



**Universidad de Chile**  
**Facultad de Derecho**  
**Departamento de Derecho Procesal**

## **CONTROL DE IDENTIDAD**

**Aplicación diferenciada de la regulación del  
artículo 85 del Código Procesal Penal**

**Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales**

Autores  
César Andrés Ramos Pérez  
María Catalina Merino Stitic

Profesor guía  
Jorge Ugarte Abrego

Santiago, Chile  
2010

## TABLA DE CONTENIDOS

	Página
<b>Tabla de contenidos</b> .....	II
<b>Abreviaturas</b> .....	XI
<b>Resumen</b> .....	XIII
<b>Introducción</b> .....	1
<b>Capítulo I</b>	
<b>Diligencias policiales de identificación en el Derecho comparado</b> .....	8
<b>Sección Primera</b>	
<b>Medidas de constatación de identidad en el Derecho alemán</b> .....	9
I. Aspectos generales.....	9
1. El deber de identificarse.....	9
2. Relevancia iusfundamental de las medidas de constatación de identidad.....	10
2.1. Desde la perspectiva del derecho a la libertad personal.	
2.1.1. Regulación constitucional.....	10
2.1.2. Ámbito de protección del derecho a la libertad personal.....	12
2.1.3. La distinción entre restricción y privación de libertad.....	15
2.1.4. Reserva legal de toda restricción y privación de libertad.....	18
2.1.5. Reserva judicial de toda privación de libertad.....	18
2.1.6. Legitimidad constitucional y respeto al principio de proporcionalidad de toda restricción y privación de libertad.....	19
2.2. Desde la perspectiva del derecho a la autodeterminación informativa.....	20
II. La constatación de la identidad de carácter represivo.....	24
1. Aspectos generales.....	24
2. Identificación de sujetos sospechosos (§163b, I).....	25
2.1. Supuesto de hecho. Relación con el presupuesto fáctico de la detención provisional (Vorläufige Festnahme) del §127 StPO.....	26

2.2.	Medidas policiales de constatación de la identidad del sujeto sospechoso.....	28
3.	Identificación de sujetos no sospechosos (§163b, II).....	31
3.1.	Supuesto de hecho.....	31
3.2.	Medidas policiales de constatación de la identidad del sujeto no sospechoso.....	32
4.	La constatación de identidad en los puestos de control (Kontrollstelle) del §111 StPO.....	33
5.	Derechos del afectado.....	34
6.	Destino de los elementos utilizado con ocasión de la identificación.....	35
III.	La constatación de identidad de carácter preventivo.....	36
1.	Aspectos generales. La seguridad pública como fundamento de estas medidas.....	36
2.	La identificación de sujetos de carácter preventivo.....	40
2.1.	Presupuestos fácticos.....	40
2.2.	Medidas policiales de constatación de la identidad.....	42
3.	Derechos del afectado.....	43
4.	Destino de los elementos utilizado con ocasión de la identificación.....	45
IV.	Protección jurídica contra la actividad policial ilegal.....	45
1.	Control judicial según el art. 104, II GG y el §163c, I StPO.....	45
2.	Control judicial según el art. 19, IV GG. La acción declarativa...	46

## **Sección Segunda**

	<b>Diligencias policiales de identificación en el Derecho español.....</b>	<b>48</b>
I.	Aspectos generales.....	48
1.	El deber de identificarse.....	48
2.	Relevancia iusfundamental.....	51
2.1.	El derecho a la libertad personal.....	52
2.1.1.	Regulación constitucional.....	52
2.1.2.	Ámbito de protección del derecho a la libertad personal.....	52
2.1.3.	La privación de libertad.....	54
2.1.4.	Reserva legal de toda privación de libertad.....	61
2.1.5.	Reserva judicial de toda privación de libertad.....	61
2.1.6.	Legitimidad constitucional y respeto al principio de proporcionalidad de toda privación de libertad	62
2.2.	El derecho a la intimidad personal.....	64

