta fase, fundamentalmente atribuciones de control y resguardo de las garantías constitucionales ligadas al debido proceso y a la libertad personal del imputado, así como el control de aquellos actos del ministerio público que puedan importar una anticipación del procedimiento principal o juicio oral.”²⁸

En la práctica esta audiencia es de total relevancia, hay que recordar que en el diseño original del código procesal penal (el código del año 2000) no existía la audiencia de control de detención ni tenía ninguna regulación de la misma ya que se daba por sentado por aplicación directa de tratados internacionales vía incorporación del artículo 5 inciso 2° del CPR. Luego a propósito de las primeras agendas cortas que fueron modificando el estatuto del CPP, hubo reconocimiento tangencial a esta audiencia de control de detención.

Hay dos temas que confluyen es esta audiencia y son tremendamente relevantes e indisoluble, que son temas de derecho procesal y temas de derecho penal sustancial y son insoslayables.

Se debe entender que más allá del manual del procedimiento, la legitimidad de la audiencia de control de la detención, en el sentido de que se logre traspasar la fase de la legalidad de la detención, es decir hay una relación jurídica procesal valida cuando el Estado está legitimado jurídicamente y políticamente para intervenir en un caso.

28 Explicación Panorámica del Nuevo Proceso Penal” Por Mauricio Duce J pagina 3.
<https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/5019/cl-panorama-duce.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Cuando no existe una relación jurídica procesal válida, el Estado no está legitimado jurisdiccionalmente para intervenir en el caso y lo más importante, para resolver con efecto de cosa juzgada y todas sus consecuencias (imperio y ejecución forzada).

Por lo tanto, vemos que en esta audiencia es LA INSTANCIA, en la cual se debate si los filtros establecidos por el legislador para validar su intervención (armar una relación jurídica entre el imputado, Ministerio Público, Defensa y Tribunal) está saneada.

Por esto es tan importante el revisar todos los aspectos del artículo 85 con respecto de la flagrancia ya que es la única forma de poder validar esa relación jurídica.

Muchos juristas como Manuel Rodríguez Vega²⁹, y cuyo trabajo de “Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Chile sobre Control de Identidad” ha tenido gran valor, habla de la necesidad de sistematizar una doctrina respecto a la legalidad o ilegalidad de la detención, ya que de no ocurrir esto se renunciaría a la validación que tiene el Estado para poder intervenir en un proceso. Se habla de la necesidad de crear una Teoría General de la prueba ilícita o de la ilegalidad de la detención.

Es muy valioso el aporte de la Corte Suprema y de los Tribunales de Apelación del país que han ido construyendo casuística de pruebas ilícitas o casos de ilegalidad de la detención. Pero por certeza jurídica se necesita crear una teoría, y así dejar atrás un derecho procesal no tan incierto como el que tenemos hoy.

Otro punto importante es la fundamentación preliminar, que es necesaria para la imputación penal en la audiencia del control de la detención y que tiene que ver con esa desprotección que muchas veces tiene la Defensa cuando no están las condiciones de hacer frente al Estado en una audiencia preliminar, en la que el Fiscal cuenta con una carpeta con una serie de antecedentes ya recopilados y el Defensor cuenta, quizás, con una entrevista preliminar para su defensa.

Esta situación es problemática, especialmente pensando en la relevancia de la audiencia de control de detención.

29 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho Penal, Universidad de Talca, Doctor en Derecho, Universidad de Chile.

Si una persona queda en prisión preventiva, es muy probable que este todo el procedimiento en prisión preventiva, esperando un juicio en el que eventualmente puede ser condenado o puede ser absuelto.

Don Jaime Salas Astrain³⁰ habla de la falta de fundamentación en la imputación penal, bajo la falsa creencia que en la audiencia de formalización son asuntos solamente procesales y que no es necesario emitir un análisis respecto de la culpabilidad del imputado, esto está totalmente errado, ya que el artículo 140 CPP, letra b, dice expresamente la ley:

“Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos: (...) b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, (...)”³¹

El juez tiene que analizar si los antecedentes que le han sido reportado por el Ministerio Público o el querellante hacen mérito suficiente para entender que el imputado tiene responsabilidad como autor/ cómplice /encubridor en un hecho.

Esto es un juicio de culpabilidad penal. Por lo tanto, aseverar que el juicio de culpabilidad solo lo emite el tribunal de juicio oral al momento de dictar sentencia es errado. El juez de garantía debe y está obligado a emitir un pronunciamiento respecto de la culpabilidad “probable” como única forma de legitimar el proceso penal y los presupuestos básicos de imputación penal.

Por lo tanto, la Audiencia de control de detención no es una audiencia puramente procesal, sino también se involucra temas de Teoría del Delito. Temas de tipicidad, la acción, la antijuricidad, la culpabilidad, son debates que deben estar presentes en una audiencia preliminar.

De alguna manera la Corte Suprema, en sus reiterados fallos ha acogido recursos de nulidad, considerando de que hay vicios en la construcción de la relación jurídico procesal

30 Jaime Salas / Académico PUC y Fiscal Judicial de la ICA San Miguel (ex JG del 15º de Garantía Santiago)

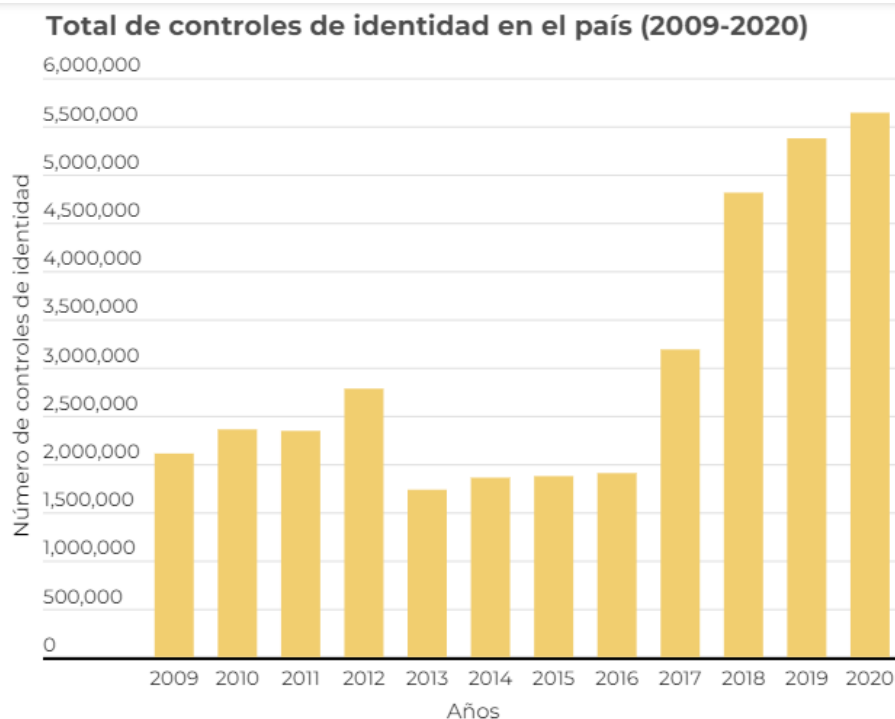
31 https://leyes-cl.com/codigo_procesal_penal/140.htm

básica, bajo la lógica del indicio. Lo que está diciendo la Corte Suprema es que hay un proceso aparente, un proceso que nunca debió haber sido, porque el Estado no estaba legitimado, la policía no estaba legitimada, el juez de garantía no estaba legitimado para haber decretado una presión preventiva porque el estándar de introducción al proceso era deficitario.

