

I. Comentarios Legislativos

EL CONTROL DE IDENTIDAD EN EL PROYECTO DE LEY QUE FACILITA LA APLICACIÓN EFECTIVA DE LAS PENAS ESTABLECIDAS PARA LOS DELITOS DE ROBO, HURTO Y RECEPCIÓN, Y MEJORA LA PERSECUCIÓN PENAL EN DICHS DELITOS (BOLETÍN N° 9885-07)

LAUTARO CONTRERAS CHAIMOVICH
Universidad de Chile

I. CUESTIONES GENERALES

Como ya es conocido, en el centro de la discusión sobre modificaciones legales para hacer frente a la delincuencia común se encuentra la denominada “Agenda corta”¹. Este proyecto de ley ha suscitado una intensa polémica en la opinión pública y resulta oportuno referirse al mismo.

Estamos frente a un proyecto que trata las más variadas materias penales sustantivas y procesales, pretendiéndose reformar no sólo el Código Penal y el Código Procesal Penal, sino también el Código de Justicia Militar, las leyes orgánicas de la Policía de Investigaciones y de Gendarmería, la ley N° 18.216 sobre penas sustitutivas y el decreto ley sobre libertad condicional, entre otros cuerpos legales.

Es imposible en pocas páginas abordar con un mínimo de detalle todos y cada uno de los aspectos problemáticos del proyecto. Sin duda que resulta cuestionable la introducción de reglas especiales en materia de determinación de la pena en los delitos contra la propiedad, además del aumento de penas para algunos delitos. Y ello no sólo porque se generan una serie de inconsistencias valorativas al interior del Código Penal, sino porque es dudoso que un aumento de penas tenga efectos preventivos. Lo realmente disuasivo es la existencia de un sistema de persecución penal eficaz, donde el autor tenga la certeza de que, si comete un delito, será juzgado y condenado².

Quisiera dedicar este comentario a un aspecto que ha estado en la primera línea de la discusión pública: el control de identidad y su posible vicio de inconstitucionalidad.

¹ Se trata del proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y recepción, y mejora la persecución penal en dichos delitos (Boletín N° 9885-07).

² Cfr. FRISCH, Wolfgang, Sicherheit durch Strafrecht Erwartungen, Möglichkeiten und Grenzen, en DUTTGE, Gunnar; GEILEN, Gerd; MEYER-GÖBNER, Lutz, (editores), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, (Colonia, 2002), p. 671.

Como sabemos, hoy ya existe una regulación del control de identidad en el artículo 85 del Código Procesal Penal (en adelante indistintamente “CPP”). Conforme a esta norma, la policía puede solicitar la identificación de cualquier persona cuando existan indicios de que ha cometido o intentado cometer un delito, de que se dispusiere a cometerlo, de que pudiera suministrar informaciones útiles para la indagación de un delito, o en los casos en que la persona se encapuche para ocultar su identidad (inciso primero del art. 85 del CPP). Durante el procedimiento de control se pueden registrar las vestimentas, el equipaje o el vehículo de la persona (inciso segundo del art. 85 del CPP). Si habiendo recibido las facilidades del caso, el individuo no puede acreditar su identidad, el inciso tercero del artículo 85 señala que la policía debe conducirlo a la unidad policial más cercana.

Como se puede apreciar, el llamado “control de identidad” abarca un conjunto de facultades policiales que no se agotan en la potestad de solicitar a la persona que se identifique.

El proyecto de ley amplía las hipótesis de control de identidad del artículo 85 del CPP. Se pretende ahora que el control también proceda cuando los funcionarios policiales cuenten con algún antecedente que les permita inferir que una persona tiene una orden de detención pendiente. Durante la discusión del proyecto se afirmó que esta nueva regulación legal permitiría ejecutar numerosas órdenes de detención que no se han podido materializar.

Junto con las modificaciones al art. 85 del CPP, el proyecto de ley introduce una norma independiente, que estará contenida en el art. 12 del futuro cuerpo legal³. Esta disposición permite a los funcionarios policiales verificar la identidad

³ 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 al 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.

de cualquier persona mayor de 18 años, *en cumplimiento de sus funciones de resguardo del orden y la seguridad pública*. A diferencia de la regulación prevista en el art. 85 del CPP, esta norma independiente señala que en los casos en que no sea posible verificar la identidad de la persona en el lugar en que se encontrare, el funcionario policial debe poner término de manera inmediata al procedimiento. Se trata, como vemos, de un nuevo control de identidad, de *naturaleza puramente preventiva*.