2.3.	Relevancia iusfundamental de las diligencias policiales de identificación en el Derecho español.....	65
II.	La constatación de la identidad en la LECrim.....	73
1.	Aspectos generales.....	73
2.	Requerimiento de identificación de sujetos sospechosos cuando la detención no sea procedente.....	74
3.	Requerimiento de identificación de sujetos sospechosos en caso de faltas.....	75
4.	Requerimiento de identificación de sujetos no sospechosos.....	76
5.	Negativa a identificarse.....	76
III.	La constatación de identidad en la LOPSC.....	77
1.	Aspectos generales.....	77
2.	Primer requerimiento: Identificación in situ.....	78
2.1.	Supuesto de hecho.....	78
2.1.1.	Caso del art. 20.1 LOPSC.....	78
2.1.2.	Caso del art. 19.2 LOPSC. Controles en la vía, lugares o establecimientos públicos.....	79
2.2.	Medidas policiales de identificación.....	80
2.2.1.	Caso del art. 20.1 LOPSC.....	81
2.2.2.	Caso del art. 19.2 LOPSC. Controles en la vía, lugares o establecimientos públicos.....	83
2.3.	Negativa a identificarse.....	84
3.	Segundo requerimiento: “Acompañamiento” a dependencias policiales.....	85
3.1.	Finalidad de la medida según el art. 20.2. LOPSC.....	85
3.2.	Medidas policiales de identificación.....	87
4.	Sospecha sobreviniente.....	88
IV.	Garantías del sujeto afectado por la medida.....	89
V.	Control de la actividad policial ilegal.....	91
VI.	Críticas a la regulación del art. 20 LOPSC.....	93

### **Sección Tercera**

	<b>Diligencias policiales de identificación en el Derecho estadounidense.....</b>	<b>97</b>
I.	Aspectos generales.....	97
II.	La Cuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América.....	97
1.	Ámbito de aplicación.....	99
2.	Requisitos de la actividad policial lícita según la Cuarta Enmienda.....	103
2.1.	La razonabilidad.....	103

2.2.	La causa probable.....	105
2.3.	El juramento o afirmación y la descripción precisa del lugar a registrar o la persona o cosa a aprehender.....	106
3.	Excepciones al principio de la orden judicial previa.....	107
4.	La Regla de Exclusión.....	110
4.1.	Desarrollo jurisprudencial.....	110
4.2.	Críticas.....	112
III.	Tipos de encuentros entre la Policía y los individuos.....	113
1.	Encuentro consensual.....	113
2.	Detention.....	114
3.	Arrest.....	115
IV.	La Detención Terry, Terry Stop o Stop and Frisk.....	115
1.	Aspectos generales.....	115
2.	Caso Terry v. Ohio.....	116
2.1.	Hechos del caso.....	116
2.2.	Importancia del fallo.....	117
3.	Ámbito de extensión de una detención Terry.....	120
4.	Otras decisiones de la Corte Suprema respecto al stop and frisk.....	122
V.	El requerimiento de identificación policial.....	124
1.	El deber de identificarse.....	124
2.	Caso Hiibel v. Sixth Judicial District Court of Nevada.....	126
2.1.	Hechos del caso.....	127
2.2.	Normativa aplicable.....	128
2.3.	Importancia del fallo.....	128
3.	Otros fallos sobre leyes de identificación.....	133
4.	Las leyes de identificación después del 11 de septiembre de 2001.....	135
<b>Capítulo II</b>		
<b>El control de identidad: Aspectos generales.....</b>		
<b>137</b>		
<b>Sección Primera</b>		
<b>El deber de identificarse ante requerimiento policial.....</b>		
<b>138</b>		
I.	Introducción.....	138
II.	El deber de identificarse ante requerimiento policial.....	138
III.	Desarrollo histórico-legislativo del control de identidad.....	142
1.	Antecedentes: La detención por sospecha.....	142
2.	La regulación del control de identidad en el Código Procesal original.....	144