Como se aprecia esta situación es gravísima, que sea la Corte Suprema quien después de años quizás, de que una persona estuvo en prisión preventiva le informen que el Estado se equivocó, ya que la puerta de entrada estaba mal armada, y por tanto nunca debió haberse el proceso penal.

4.2 JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE SOBRE CONTROL DE IDENTIDAD

El control de identidad, es un instrumento de uso corriente por los agentes policiales³², siendo el medio por el cual se consigue la evidencia para vincular un sujeto con un delito que ya cometió o sorprenden en la comisión de una situación de flagrancia, mientras se desarrolla el control de identidad, al descubrir al sujeto con objetos, en posesión o tenencia que estén sancionados legalmente.



32 [Control preventivo de identidad: cuando la política pública va contra la evidencia - CIPER Chile](#)

Fuente: Monitor de Seguridad ([Control preventivo de identidad: cuando la política pública va contra la evidencia - CIPER Chile](#))

Actualmente los juicios orales tienen su eje, en la legalidad del registro del imputado, que se realiza durante el proceso de control de identidad.

Por lo tanto, la acción por parte de los agentes policiales sobre el controlado de registrar las vestimentas, equipaje o vehículo es totalmente relevante, dejando en un segundo plano la individualización³³. La individualización puede obtenerse sin la exigencia de la presencia de un indicio, ya que esta se puede realizar por el control de identidad preventivo del artículo 12 Ley N° 20.931.

Así como, el control de identidad se puede realizar en personas cuya identidad ya es conocida por los funcionarios policiales en un contexto de pesquisas en curso, en cuya situación la finalidad es efectuar el registro para obtener antecedentes probatorios del delito investigado. Aún más, si durante el proceso de control de identificación, antes de concretarse la identificación, se encuentra al controlado con objetos cuya posesión o tenencia este proscrito, se estará en contexto de flagrancia, categorizada e el artículo 130 del CPP, que obliga a la policía su detención inmediata, situación el cual habilitará al funcionario policial a requerir la identificación que no se alcanzó a realizar³⁴.

Ante el incremento y continuo uso de este procedimiento por los funcionarios policiales, siendo el medio de la verificación de situación flagrancia de posesión o tenencia de objetos que estén sancionados penalmente, tiene como consecuencia que los tribunales se pronuncien sobre la legalidad de estos procedimientos. Es evidente que es de carácter multifactorial el origen de las actuaciones policiales ante el control de identidad dificulta el establecimiento de una jurisprudencia.

33 RAMOS (2011), p. 593, si bien reconoce la actual relevancia del registro por sobre la mera identificación, en aplicación del principio de proporcionalidad, lo restringe en tanto sea instrumental a la verificación o descarte de una situación de flagrancia.

34 5 La Corte, al claro tenor de texto actual del artículo 85 después de su modificación por la Ley N° 20.253, de 2008, de manera uniforme ha declarado que el registro de las vestimentas, equipaje y vehículo del controlado no requiere que se presenten indicios adicionales al que justificó el control de identidad, así en CS, Rol N° 38.019-17, de 11 de octubre de 2017; CS, Rol N° 38.066-16, de 17 de octubre de 2017; CS, Rol N° 39.671-17, de 9 de noviembre de 2017; CS, Rol N° 45.639-17, de 6 de febrero de 2018; CS, Rol N° 5.419-19, de 10 de abril de 2019; y, CS, Rol N° 9.773-19, de 29 de mayo de 2019. En CS, Rol N° 2.877-19, de 2 de abril de 2019 y CS, Rol N° 18.683-19, de 27 de agosto de 2019, se puntualiza que “el procedimiento del control de identidad engloba una serie de actuaciones, entre ellas, la identificación del controlado y el registro de su equipaje, sin establecer un orden o secuencia para ellas, menos aún señalar, expresa o implícitamente, que necesariamente ésta debe llevarse a cabo antes que aquélla”.

Siguiendo a Manuel Rodríguez Vega en su artículo de “Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Chile sobre Control de Identidad”³⁵, se puede seguir los estándares generales que los tribunales han dado como reglas orientadoras para la resolución de casos concretos, como también la posibilidad de sistematizar estas resoluciones bajo razonamientos comunes.

Los delineamientos realizados por la Corte Suprema, que han surgido ante la vulneración realizada por la policía por motivo del control de identidad, y aun cuando haya alegación en el transcurso del procedimiento ordinario, el máximo tribunal es quien dará la última palabra sobre la legalidad del procedimiento.

La vulneración afecta sustancialmente a los derechos fundamentales, esto se ajusta a la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del CPP,

“Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad total o sólo la parcial del juicio oral y de la sentencia, si el vicio hubiere generado efectos que son divisibles y subsanables por separado sólo respecto de determinados delitos o recurrentes:

- a) Cuando, en la cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y (...).”³⁶

Cuya competencia corresponderá a la Corte Suprema conforme al inciso 1° del artículo 376 del CPP.

“Tribunal competente para conocer del recurso. El conocimiento del recurso que se fundare en la causal prevista en el artículo 373, letra a), corresponderá a la Corte Suprema (...).”³⁷.

Los fallos presentados, se agruparán, siguiendo el estudio de don Manuel Rodríguez Vega, bajo los siguientes tópicos:

- Análisis de las causales particulares de control de identidad;

35 Polít. Crim. Vol. 15, Nº 29 (Julio 2020), Doc. 1, pp. 452-482

[Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Chile sobre Control de Identidad.pdf](#)

36 https://leyes-cl.com/codigo_procesal_penal/373.htm

37 https://leyes-cl.com/codigo_procesal_penal/376.htm

- Los límites, características y aspectos en que debe centrarse el examen que el órgano jurisdiccional realiza sobre la licitud del control de identidad;
- La compatibilidad del control de identidad con otros procedimientos o actuaciones policiales;
- Las circunstancias invocadas como indicios sobre las que se ha pronunciado la Corte Suprema.

4.2.1.- Aproximación a las causales particulares de control de identidad.