¿Son constitucionales la modificación al art. 85 del Código Procesal Penal y la introducción del nuevo control de identidad puramente preventivo? Antes de intentar reflexionar en torno a esta pregunta conviene detenerse en los problemas de constitucionalidad que presenta la *regulación vigente* del artículo 85 del CPP.

II. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ACTUAL ART. 85 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

La regulación vigente del control de identidad del art. 85 CPP afecta tres derechos fundamentales, dependiendo de cuál sea la concreta facultad policial que se ejerza en el marco de ese control. En primer lugar, el derecho a la autodeterminación informativa (derivado del derecho a la vida privada), en la medida en que se faculta a la policía a solicitar la identificación de una persona. En segundo lugar, el derecho a la vida privada (propriadamente tal), ya que la policía está facultada para registrar las vestimentas, el equipaje o el vehículo de la persona cuya identidad se controla. En tercer lugar, y esto es especialmente importante, la libertad ambulatoria, en la medida en que la policía está facultada para conducir al sujeto que no puede acreditar su identidad a la unidad policial y retenerlo en ese lugar.

Que la regulación actual del control de identidad afecte derechos fundamentales no quiere decir necesariamente que tal regulación sea inconstitucional, sólo lo sería si no cumple con los criterios que la propia Constitución impone para la limitación de derechos. En mi opinión, en la regulación actualmente vigente del control de identidad del art. 85 CPP, el aspecto de dudosa constitucionalidad

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”.

dice relación con la facultad para conducir al ciudadano controlado a la unidad policial de modo tal de verificar allí su identidad. Alguien podría plantear que el traslado a la unidad y la permanencia en la misma no representan una privación de la libertad ambulatoria del individuo, sino sólo una “retención policial” de corta duración. Sin embargo, los propios incisos 3° y 4° de la norma nos aclaran que se trata de una modalidad de privación de libertad, al indicar que, bajo determinados supuestos, la persona *debe ser dejada o puesta en libertad*. Dice el inciso 3°: “En dicha unidad se le darán facilidades [a la persona] para procurar una identificación satisfactoria (...), dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado...”. Por su parte, el inciso 4° aclara: “El conjunto de procedimientos (...) no deberá extenderse por un plazo superior a ocho horas, transcurridas las cuales la persona (...) deberá ser puesta en libertad...”. Sobre esta materia conviene destacar además que el Tribunal Constitucional español señaló, en la conocida sentencia recaída en la polémica “Ley Corcuera”, que una diligencia de identificación en dependencias policiales realizada en el marco de un control de identidad entraña una privación a la libertad ambulatoria garantizada constitucionalmente (sentencia 341/1993, de 18 de noviembre de 1993).

De acuerdo a nuestra Constitución, nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley (y después de que la orden sea intimada en forma legal), o bien cuando se encuentra en una situación de flagrancia (art. 19 N° 7 literal c]). Es evidente que el sujeto que, simplemente, no ha podido acreditar su identidad y que es conducido a la unidad policial no se encuentra en situación de flagrancia. ¿Es posible justificar su privación de libertad entendiendo que la “detención” se ha producido “por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley”? No, porque la alusión de nuestra Constitución a la detención “por orden de funcionario público” dice relación únicamente con una *detención* de naturaleza *imputativa*, esto es, con aquella detención que se practica con el objeto de asegurar la presencia del imputado a la audiencia donde se formularán cargos en su contra, y se discutirán medidas cautelares a su respecto⁴. Claramente, en el caso de la privación de libertad que puede tener lugar en el marco del control de identidad del art. 85 del Código Procesal Penal no estamos frente a una detención imputativa, pues se trata de una restricción de la libertad ejecutada con el propósito de identificar a una persona. El individuo conducido a la unidad policial para fines de identificación tampoco tiene la calidad de “arrestado”, porque el arresto constituye una forma de apremio –ajena a la situación que estamos examinando–, que exige, además, la intimación

⁴ De otro modo no se entendería la alusión que hace el propio art. 19 N.º 7 literal c) de la Constitución a una orden que debe ser intimada legalmente.

de la respectiva orden⁵. En síntesis, la privación de libertad contemplada en el actual artículo 85 del CPP difícilmente puede encuadrarse en alguna de las hipótesis constitucionales que justifican una limitación de la libertad ambulatoria practicada por agentes del Estado.

III. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA MODIFICACIÓN AL ART. 85 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y DEL NUEVO ART. 12 (CONTROL DE IDENTIDAD PURAMENTE PREVENTIVO)

En lo que dice relación con las modificaciones que se pretenden introducir al art. 85 del CPP a través de este proyecto, lo que parece cuestionable es la incorporación de una nueva hipótesis de control de identidad, que tendría lugar cuando existan antecedentes de que la persona tiene órdenes de detención pendientes. Resulta difícil imaginar qué antecedentes permitirían inferir que una persona tiene una orden de detención, y que vayan más allá de la propia existencia de la misma. En esta parte, la propuesta de modificación al art. 85 del CPP no cumple con el *mandato de claridad normativa*, exigencia que se abordará más en detalle en los párrafos siguientes.

Con respecto al nuevo control de identidad, de naturaleza meramente preventiva (art. 12 del proyecto), el asunto es verdaderamente complejo desde la perspectiva constitucional. En efecto, el derecho que claramente se limita con la regulación del nuevo control de identidad es el *derecho a la autodeterminación informativa*. Este derecho consiste en la facultad del individuo de decidir por sí mismo cuándo, y dentro de qué límites, es procedente revelar a terceros datos personales, entre ellos, la propia identidad. Se trata de un derecho de creación jurisprudencial cuyos orígenes se remontan a la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre la Ley del Censo del año 1983. Fue el mismo Tribunal Constitucional alemán el que, en sentencia de fecha 24 de julio del año pasado, indicó que la solicitud que efectúa la policía a un ciudadano para que exhiba su documento de identidad *afecta siempre el derecho a la autodeterminación informativa*⁶.

El derecho a la autodeterminación informativa se ha considerado en Chile como una manifestación del derecho a la vida privada, consagrado en el art. 19 N° 4 de la Carta Fundamental. En sentencia del Tribunal Constitucional chileno de fecha 21 de junio de 2011 (roles acumulados 1732-10-INA y 1800-10-INA) se señala: “(...) la protección de la vida privada de las personas guarda una estrecha relación con la protección de los datos personales, configurando lo que la doctrina llama derecho a la autodeterminación informativa”.

⁵ Cfr. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, (Santiago, 2008), Tomo XII, 2ª edición, pp. 30 y s.

⁶ Resolución de 1 BvR de 24.07.2015, N° 2501/13.

En la dogmática constitucional alemana se ha señalado que una afectación o limitación al derecho a la autodeterminación informativa, como la que se puede apreciar en el nuevo control de identidad de naturaleza puramente preventiva, sólo se justifica si se cumple con el *mandato de claridad normativa*⁷. Conforme a esta exigencia, los supuestos legales que permiten limitar el derecho a la autodeterminación informativa tienen que resultar lo suficientemente claros a partir del texto de la ley y además deben ser reconocibles para el ciudadano⁸. Por otra parte, el mandato de claridad normativa exige que la ley que limite el derecho a la autodeterminación informativa ponga a disposición de los funcionarios públicos que la aplicarán *pautas de conducta que guíen y limiten su actuar*, de modo tal, además, que *sea posible un control posterior de la judicatura* acerca del proceder de la Administración⁹. Según el Tribunal Constitucional alemán el motivo, la finalidad y los límites de la afectación al derecho fundamental a la autodeterminación informativa deben estar establecidos en la ley en forma específica, precisa y clara¹⁰.

¿Podemos decir que el art. 12 de la futura ley, que contempla el nuevo control preventivo de identidad, cumple con el mandato de claridad normativa? No, porque la hipótesis que autoriza solicitar la identidad de cualquier persona es insosteniblemente amplia y vaga. Los funcionarios policiales —dice la norma— pueden controlar la identidad en la medida en que lo hagan (simplemente) “en cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública”. Si uno compara el art. 12 de la futura ley de agenda corta con, por ejemplo, el art. 16 de la ley española de protección de seguridad ciudadana, que también regula el control de identidad, se advierte que la futura legislación chilena es enormemente deficitaria, en consideración a su falta de precisión. Lo mismo ocurre si se confronta el art. 12 con normas previstas en códigos de policía de varios estados federales alemanes, que también contemplan el control de identidad.

En resumen, los problemas de constitucionalidad en materia de control de identidad ya existen en la actual regulación. La propuesta de modificación al art. 85 del CPP y la introducción del nuevo art. 12 (control de identidad puramente preventivo) no hacen sino agravarlos.

⁷ SCHOCH, Friedrich, *Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung*, en *Juristische Ausbildung* (Berlín, 2008), pp. 357 y s.

⁸ SCHOCH, ob. cit., p. 357.

⁹ SCHOCH, ob. cit., pp. 357 y s.

¹⁰ Sentencia citada por SCHOCH, ob. cit., p. 358.