3.	Modificación del art. 85 CPP por la Ley N° 19.789 de 30 de enero de 2002.....	147
4.	Modificación del art. 85 CPP por la Ley N° 19.942 de 15 de abril de 2004.....	152
5.	Modificación del art. 85 CPP por la Ley N° 20.253 “Agenda Corta Antidelincuencia” de 14 de marzo de 2008.....	154

## **Sección Segunda**

	<b>Control de identidad y derechos fundamentales.....</b>	<b>161</b>
I.	Aspectos generales.....	161
II.	El derecho a la libertad personal.....	162
1.	Regulación constitucional.....	162
2.	Ámbito de protección del derecho a la libertad personal.....	165
3.	La distinción entre restricción y privación de libertad.....	167
4.	Relevancia iusfundamental del control de identidad respecto del derecho a la libertad personal.....	173
III.	El derecho a la vida privada.....	176
1.	Regulación constitucional.....	176
2.	Ámbito de protección del derecho a la vida privada.....	178
2.1.	El derecho a la vida privada en sentido negativo.....	179
2.2.	El derecho a la vida privada en sentido positivo y la autodeterminación informativa o libertad informática.....	182
3.	Relevancia iusfundamental del control de identidad respecto del derecho a la vida privada.....	186
3.1.	El registro y la vida privada en sentido negativo.....	186
3.2.	El requerimiento de identificación y la autodeterminación informativa.....	190
3.2.1.	La Ley N° 20.253 y la creación de un banco de datos de las policías para efectos del control de identidad.....	192
IV.	Principios aplicables al control de identidad en razón de su relevancia iusfundamental.....	199
1.	Principio de legalidad o reserva legal.....	199
2.	Principio de reserva judicial.....	201
3.	Justificación teleológica y principio de proporcionalidad.....	203

## **Sección Tercera**

	<b>La regulación diferenciada del control de identidad.....</b>	<b>209</b>
I.	Aspectos generales.....	209

II.	Naturaleza represivo-preventiva del control de identidad.....	211
III.	Finalidad del control de identidad.....	215
IV.	La distinción entre sujeto sospechoso y no sospechoso.....	220
V.	La aplicación diferenciada del control de identidad.....	223
1.	Generalidades.....	223
2.	La tesis de la aplicación diferenciada como interpretación conforme a la Constitución.....	226
<b>Capítulo III</b>		
<b>La aplicación diferenciada del artículo 85 del Código Procesal Penal.....</b>		
<b>231</b>		
<b>Sección Primera</b>		
<b>Reglas comunes a todo procedimiento de control de identidad.....</b>		
<b>232</b>		
I.	Actuación autónoma de la Policía, sin orden previa.....	232
II.	Carácter obligatorio del control para los funcionarios de Carabineros y Policía de Investigaciones de Chile.....	233
III.	Taxatividad de los casos fundados que autorizan la realización de un control de identidad.....	234
IV.	Relación entre los supuestos de procedencia e iter criminis.....	235
V.	El indicio.....	236
VI.	Etapas del procedimiento.....	251
VII.	La negativa a manifestar y acreditar la identidad.....	252
VIII.	Diligencias investigativas excluidas.....	254
IX.	Duración del control de identidad.....	256
<b>Sección Segunda</b>		
<b>Modelo I: El control de identidad como instrumento para la verificación o descarte de una situación de flagrancia.....</b>		
<b>258</b>		
I.	Finalidad.....	258
II.	Supuestos de procedencia.....	259
III.	Medidas autorizadas a realizar por la policía.....	261
1.	Primera etapa: Identificación in situ.....	261
1.1.	El requerimiento de identificación.....	261
1.2.	La detención por la falta del art. 496 n° 5.....	262
2.	Segunda etapa: Registro y cotejo de órdenes de detención pendientes in situ.....	265
2.1.	El registro.....	266
2.1.1.	Origen y finalidades del registro.....	266