Tabla 2. Causa ROL 37.208-2017

Decisión	Rechazo
Ministro/as y abogado/as integrantes:	Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L, Lamberto Cisternas R., y los Abogados Integrantes Sres. Jaime Rodríguez E., y Rodrigo Correa G

Este caso se trata de un hombre cuyas iniciales son EPLL, quien fue controlado luego que Carabineros de Chile realizara un control por observar que un vehículo que transitaba en forma zigzagueante, en cuyo interior se desplazaban tres personas. Ante el nerviosismo del conductor, carabineros solicita que los acompañantes desciendan del vehículo para realizar un registro, los que reaccionan en forma molesta, Cuando se practica el registro se le encuentra en el cinto a EPLL un arma de fuego. “Por sentencia se condenó a EPLL, a sufrir la pena de 4 años de presidio menor en su grado máximo accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, de acuerdo a lo previsto en el artículo 29 del Código Penal, en su calidad de autor de un delito de Porte ilegal de arma de fuego y porte de municiones previstos y sancionados en los incisos primero y segundo del artículo 9° en relación al artículo 2° de la ley 17.798 respectivamente”.

La Defensa interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia, “reclamando la violación sustancial de garantías constitucionales durante la tramitación del proceso, a

saber, las consagradas en el artículo 19 números 3° inciso sexto y 7° de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 85 del Código Procesal Penal, al haberle efectuado un control de identidad fuera de los prepuestos establecidos en la ley.”

Fundamento de la Defensa:

Si el conductor se mostró nervioso, el indicio debe ser particular con la persona determinada y no es traspasable.

La negatividad del acusado a responder respecto de su procedencia, destino y identidad, no se debe tener en cuenta, ya que el indicio debe ser previo a la diligencia. Además, el silencio no es indicativo de criminalidad.

La Corte Suprema expuso:

[...] las funciones de la policía en relación a la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (Artículo 80 del Código Procesal Penal). Es así como el artículo 83 del código aludido establece expresamente el marco regulatorio de la actuación policial sin orden previa o instrucción particular de los fiscales [...] A su vez, los artículos 85 y 86 del Código Procesal Penal regulan el procedimiento de control de identidad, estableciendo la facultad de los funcionarios policiales para solicitar la identificación de cualquier persona sin orden previa de los fiscales, en los casos fundados en que estimen que exista algún indicio de que aquella 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; en el caso que la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad; facultando para el registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, procediendo a su detención, sin necesidad de orden judicial, de quienes se sorprenda a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130 – que describe lo que debe entenderse por situación de flagrancia- así como de quienes, al momento del cotejo, registren orden de aprehensión pendiente.[...] Carabineros de Chile tiene dos funciones: una, la prevención de la comisión de delitos en resguardo del orden

público y la seguridad pública interior, y la otra le otorga el carácter de organismo auxiliar del Ministerio Público en la investigación de delitos.

4.2.2.- Límites, características y aspectos en que debe centrarse el examen que el órgano jurisdiccional realiza sobre la licitud del control de identidad

2.1. Causales del control de identidad y facultades que otorga a los policías deben interpretarse restrictivamente.

Tabla 3 Rol N°36.237-2017

Decisión	Acoge
Ministro/as y abogado/as integrantes:	Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Manuel Valderrama R., y los Abogados Integrantes Sres. Jaime Rodríguez E., y Carlos Pizarro W. No firma el Ministro Sr. Valderrama,

El segundo caso trata de una mujer de iniciales OIVV como autora del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades, en sus modalidades de transferencia y porte de dicha sustancia, previsto y sancionado en el artículo 4 en relación con el artículo 1 de la ley 20.000, cometido en Valparaíso el día 27 de julio de 2016, a sufrir la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales, y al pago de una multa de diez unidades tributarias mensuales pagaderas en diez cuotas.

Fundamento de la Defensa:

“Señala ...que de acuerdo al parte policial que cita, que da cuenta de este procedimiento policial y que se ha ofrecido como medio de prueba, los hechos del procedimiento que dio origen a esta causa son los siguientes: a las 19:45 del día 27 de julio de 2017, se realizaba un patrullaje preventivo por calle Uruguay y los policías observaron al imputado de apellidos Cornejo Manríquez mantener una breve conversación y posteriormente realizar un intercambio de algo pequeño por dinero con doña Olga Villarreal Villarroel, quien se encontraba sentada vendiendo pescado en dicho lugar. Cornejo, después de esto, se

retiró en forma inmediata de ese lugar en dirección a calle Chacabuco, quedándose la mujer vendiendo pescado, acción que indicó al personal de civil - atendida la experiencia policial- que lo observado era un intercambio de droga, por lo que optaron por seguir al joven con la intención de realizarle un control de identidad. Con esos antecedentes se realizó un control de identidad y registro a Cornejo y a su representada doña Olga Villarreal. Señala que en los términos descritos, el único antecedente para el control efectuado sería el intercambio de dinero por algo indeterminado, de modo que el personal policial no ve ningún indicio en flagrancia, sino que lo intuye. De lo expuesto, aparece de manifiesto que el actuar policial no se ajustó a los requerimientos del artículo 85 del Código Procesal Penal, norma que está destinada precisamente a proteger el derecho a la intimidad y a la libertad ambulatoria, dado que el control de identidad se funda únicamente en la experiencia y no en lo observado, ya que según sus sentidos no lograron determinar qué intercambió por dinero una persona que en esos momentos estaba dedicada al comercio callejero de pescado, lo que revela un atropello a las normas legales que orientan el proceder policial como asimismo a las garantías y derechos que el artículo 19, N° 3 (debido proceso), 4° (derecho a la intimidad) y 7° (derecho a la libertad ambulatoria) de la Constitución Política reconoce y garantiza...se procedió por funcionarios policiales a realizar un control de identidad y posterior registro de vestimentas a la acusada, sin que existiera indicio que lo permitiera, infringiendo el artículo 85 del Código Procesal Penal. Estas actuaciones ilícitas provocan que la evidencia que se incautó constituya prueba ilícita, misma calidad que tiene, producto de la contaminación, toda la prueba de que de ello derive, en la especie las declaraciones de funcionarios policiales que participaron en esas actuaciones y las fotografías derivadas de ese procedimiento”.

La Corte Suprema expuso:

Las medidas que perturben los derechos ciudadanos amparados constitucionalmente— como el control de identidad— se manifestó que, “en cuanto se trata de normativa de excepción, estricta y precisa por la naturaleza de los derechos afectados en su consagración, su interpretación debe sujetarse a parámetros semejantes de restricción”.³⁸

38También CS, Rol N° 36.630-17, de 13 de septiembre de 2017; CS, Rol N° 22.000-18, de 22 de octubre de 2018; CS, Rol N° 24.659-18, de 28 de noviembre de 2018; CS, Rol N° 26.422-18, de 6 de diciembre de 2018; CS, Rol N° 1.502-19, de 28 de febrero de 2019; CS, Rol N° 2.488-19, de 28 de febrero de 2019; CS, Rol N° 7.756-19, de 5 de junio de 2019; CS, Rol N° 5.404-19, de 2 de julio de 2019; y, CS, Rol N° 31.246-18, de 7 de agosto de 2019. Específicamente en relación al control de identidad CS, Rol N° 37.208-17, de 21 de diciembre de 2017; CS, Rol N° 6.345-18, de

En concordancia, se ha entendido, en CS, Rol N° 19.113-17, de 22 de junio de 2017, que la modificación sobre la Ley N° 20.931, de 2016, en el artículo 85, al sustituir el plural “indicios” por el término “algún indicio”,

“no conlleva necesariamente un retroceso en la protección y garantía de la libertad personal que asegura el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, desde que su objeto no debe entenderse como una disminución de los requisitos necesarios para la procedencia del control de identidad, sino sólo como un cambio de enfoque en relación a los aspectos o elementos a que deberá darse prioridad en la determinación de su procedencia. En efecto, la ley transita de un enfoque que podría denominarse ‘aritmético’, requiriendo sólo una pluralidad de indicios, con independencia de la gravedad o precariedad de éstos, a otro que podría calificarse como ‘sustantivo’, en el que debe atenderse prioritariamente más bien a la aptitud, entidad y objetividad de los hechos y circunstancias conocidos o de que se da noticia a los policías”.³⁹

Esta orientación que da la Corte Suprema, delimita que el análisis debe girar solamente en esclarecer si los hechos y circunstancias percibidos por el funcionario policial, dejando de lado si constituyen uno o varios indicios, demuestran y fundamenta racionalmente la restricción temporal de la libertad de la persona controlada, y con este ejercicio se descarta el actuar arbitrario, antojadizo o discriminatorio de este instrumento legal. A juicio de la Corte Suprema, por este expediente “se logra compatibilizar el claro y conocido objetivo de la citada reforma de eliminar trabas innecesarias a la oportuna y eficiente labor policial y, por otra parte, se conserva la adecuada protección de la libertad personal de los

23 de mayo de 2018; CS, Rol N° 7.575-18, de 19 de junio de 2018; CS, Rol N° 8.258-18, de 5 de julio de 2018; CS, Rol N° 26.724-18, de 26 de diciembre de 2018; CS, Rol N° 28.309-18, de 23 de enero de 2019; CS, Rol N° 32.699-18, de 13 de febrero de 2019; CS, Rol N° 4.271-19, de 25 de marzo de 2019; y, CS, Rol N° 23.136-19, de 30 de septiembre de 2019. A mayor abundamiento, a partir de la Ley N° 20.253, de 2008, que modifica el artículo 85 del Código Procesal Penal vigente a la sazón, según el cual era procedente el control de identidad cuando se presenta un “caso fundado, tales como” mencionando después ejemplos de ello, y reemplaza la redacción anterior por “los casos fundados, en que, según las circunstancias”, el texto se refiere hoy a la totalidad de las hipótesis de “caso fundado” que autoriza para controlar la identidad de una persona y no se trata, a contrario sensu, de meras menciones ilustrativas. De la misma opinión, SALAS (2009), p. 174; OLIVER (2018), p. 53; FERNÁNDEZ (2019), p. 69; y, el propio MINISTERIO PÚBLICO (2017), p. 20, que en su Manual de Primeras Diligencias limita el control de identidad a “los casos fundados que establece el artículo 85 Código Procesal Penal”.

39 Se desarrolla o alude al mismo fundamento en CS, Rol N° 8.255-18, de 5 de julio de 2018; CS, Rol N° 26.194-18, de 29 de noviembre de 2018; CS, Rol N° 2.222-19, de 28 de febrero de 2019; CS, Rol N° 5.419-19, de 10 de abril de 2019; CS, Rol N° 9.773-19, de 29 de mayo de 2019; CS, Rol N° 21.143-19, de 13 de septiembre de 2019; y, CS, Rol N° 25.979-19, de 13 de diciembre de 2019.

ciudadanos reconocida en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República”, y todo esto aplicando el criterio de proporcionalidad que debe estar presente en dichos procedimientos.⁴⁰

4.2.3. Indicios deben sostenerse en circunstancias objetivas y comprobables, ser serios y verosímiles, y los hechos que los conforman no pueden ser vagos y amplios.

Tabla 4 ROL N° 26.422-2018

Decisión	Acoge.
Ministro/as y abogado/as integrantes:	Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Jorge Dahm O., el Ministro Suplente Sr. Rodrigo Biel M., y el Abogado Integrante Sr. Antonio Barra R.

El tercer caso trata de un hombre de iniciales HRMP como autor del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades.

Fundamento de la Defensa.

Invocó la causal de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, consistente en la infracción sustancial, en cualquier etapa del procedimiento o en la sentencia, de derechos o garantías asegurados por la Constitución Política de la República o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, defecto que se configuraría en el caso en estudio a consecuencia de la transgresión a las garantías de la igualdad ante la Ley, del debido proceso y de la libertad ambulatoria.[...] Al efecto, refiere que la decisión de los funcionarios policiales de practicar un control de identidad fundado en una denuncia anónima poco prolija y feble, desemboca en una arbitrariedad contraria al mandato constitucional de la igualdad ante la Ley.

Argumenta que realizar un control de identidad “sólo amparado en una denuncia anónima de este tipo, que contiene claramente elementos subjetivos de la denunciante”, así como

40 Entendido, siguiendo a ALDUNATE (2008), p. 264, como un principio que “examina la relación existente entre una medida de la autoridad, adoptada en el ámbito de sus facultades discrecionales, gravosa para sus destinatarios, y la finalidad perseguida por esa medida”. Sobre este principio en relación a las medidas cautelares, LÓPEZ (2005), p. 353 y DUCE y RIEGO (2009), p. 266.

el “supuesto hecho de que su representado estuviera vendiendo droga a las afueras de un domicilio, sin que carabineros constatare de ninguna forma que ese indicio se materializara en los hechos, es ir en contra de las garantías y reglas del proceso penal, interpretación que repugna al legislador, ya que las reglas procesales jamás pueden superponerse a la verdad.”.

La Corte Suprema expuso:

CS, Rol N° 26.422- 18, de 6 de diciembre de 2018, que el artículo 85 “no se trata de una mera subjetividad o intencionalidad que crea ver el policía, validando de esa forma cualquier elemento como indicio, ... sino que lo exigible es la presencia de circunstancias objetivas y comprobables que den sustento y seriedad a la intervención policial”,⁴¹ además que en CS, Rol N° 9.194- 19, de 22 de mayo de 2019, se subraya en que el indicio debe ser “serio y verosímil”,⁴² y en CS, Rol N° 23.312-18, de 10 de diciembre de 2018, se zanjó que la “vaguedad y amplitud” de los hechos invocados para justificar el control de identidad, impide apreciarlos como un indicio para tal efecto.²⁷

4.2.4. El examen judicial debe efectuarse desde una perspectiva ex ante.
Tabla 5 ROL N° 44.548-2017

4.2.5.- El control jurisdiccional sólo busca descartar que se haya obrado arbitrariamente por los policías, mas no sustituir la apreciación de éstos.