2.1.2.	Procedencia del registro investigativo como instrumento de constatación o descarte de una situación de flagrancia.....	267
2.1.3.	Modo de realizar un registro investigativo. La regulación de los arts. 85 inc. 2º y 89 CPP.....	271
2.2.	El cotejo de órdenes de detención pendiente.....	275
2.3.	La detención.....	276
2.3.1.	La detención por flagrancia sobreviniente.....	277
2.3.2.	La detención por existencia de una orden de detención pendiente.....	278
2.3.3.	La detención por la falta del art. 496 nº 5 CP.....	278
3.	Tercera etapa: Conducción de la unidad policial.....	278
3.1.	Naturaleza jurídica de la conducción a la unidad policial	278
3.2.	Supuesto de procedencia: la negativa o imposibilidad de acreditar la identidad.....	280
3.3.	Medidas autorizadas a realizar por la Policía.....	281
3.3.1.	Identificación por otros medios.....	282
3.3.2.	El cotejo de órdenes de detención pendiente.....	284
3.3.3.	La detención.....	284

### **Sección Tercera**

	<b>Modelo II: El control de identidad exclusivamente identificativos.....</b>	<b>285</b>
I.	Finalidad.....	285
II.	Supuestos de procedencia.....	286
1.	Imputación de un hecho punible no susceptible de detención en flagrancia.....	286
2.	Identificación de testigos.....	287
3.	Identificación del sujeto encapuchado o embozado.....	287
III.	Medidas autorizadas a realizar por la policía.....	289
1.	Primera etapa: Identificación in situ.....	289
2.	Segunda etapa: Registro y cotejo de órdenes de detención pendientes in situ.....	290
2.1.	El registro defensivo.....	290
2.2.	El cotejo de órdenes de detención pendiente.....	292
2.3.	La consignación de las declaraciones voluntarias de los testigos en los casos de las letras b) y c) del art. 83 CPP.....	292
2.4.	La detención.....	292
3.	Tercera etapa: Conducción de la unidad policial.....	293



<b>Sección Cuarta</b>	
<b>Garantías del sujeto controlado de identidad.....</b>	<b>294</b>
I. Aspectos generales.....	294
II. Derechos y garantías de toda persona sujeta a control de identidad....	295
III. Derechos y garantías del imputado sujeto a control de identidad.....	295
IV. Derechos y garantías del sujeto conducido a la unidad policial con fines de identificación (privado de libertad).....	296
<b>Capítulo IV</b>	
<b>El control de identidad ilegal.....</b>	<b>298</b>
<b>Aspectos generales</b>	
<b>El control de la actividad ilegal de la policía.....</b>	<b>299</b>
<b>Sección Primera</b>	
<b>Responsabilidad por la realización de un control de identidad ilegal.....</b>	<b>300</b>
I. Responsabilidad penal del funcionario policial.....	300
1. Sujeto activo: empleado público.....	300
2. Bien jurídico protegido.....	301
3. Vejaciones o apremios.....	302
II. Responsabilidad disciplinaria del funcionario policial.....	303
III. Responsabilidad civil.....	305
<b>Sección Segunda</b>	
<b>Control judicial de una medida ilegal mientras se encuentre pendiente...</b>	<b>308</b>
I. Amparo ante el juez de garantía.....	308
II. La declaración de ilegalidad de la detención.....	311
<b>Sección Tercera</b>	
<b>Exclusión de la prueba ilícita.....</b>	<b>313</b>
I. Aspectos generales.....	313
II. Inadmisibilidad de la prueba obtenida con inobservancia de los derechos y garantías constitucionales.....	315
III. Regulación de la prueba ilícita en el Código Procesal Penal.....	317
IV. Efectos de la prueba ilícita.....	317
V. Exclusión de la prueba obtenida durante un control de identidad ilegal.	319