Tabla 6 ROL N° 8.856-2018

4.2.6. La experiencia y el conocimiento que poseen los policías sobre las características de los lugares en los que desarrollan su labor preventiva, debe ser aquilatado al dirimir judicialmente la existencia del indicio.

Tabla 7 ROL N° 36.237-2017

41 Similar razonamiento ya en CS, Rol N° 40.572-16, de 16 de agosto de 2016, también en CS, Rol N° 23.136- 19, de 30 de septiembre de 2019. Aludiendo igualmente a la exigencia de circunstancias, elementos o indicios “objetivos”, CS, Rol N° 15.472-17, de 15 de junio de 2017; CS, Rol N° 26.194-18, de 29 de noviembre de 2018; CS, Rol N° 2.222-19, de 28 de febrero de 2019; y, CS, Rol N° 24.229-19, de 30 de octubre de 2019. De la misma forma, OLIVER (2018), pp. 53-54, requiere que se trate de “hechos objetivos verificables”, y destacando este elemento objetivo en los pronunciamientos de la Corte Suprema, FERNÁNDEZ (2019), p. 69. El MINISTERIO PÚBLICO (2017), p. 21, por su lado, en su Manual de Primeras Diligencias instruye a los policías ceñirse a “parámetros objetivos” en este ámbito de actuación.

42 Asimismo, CS, Rol N° 8.333-19, de 13 de mayo de 2019 y CS, Rol N° 9.193-19, de 20 de mayo de 2019.

4.2.7. Continuemos

En ese orden entonces, se analizará lo dicho por la Corte Suprema en los fallos dictados al conocer recursos de nulidad en que el hecho que da lugar al control de identidad impugnado haya ocurrido con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.931, de 5 de julio de 2016, toda vez que dicho texto modifica diversos aspectos relevantes de la actuación en comento. La principal modificación consiste en morigerar las exigencias para llevar a cabo el control de identidad, pudiendo este estudio dar luces sobre cómo ese cambio legal ha sido recepcionado por dicho tribunal. Para la exposición y comentarios de los fallos escrutados, éstos se agruparán bajo los siguientes temas: análisis de las causales particulares de control de identidad; los límites,

La Corte Suprema en la segunda sala ha dictaminado la nulidad de juicios llevados a cabo por detenciones realizadas por las policías, los motivos que han dado pie al máximo tribunal para anular juicios se fundan en que **“el Indicio”** realizado no era suficiente para llevar a cabo las detenciones realizadas.

La jurisprudencia nos indica que a ávidos casos en que el tribunal supremo en la Segunda Sala de la Corte Suprema, que anuló el juicio contra un acusado por portar un arma de fuego

.El máximo tribunal agrega que **“no era indicio suficiente”** una denuncia, **ni la interpretación de los policías**, quienes señalaron que el ciudadano intentó evadir el lugar donde estaba. "Lo único que se dice que por los policías es que el acusado, al verlos aproximarse, se traslada con la intención de retirarse del lugar, sin apresurar la marcha, ni hacer maniobras para ocultar su cara o cubrir algo que llevase bajo sus prendas de vestir u otra circunstancia poco clara, lo que, desde luego, no resulta un indicio objetivo de actitud delictiva, pues puede obedecer a múltiples motivos legítimos e inofensivos, constituyendo la suposición contraria solo una impresión o interpretación ,subjetiva y parcial desde luego, por parte de los policías, la subjetividad que, por consiguiente, no puede servir de mérito para una restricción de los derechos de las personas".

Los parámetros sobre los cuales los funcionarios de la fuerza pública han fundamentado sus aseveraciones, según fallos de jueces que han declarado ilegal la detención de algunas personas, se deben más a meras especulaciones, conductas y vestimentas

sospechosas, maniobras evasivas, actitudes de nerviosismo, etc., que ha fundamentos indudables, así se desprende por ejemplo de algunos fallos: ejemplo:

RUC 0500295766-5, RIT 134-2005, del Juzgado de Garantía de San Joaquín, de fecha 16 de julio de 2005.

CAPITULO 5.- CAUSALES DE EXCLUSIÓN Y VALORACIÓN EN JUICIO. EN CUANTO A EVIDENCIAS, PRUEBA ILÍCITA

Al actuar de la policía, en relación del artículo 85 inciso 4º del Código Procesal Penal, se propone sobre la base de un indicio con fundamento, pleno así se observa además del inciso primero de este mismo artículo, de lo contrario, desde el momento que controle la identidad de la persona y todo procedimiento que realice con posterioridad a este control, adolece de mérito de legalidad, asimismo, todo acto o prueba que resulte de esta acción adolecerá de prueba ilícita.

Si el registro a personas o especies o bienes materiales de estas, llevado a cabo por los policías en virtud de un procedimiento erróneo o mal ajustado, todas las evidencias y pruebas que se puedan acreditar, pueden ser causales de exclusión en un juicio por no haberse obtenido de un procedimiento ajustado a derecho.

¿Existe algún espacio, algún lugar para la defensa en tanto no sea solo cuestionar la legalidad de la detención?

Durante la audiencia del control de la detención, sobre todo los casos de flagrancia, ya sea la hipótesis del artículo 130 propiamente tal, o derivadas del control de identidad del artículo 85, la defensa del imputado puede alegar evidentemente que la detención fue ilegal y de hecho, incluso puede pasar que existan testigos, que estén presentes en la Sala de Audiencia, para controvertir esa flagrancia, para controvertir los indicios del control de identidad o para controvertir los hechos de la denuncia. Pero también es altamente probable que, por la dinámica del proceso, de cómo se elabora una detención y como se va confeccionando el parte y las pruebas que esos testigos entonces no hayan declarado

todavía en la que es una incipiente carpeta investigativa. Pero hay casos que tienen mayor atención, porque en ciertas situaciones le sumamos que con la prueba de cargo existe mérito para solicitar y actualmente acoger una prisión preventiva me parece que se hace necesario buscar una vía para poder restablecer el equilibrio procesal, y de alguna manera lograr que esos testimonios o esas evidencias se consideren previa incluso al examen de la legalidad de la detención. Entonces nos podríamos preguntar ¿Qué herramientas tenemos como defensa para hacer valer esa evidencia disponible?, porque es cierto que la audiencia de control de detención no es una audiencia de prueba pero también sabemos que la consecuencia de la declaración de legalidad de la detención, sin que se consideren estas evidencias previas le permitirá al fiscal usar legítimamente todos esos antecedentes en contra del imputado, que además está en desmedro respecto de su contradictor, puesto que él sí tuvo tiempo para tomarle declaración a los testigos que respalden esa imputación, y en definitiva la defensa no ha tenido esa misma posibilidad. Y así entonces surge además como otro ingrediente la realidad que se ve en las audiencias, en la dinámica adversarial de la audiencia de la audiencia del control de detención, donde el fiscal normalmente insta por defender la legalidad de la misma, de otra manera no se podría entender de cómo es que decide dejar detenido a ese imputado y por lo tanto, entonces, la actitud de la defensa solo, sin considerar esta evidencia podría ser acerca de introducir dudas o verificar algunas incontinencias propias de la detención que constan allí en la declaración es una parte policial. Y estos vicios sabemos que además pueden no solo atacar la ilegalidad de la detención, sino que argumentarse en pos de una ilicitud en la obtención de la prueba.