**Conclusiones**..... 321

**Bibliografía**..... 324

## ABREVIATURAS

art., arts.	artículo, artículos
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Contencioso-administrativo Federal)
CE	Constitución Española
CA	Corte de Apelaciones
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CdPP	Código de Procedimiento Penal
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CENC	Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política del Estado
COT	Código Orgánico de Tribunales
CP	Código Penal
CPP	Código Procesal Penal
CPR	Constitución Política de la República
CS	Corte Suprema
DL	Decreto Ley
DNI	Documento Nacional de Identidad
ed.	edición
EE.UU.	Estados Unidos
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz (Ley de introducción a la ley de organización de Tribunales)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Ley Fundamental para la República Federal de Alemania)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (Ley de organización de Tribunales)
inc.	inciso
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOC	Ley Orgánica Constitucional
LOFCS	Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOPSC	Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial

núm., N°	número
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior de un Land)
OrgKG	Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgiftshandelns und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (Ley para la lucha contra el tráfico de estupefacientes y otras manifestaciones)
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Ley de infracciones administrativas o contravenciones)
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PDI	Policía de Investigaciones de Chile
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StPÄG	Gesetz zur Änderung der StPO (Ley para la modificación de la StPO)
StPO	Strafprozeßordnung (Ordenanza procesal penal)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
t.	Tomo
trad.	traducción
TS	Tribunal Supremo
U.T.M.	Unidad Tributaria Mensual
vol.	volumen
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung (Ordenanza de los tribunales administrativos)

## RESUMEN

El presente trabajo analiza la regulación vigente del control de identidad en el artículo 85 del Código Procesal Penal. El estudio revisa las sucesivas reformas legales que han modificado los supuestos y atribuciones de los funcionarios autorizados a su realización, así como las consecuencias que importa la medida en cuanto afectación de derechos fundamentales. Asimismo se realiza un estudio de las medidas de constatación de identidad en Alemania, España y Estados Unidos.

La investigación plantea la necesidad de efectuar una aplicación diferenciada de la regulación del artículo 85 del Código Procesal Penal, distinguiendo según la naturaleza preventiva o represiva de la medida, su finalidad e instrumentalidad respecto de una detención en situación de flagrancia, el supuesto de hecho que autoriza su realización y la calidad de sospecho o no sospechoso del sujeto controlado de identidad. En este sentido, el trabajo plantea la existencia de dos modelos distintos: el control de identidad como instrumento para la verificación o descarte de una situación de flagrancia y el control de identidad de fines exclusivamente identificativos.

La investigación analiza las garantías que rigen respecto del sujeto controlado de identidad, las que no se restringen al artículo 86 del Código Procesal Penal, sino que dependen de la calidad que se asigne al sujeto afectado por la medida. Por último, el trabajo analiza las consecuencias que importa la realización de un control de identidad ilegal.

## INTRODUCCIÓN

En Diciembre del año 2004, el Fiscal Nacional del Ministerio Público, mediante el Oficio N° 554 hizo referencia a importantes materias relevantes para el análisis e interpretación del *control de identidad*, facultad policial contemplada en el artículo 85 del Código Procesal Penal. Su objetivo principal fue complementar oficios anteriores referidos a esta figura, así como impartir nuevos criterios de actuación para la labor policial.

La necesidad de un nuevo oficio respecto a esta materia, se fundamenta en la intención de oponer un argumento institucional a la interpretación restringida que la Defensoría Penal Pública sostuvo en relación al referido art. 85. Junto a ello, el referido oficio tuvo por objeto criticar una resolución de un tribunal de garantía de Coquimbo, que ante el incumplimiento de los requisitos que autorizan al funcionario público para efectuar un control de identidad, decretó la ilegalidad de la detención posterior, aun cuando en el registro de su vestimenta se encontraron 197 gramos de marihuana. Específicamente, la resolución del Tribunal se fundamenta en la exigencia legal de un *caso fundado* para realizar el control de identidad, circunstancia no acreditada por la fiscalía, lo que a juicio del tribunal vicia todos los actos posteriores, es decir, el registro y la detención por flagrancia<sup>1</sup>. El mismo argumento sirvió a la defensa para excluir toda la prueba derivada de tal procedimiento, por inobservancia de las garantías fundamentales contempladas en los arts. 19 N° 7 (derecho a la libertad personal) y N° 4 (derecho a la intimidad) de la Constitución Política, en virtud de lo dispuesto por el inciso tercero del art. 276 CPP<sup>2</sup>.

En el argumento que plantea el citado oficio del Ministerio Público, se pueden distinguir tres tesis principales:

---

<sup>1</sup> Oficio N° 554 del Fiscal Nacional del Ministerio Público de fecha 2 de diciembre de 2004 que complementa el oficio anterior en materias de control de identidad e imparte nuevos criterios de actuación, en: <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Imputados/554%202004.doc>, p. 2.

<sup>2</sup> Art. 276 inc. 3° CPP “(...) Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”.

a) En primer lugar, el argumento del Fiscal Nacional desconoce toda relevancia jurídica a la *privación* de la libertad personal de la persona sujeta a control de identidad. Sostiene que “el control de identidad no es una medida cautelar, sino que es una facultad preventiva policial, otorgada con el fin de prevenir o reprimir el aumento de la delincuencia. Lo que permite dicha facultad es una restricción temporal de libertad (...) sólo con el fin de confirmar o desvanecer la sospecha fundada en contra del fiscalizado. Por lo mismo, jamás una persona sujeta a control de identidad puede ser puesta a disposición del juez para verificar su detención porque él no está detenido”<sup>3</sup>. Para el Fiscal Nacional, el control de identidad no sería una detención propiamente tal, sino que es una restricción temporal a la libertad de circulación, y por tanto, los fiscales deben oponerse a la declaración de ilegalidad de una detención por no cumplimiento de los requisitos legales del control de identidad.

b) En segundo lugar, entiende el control de identidad como un deber de intervención del funcionario público, ante hechos que no reúnen los requisitos necesarios para configurar una de las hipótesis de flagrancia contempladas en el art 130 CPP, pero que constituyen indicios de participación delictiva<sup>4</sup>. Así, el control de identidad pierde su concepción original orientada a la mera identificación del individuo<sup>5</sup>, y es reemplazada por un pronóstico de una eventual flagrancia, sometida a verificación o descarte, mediante el control de identidad.

“De esta forma, en el evento que un policía tenga un acontecimiento fundado, o razón justificada para pensar que una persona delinquirá, lo va a hacer o pueda dar información útil, u otra situación semejante, lo importante es confirmar o desvanecer la sospecha fundada, pudiendo cambiar la calidad de controlado a detenido, en el evento de descubrirse alguna situación de flagrancia, orden de aprehensión pendiente, o se despache una para tal efecto. Por el contrario, desvanecida que sea la sospecha, el sujeto debe ser puesto en libertad ambulatoria de inmediato”<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Oficio N° 554... op. cit., p. 11

<sup>4</sup> Ibídem, p. 8. La fundamentación político criminal de esta interpretación, se sustenta en la intención expresada en el mensaje del Proyecto de Ley 19.942, por prevenir y combatir la delincuencia.

<sup>5</sup> HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, t. I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 380.

<sup>6</sup> Oficio N° 554... op. cit., p. 10

c) En tercer lugar, se sostiene respecto al control de identidad, que al constituir un procedimiento tendiente a confirmar o desvanecer la sospecha, comienza en el momento en que se detiene a alguien para solicitar su identificación y durará hasta que se efectúe todo el procedimiento, esto es, la confirmación o rechazo de la sospecha. Ello tiene importantes consecuencias para el registro de quien es sometido a control de identidad, pues lo relevante no es su identificación, sino que la eventual configuración de una flagrancia.

“Si alguien presenta su cédula de identidad u otro documento que acredite su nombre y apellido, no significa que el control hubiera terminado, por cuanto aún restan por realizar el resto de las diligencias como registrar vestimentas, equipaje y vehículo, si los hubiera, verificar domicilio, órdenes de aprehensión pendiente, etc.”<sup>7</sup>.