Las repercusiones que se originan en la audiencia de control de detención van a perdurar durante todo el proceso penal.

Por ejemplo los indicios, pero también puede ser otras situaciones como aquel que aparece firmando un ingreso voluntario en una entrada y registro, que en definitiva ya ha declarado este ingreso, pero que sin perjuicio estar en el público, este reclamando y que le diga a la defensa que esto no fue así, que eventualmente lo trataron como un potencial involucrado, que no le explicaron, simplemente entraron a la casa y todos estos casos nos parecen que deben ser posibles de ser reflejados en el momento de analizar el control de detención. Entonces si se buscan soluciones a esta situación se podría pensar en un primer momento en exponer o en solicitar al juez de garantía que permitiera el testimonio

verbal del testigo, pero como no se está en una audiencia de juicio oral, ni tampoco se esta en una instancia del artículo 191 CPP y siguientes, que permita solicitar una prueba anticipada, se trataría de una diligencia investigativa que no puede ser realizada a través del juez porque evidentemente entra en conflicto con sus propias competencias y las del Ministerio Público, quien en definitiva es quien dirige en forma exclusiva la investigación penal. Entonces ¿Qué otra opción podríamos tener? Podría solicitarse una ampliación de la detención, con el objeto de tomarle declaración al testigo de la defensa. Eso podría redundar finalmente en aminorar o poder discutir con mayor fuerza unas medidas cautelares, pero eventualmente no vamos a estar en posibilidad, de hecho, el requisito para la ampliación de la detención, que esta se controle y precisamente el objetivo, lo que se está señalando es poder discutir con mejores antecedentes la legalidad de la detención. Por lo tanto, tampoco podemos conforme al artículo 132 del CPP, solicitar una ampliación de la detención, ni cumpliría los objetivos que pienso son necesarios.

Por lo demás esta una cuestión netamente a iniciativa del fiscal, puesto que entonces nada la defensa puede hacer respecto para forzar una situación de este estilo.

Me parece que sería apropiado solicitar la petición de cautela del artículo 10 del CPP ¿Por qué? Porque esta norma permite solicitar protección cuando no se respetan los derechos y garantías del imputado, y uno de esos derechos es presentar pruebas de descargo. En específico en el artículo 93 letra C, se consagra como garantía y derecho del imputado expresamente la solicitud de diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se formularon, así entonces esta parte que se llama Etapa desformalizada, igualmente al tener a una persona en la calidad de imputado, de acuerdo al artículo 7, creo que se hace posible solicitar la invocación del artículo 10 para que el Juez de Garantía lo tenga en consideración. De esta manera se podría solicitar este mecanismo, lo que además tiene una lógica desde el propio Ministerio Público, porque por Constitución y también por la Ley, está llamado a investigar con igual celo todo aquello que inculpe o exculpe al imputado, artículos 1° y 3° de la Ley Orgánica, se debe seguir hacia una investigación objetiva. Si la investigación inicia con denuncia es parte también de su función poder indagar con todos los elementos necesario acerca del esclareciendo del hecho que se ha denunciado y además para poder redondear la idea es importante que si existe un artículo 132 del CPP, que permite al juez suspender el inicio de la primera audiencia judicial del detenido por ejemplo en caso de ausencia del fiscal o del asistente

del fiscal que puede participar por un plazo breve, que puede ser hasta por dos horas, entonces, si es tan importante esperar al fiscal o al asistente del fiscal, ¿Cómo no va importante que incluso en el mismo pedido pudiera recabarse la información necesaria para sustentar eventualmente la ilegalidad de la misma prueba? y entonces de alguna manera la cautela de garantías también, en estas instancias tan iniciaría, tan incipientes del procedimiento podrían darse lugar como una vía de solución para efectos de restablecer desde los primeros momentos el equilibrio procesal que debe haber entre ambas partes, Defensa y Ministerio Público.

5.1.- PRINCIPALES DISCUSIONES SOBRE LA ILEGALIDAD DE LA DETENCION Y SU RELEVANCIA A LO LARGO DEL PROCESO.

Pensar en la posibilidad para que la Defensa pudiera tener mejores antecedentes y poder presentar esos mejores antecedentes en la audiencia de control, analicemos un momento anterior de esta situación, porque si bien desde el inicio de la Reforma Penal, hay algunos problemas con el control de detención que incluso son anteriores a lo anteriormente planteado.

Si bien se ha consolidado la reforma penal en muchos aspectos, hay algunos que de alguna manera ha tendido a retroceder cuando se trata de la calidad del debate, y en la audiencia de control de detención la mecanización de la audiencia y quizás el dar por sabido muchos de estos argumentos que al comienzo se ponían en la parrilla que se presentaba un detenido, ha tendido a desmejorar, ya no solamente por la calidad de las resoluciones o de las decisiones, sino que finalmente la calidad del análisis jurídico que se debe construir entre todos, tanto jueces como fiscales defensores, profesores, alumnos etc.

Cuando partió la reforma procesal penal, el gran debate que supuestamente estaba abierto y que de hecho se daban en los tribunales de garantía, tenía que ver con las causales de flagrancia, porque allí es donde estaba abierto a la interpretación jurisdiccional, muchos de los límites que finalmente los tribunales de garantía iban a imponer a la persecución penal en la etapa inicial. Sin embargo, con el correr del tiempo y la instauración y la consolidación y además el avance legislativo en relación con las facultades policial en el control de identidad, la discusión acerca de la flagrancia fue

quedando de lado, y nos trasladamos cada vez más a discutir acerca de cuándo estamos frente a un indicio del artículo 85 CPP a cuando estamos frente a una causa de flagrancia del artículo 130 CPP. Esto genera una serie de consecuencias pero que en definitiva no significan que el control de detención pierda sentido, sino que todo lo contrario porque en definitiva el control de identidad, abre mucho más la posibilidad o la necesidad de que el tribunal establezca criterios para determinar ¿qué es un indicio y cuándo es ajustado a derecho o no ajustado a derecho el obrar policial? La que finalmente se traduce en la detención por flagrancia derivada de este control de identidad.