En consecuencia, confirmada la sospecha, y realizado el supuesto de hecho de la flagrancia, procede la detención, la cual a juicio del Ministerio Público es legal, aun cuando existieren vicios en el control de identidad, pues este procedimiento terminará una vez sea confirmada o rechazada la sospecha. Por lo tanto, la evidencia encontrada en el registro, se efectúa en virtud de la detención por flagrancia y no del control de identidad. La detención es legal con independencia de los vicios que pudieren afectar al procedimiento de control de identidad.

La tesis expuesta es manifiestamente contradictoria. Por un lado, interpreta el control de identidad como una autorización a restringir la libertad de una persona, ante una sospecha que no alcanza el estándar exigido por los supuestos de detención flagrante<sup>8</sup>, esto es, otorga la autorización para intervenir en los derechos de las personas bajo un fundamento menos exigente que el estándar de flagrancia, pero por otro lado, cuando se trata del control judicial de los presupuestos que autorizan a esta detención para fines de identificación<sup>9</sup>, sostiene que el control de identidad no tiene

---

<sup>7</sup> Oficio N° 554... op. cit., p. 11

<sup>8</sup> Los supuestos de detención por flagrancia también constituyen hipótesis basadas en sospecha, pues la convicción de la comisión de un delito es materia de la sentencia definitiva en materia penal.

<sup>9</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op. cit, t. I., p. 380.



relación alguna con la detención, y que por lo tanto, no es susceptible de ser declarada su ilegalidad por incumplimiento de tales presupuestos.

Lo que subyace a esta interpretación es una comprensión del control de identidad como un procedimiento extraño a la detención, en función de la nomenclatura utilizada por la regulación y, por lo tanto, afirma una diferencia material entre control de identidad y detención, con la consecuencia de sustraer del control jurisdiccional del juez de garantía, al primero de estos procedimientos.

Pero esa diferencia sólo es sostenible mientras exista una diferencia en los derechos afectados por ambas instituciones. Asignar una distinta naturaleza a la detención y la “restricción temporal de la libertad”, es no comprender que en ambas instituciones existen idénticos derechos de libertad afectados, pues pese a la diferencia en la terminología legal, la afectación a la libertad personal sigue siendo relevante.

En palabras de DE LLERA “Toda privación efectiva de libertad deambulatoria será una detención con independencia de que se la denomine de una forma u otra. Así los términos “presentación”, sin más, en unas dependencias (policiales, judiciales o fiscales) de una persona o “retención” de la misma, en cuanto impuestas coactivamente a una persona, constituyen una verdadera detención, por mucho que se pretenda encubrirla terminológicamente”<sup>10</sup>. Como sostienen HORVITZ y LÓPEZ, respecto al control de identidad “se trata de una forma de detención revestida de garantías y plazos especiales”<sup>11</sup>.

Sin embargo, en relación al segundo y tercer argumento expuesto, la posterior Ley 20.253, que modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana y refuerza las atribuciones preventivas de las policías, publicada en el Diario Oficial el 14 de Marzo de 2008, en principio, confirma los argumentos de la tesis interpretativa del Ministerio Público. La modificación legal que afecta al art. 85 del CPP, expresamente establece que “la policía procederá a la detención, *sin necesidad de orden judicial* y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 129, de quienes se

---

<sup>10</sup> DE LLERA SUAREZ, B. *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed. Valencia, 1997, p9. 288 y 289, citado por MORENO CATENA, *El proceso penal*, p. 1560.

<sup>11</sup> HORVITZ-LÓPEZ, op. cit, p. 381.

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”.