Saber cuál es el criterio de todos los Jueces de Garantías o cual es criterio que está a nivel nacional que pudiese primar para poder determinar qué se entiende por indicio, por ejemplo, o cuando se entiende entonces que la policía está obrando ajustada a derecho al interpretar el artículo 85 del CPP, pero ello se puede observar varios criterios establecidos a nivel de Corte Suprema.

¿Qué se puede observar como primera cuestión? Lo primero que se observa es que no hay una tendencia a establecer casuísticamente, cuando entiende cuando hay un indicio y cuando no, entrando poco a establecer criterios generales para poder entender en un caso que si estamos frente a un indicio y en qué caso no lo estamos. Pero es posible de todos modos extraer de esta casuística ciertos criterios que podrían entenderse con criterios generales por cuanto esa casuística esta más o menos consolidada. Por otra parte, es comprobar que efectivamente lo que hice menciona anteriormente que la discusión se trasladó del artículo 130 al artículo 85 del CPP.

Como el artículo 130 tiene definido que ha de entenderse por causales de flagrancia resulta más cierto para los litigantes el camino. Cuando se trata del artículo 85 en cambio se abre el debate.

Por eso la Corte Suprema se ha tenido que abocar a definir que es el indicio y no que es la flagrancia, que es lo que en principio pareciera razonable.

El centro de la discusión cuando se titula la ponencia principal en discusiones sobre la legalidad de la detención, el foco está en establecer cuando hay ilegalidad de la detención vinculada en un alto porcentaje a las causales de flagrancia. El impacto de esto en el devenir posterior del proceso penal, desde la misma audiencia va impactar directamente

en la discusión de medidas cautelares, no por la exclusión de pruebas, sino por la inutilidad de la mismas si es que se ha declarado ilegal la detención. Luego en la audiencia de preparación de por cierto en la exclusión de pruebas y finalmente pasando por el juicio oral, nuevamente se volverá a discutir si es que no se ha excluido de la prueba en la audiencia preparación de juicio la ilegalidad de la misma y finalmente termina probablemente en un recurso de nulidad, que, con criterios más claros, jurisprudencia más consolidada y con uniformidad se podría zanjar en la audiencia de control de detención.

Si nuestro sistema jurisdiccional tuviera cierto margen de precedente, podría ser que muchos de los casos que llegan desde la audiencia de control a la Corte Suprema, terminaran en la audiencia inicial. Por lo tanto, podríamos tener una mayor certeza jurídica y una mayor claridad tanto los intervinientes como la ciudadanía, que es lo procedente o improcedente en relación a su infracción de derecho.

Quisiera señalar en cuanto a la inutilidad de la prueba o de los antecedentes que se han expuesto en la audiencia control, luego a la exclusión de prueba, la Corte Suprema ha tenido un desarrollo consistente. Normalmente cuando en un recurso de nulidad decide que una detención debiera ser ilegal se pronuncia acerca de la validez o no de la prueba, y en definitiva allí recoge también lo que doctrinariamente en derecho comparado se ha desarrollado en relación con este tema.

En el caso 147-69 del 2020, fallo del 11 de mayo del 2020 de la Excelentísima Corte Suprema, en la que hace una interpretación en general sobre que llega a entenderse por indicio, la Corte Suprema es bastante restrictiva con la norma. El estándar que exige la Corte Suprema para validar una detención en base de un indicio del artículo 85 es alto. Se define el indicio por oposición a lo que la Corte Suprema llama una “conducta neutra”, “es aquella que no constituye indicio, es una conducta que no se puede estimar a priori como una conducta ilícita. Por oposición a una conducta claramente indicativa y razonablemente reveladora de alguna conducta delictiva” Esta definición de indicio no la hace la Corte Suprema cuando acoge un recurso de nulidad de la defensa y declara ilegal la detención sino dice que esa conducta neutra, sin definir que es conducta neutra. El voto de minoría que estaba por declarar legal la detención, define lo que ha de entenderse por una conducta válida, y ahí entonces fija un estándar, definiendo el concepto diciendo “que no es una conducta neutra porque es claramente indicativa y razonablemente reveladora de

alguna conducta delictiva en curso” en definitiva se encuentra un criterio general, aunque en el voto minoritario para establecer cuando una conducta debe entenderse como válida por parte de la justicia.

En el fallo 24.700 del 14 mayo del 2020 vemos un segundo caso muy frecuente en tribunales, que es cuando se invoca el indicio de transacción de drogas, cuando se observa un sujeto que recibe de otro una determinada suma de dinero a cambio de una bolsa plástica, ese es el caso. La defensa recurre de nulidad señalando que ese indicio no es suficiente, y la Corte Suprema señala que efectivamente no lo es. El voto mayoritario sostiene que no constituye un indicio válido para detener a una persona en conformidad al artículo 85 porque de lo contrario tendría que entenderse que todo intercambio de objetos en la vía pública, permite sospechar de la comisión de un ilícito. En primeras instancias hay varios criterios para analizar este caso, por ejemplo, la cantidad de droga incautada, si esta es estimablemente alta el juez es empujado a no estimar la detención ilegal por el hallazgo, pero la Corte Suprema solo analiza el hecho en sí mismo sin el resultado de tal acción, diciendo que el intercambio no es indicio suficiente. Un segundo indicio en este mismo caso, era que el sector donde se realizaba la transacción se cometen frecuentemente esta actividad, referida al microtráfico, Corte Suprema en este mismo fallo indica que no resulta aceptable como indicio. Primero porque implicaría facultar a la policía para preconfigurar indicios, por el solo hecho de determinar una zona geográfica como peligrosa y por tanto eso resultaría altamente discriminatorio. Que por otra parte esas mismas actividades neutras en una zona geográfica que la policía no ha estimado que es peligroso no serían causal de detención, lo que nuevamente sería discriminatorio.

Tenemos un criterio general, la Corte está diciendo que la discriminación y la decisión a priori por parte de la policía de un determinado lugar, no ha propósito de un caso en concreto constituye una decisión que no es válida para justificar una detención, es decir la discriminación arbitraria que se produce sea el más relevante que la facultad policial. El voto disidente del ministro Valderrama, vincula el indicio del intercambio de mercancía con otro indicio distinto que es la huida de un segundo imputado, entonces dice que “unida la transacción al hecho de que había huido el segundo imputado, eso valida la actuación de la policía”. Mas allá en cual posición nos podríamos es importante recalcar la necesidad de formar criterios generales.

Los criterios que podríamos extraer es la no discriminación por la zona geográfica, por parte de un órgano persecutor, específicamente la policía, quienes no tienen la facultad de preconfiguración de ilícitos, facultad que la ley no le ha dado, y esto hace referencia al trato igualitario de la persona, resguardando las garantías fundamentales.

Un tercer caso muy común también en los tribunales de garantía, es la utilización como contexto para un artículo 85 de una falta (que no sea una falta penal). El caso que cito, en que se invocó como una falta a la ley de alcoholes por la policía como indicio del artículo 85 que facultaba un registro y en definitiva genera una flagrancia por un delito. La Corte señala que el artículo 85 exige para que sea suficiente el indicio que sea una falta pena, lo dice claramente y aquí no hay voto disidente.

En todos los casos expuesto la Corte declara que la prueba obtenida de esa detención ilegal es ilegal.

En nuestro país parece que por regla general no tiene excepciones a nivel legal que es la exclusión de prueba de toda evidencia que haya sido obtenida con infracción de garantías fundamentales o que provenga de alguna diligencia declarada nula, el código no establece ningún límite a eso, ni ninguna excepción, por tanto, lo primero que podría decir es que todo aquello que proviene de una actuación declarada nula u obtenida con infracción de garantías fundamentales debe excluirse, aunque

En derecho comparado y específicamente en EEUU, y en doctrina, se ha discutido si hay un límite a la exclusión de prueba, y cabe preguntarse qué es todo aquello que debe excluirse.

Y la primera respuesta que se da es que no solo debe excluirse aquella prueba que directamente proviene de la infracción de garantía, sino también aquella que proviene indirectamente de aquella y es lo que se denomina “La teoría del fruto del árbol envenenado”, es decir no basta con declarar ilegal la marihuana que se encuentra en el bolsillo del imputado registrado en el control de identidad ilegal también podríamos declarar ilegal, la declaración del carabinero, la declaración del testigo que indica a carabinero que el imputado estaba vendiendo droga etc. ¿hasta dónde llegamos con la ilegalidad? Esto lo responde la teoría del fruto del árbol envenenado que sirve para ampliar la exclusión a la prueba indirecta, en jurisprudencia se ha establecido ciertos

límites o excepciones a la regla de exclusión, que son básicamente las que se han construido en el derecho norteamericano y alemán con distintos nombres, más conocidos en Chile y recogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema con la denominación norteamericana. Reconoce tanto la Teoría del fruto del árbol envenenado como las excepciones con las denominaciones norteamericanas que son: La teoría de la fuente indirecta, la teoría del hallazgo inevitable y la buena fe de la gente. ¿Cuáles son los puntos en común de las excepciones a la regla de exclusión? El nexo que existe entre la evidencia propiamente tal y la ilegalidad, es decir hasta dónde llega el veneno y hasta que fruto llega el veneno.

Entonces tenemos la fuente independiente que tiene que ver con un medio claramente distinguible de fuente original, o sea en rigor la prueba no se obtiene del acto ilegal...

Luego tenemos el vínculo atenuado que se encuentra dentro de esta misma excepción hasta dónde llega el límite desde aquí

Ahora bien, si la Corte Suprema tiene un criterio muy restrictivo para analizar el artículo 85 del CPP, particularmente de que debe entenderse por indicio, cuando se trata de la excepción a la regla de exclusión tiende a ser mucho más expansivo. O sea, restringe cuando se trata de la legalidad de la detención, pero a la hora de excluir pruebas tiende a favorecer mayormente al Ministerio Público, y aplicar estas excepciones del derecho comparado, con una laxitud mayor.

Ejemplo de esto es la teoría del hallazgo inevitable, el cual surge en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Norteamericano la cual se aprecia por primera vez en el caso NIX contra WILIAMS de 1984, en el cual se estaba realizando una investigación para hallar el hallazgo de un cadáver, y se realiza una operación rastrillo y antes de que termine la diligencia el imputado bajo presión o apremio ilegítimo confiesa y dice donde se encuentra el cuerpo. ¿Entonces que dijo el Tribunal Supremo Federal? Que, si bien es ilegal la confesión, reconociendo la ilegalidad de la prueba, porque se obtiene a través de una confesión ilegal de todas maneras se logró probar en el juicio que la diligencia en curso que era la operación rastrillo iba a llegar de todas maneras al cuerpo.

En el caso chileno el hallazgo inevitable se aplica con una laxitud mucho mayor

En materia procesal penal, categoría doctrinal, originada en la jurisprudencia estadounidense, que se refiere al descubrimiento, de cosa o circunstancia delictiva, devenido de una técnica probatoria irregular, pero cuyo seguro encuentro, aun sin práctica de la prueba ilícita, hace que pueda ser tomada en cuenta en juicio. “El hallazgo inevitable tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Norteamericano, y se crea como una excepción a la regla general de reconocimiento de eficacia refleja de la prueba ilícita, esto es, una excepción a la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Esta excepción se aprecia por primera vez en el caso NIX contra WILIAMS de 1984

CONCLUSION

Las de fuentes formales que norman la detención es confuso, por su dispersión. Nos enfrentamos a una nebulosa cuando queremos encontrar una jerarquía para la aplicación de las leyes, normas y al intentar establecer bases para una interpretación coherente. Aun mas acentuada en materia de derechos fundamentales, pues se da a la ambigüedad interpretativa. Por lo tanto, es importantísimo entender la necesidad de la sistematización sobre estos temas.

Muchas veces la policía realiza un control de identidad a un sujeto bajo supuestos cerrados que no constituyen indicios, ni están facultados para ello, y a raíz de aquella acción autónoma se descubre un delito flagrante. El juez de garantía es que debe declarar la legalidad o ilegalidad del actuar policial, y lo hace con antecedentes obtenidos dentro de las primeras 24 horas ¿Este breve tiempo reflejará la realidad y circunstancias ocurridas? Por lo tanto, el rol del Juez de garantía debe ser mas activo y no tan mecánico como se ha visto en algunas ocasiones. Lo que llama la atención que solo en la instancia de juicio oral aparecen circunstancias fácticas y aun mas sorprendente es que no llega la información de que si el Juez de garantía declaro legal o ilegal el control de detención. Ya que declaración de ilegalidad, no produce efecto de cosa juzgada, sin embargo, esta si tiene peso en las medidas cautelares. O sea, la declaración ilegal es una declaración de mera certeza.

Aunque el juez declare ilegal la detención el Fiscal puede formalizar medidas cautelares, esto es un problema serio, no hay una congruencia real. Lo que seria ideal y obvio que si

se declara ilegal la detención el proceso no puede seguir. Veo una posible inconstitucionalidad de algunas disposiciones legales, por las razones expuestas.

La necesidad del control a posteriori, pero ex – ante, porque es la única forma de medir adecuadamente la corrección jurídica de las actuaciones de quienes practican la detención. Esto nos lleva a resolver el problema de los errores tanto de hecho como de derecho.