Previo a esta ley, en los casos en que mediante un registro vinculado a control de identidad se realizaba una hipótesis de flagrancia, la jurisprudencia exigía la correspondiente orden de detención judicial<sup>12</sup>. La reforma legal no exige como requisito dicha orden, y acerca la regulación positiva del control de identidad, a la interpretación del Ministerio Público, según la comprensión de dicha institución como pronóstico de una eventual flagrancia, sometida a verificación o descarte, mediante el control de identidad. La pregunta es manifiesta: ¿es el control de identidad una medida accesoria de la detención por flagrancia, cuando ésta no reúne sus requisitos legales? Esa es una de las interrogantes que ésta investigación plantea como objetivo a resolver.

El presente proyecto de investigación entiende que en materia de control de identidad, dada la tensión existente entre afectación de derechos fundamentales comprometidos y la necesidad de persecución eficaz de los delitos, la interpretación de la figura presenta dos aspectos relevantes a considerar. En primer lugar, una pretensión de verosimilitud con el derecho vigente. La investigación pretende la comprensión del control de identidad, entendiendo que la mutación que ha experimentado desde el Código Procesal Penal original, hasta la reciente Ley 20.253, expresa la pertinencia de diferentes orientaciones, recogidas o no en el texto vigente. La plena verosimilitud se analiza en función del dato histórico de la regulación, y de sus principios orientadores.

En segundo lugar, la investigación no desconoce su función crítica. Un déficit en cuanto a verosimilitud, puede ser compensado con un argumento crítico de la legislación vigente. Dada la vinculación a la Constitución y los tratados internacionales en materia de DD.HH., los principios que legitiman el ejercicio del *ius puniendi*, y la persecución estatal de los delitos, el resultado de la investigación puede manifestar la no plena integración explicativa de la regulación vigente, si existen argumentos fundados en dicha función crítica. La interpretación del control de identidad puede, en

---

<sup>12</sup> ROMERO MUZA, Rubén. *Control de identidad y detención. Doctrina y jurisprudencia*, 2ª edición. Santiago, Editorial Librotecnia, 2007, pp. 90-93.

su regulación actual, expresar ámbitos que desde el punto de vista de su legitimidad, requieran su análisis desde un punto de vista crítico, y no desde su integración verosímil al argumento presentado.

La presente investigación tiene como objetivo realizar un estudio general del control de identidad como una diligencia policial utilizada con fines preventivos y represivos (vinculados a la investigación de un hecho punible). Para lograrlo, se parte de tres hipótesis fundamentales, que junto a su vinculación institucional expresada en reglas y principios de naturaleza legal y constitucional, constituyen el núcleo de esta investigación, del cual se derivan hipótesis auxiliares, relativas a aspectos singulares y problemáticos, cuya resolución se pretende consistente con esa definición esencial.

En primer lugar, se pretende defender la idea de que el control de identidad afecta derechos fundamentales, en especial, el derecho a la libertad, reconocido en los tratados internacionales ratificados por Chile (art. 9.1. PIDCP y Art. 7 CADH) y en nuestra Carta fundamental, en su art. 19 n°7 y, en cuanto faculta el registro de las vestimentas, equipaje y vehículo del sujeto sometido a control de identidad, el derecho a la intimidad, protegido en el art. 19 n°4 de la CPR y en los tratados internacionales.

En segundo lugar este trabajo defiende la idea de una aplicación diferenciada en la normativa vigente del control de identidad. La fundamentación de esta hipótesis se vincula al propio devenir de la institución, sus modificaciones legales, y los cambios de orientación que manifiestan. Como se comprobará más adelante, dicha aplicación diferenciada, permite explicar correctamente los problemas interpretativos que presenta el control de identidad. Tal regulación se expresa en la distinción entre el control de identidad represivo y preventivo, lo que se manifiesta en los supuestos de hecho que constituyen casos fundados, la distinción entre sujeto sospechoso y no sospechoso (p.ej. testigos) y las distintas finalidades asignadas al control de identidad.

Estas distinciones permiten entender la existencia de dos modelos regulativos en el control de identidad, según cuál sea la finalidad que subyace al procedimiento: la sola identificación del sujeto o la comprobación o rechazo mediante un registro, de una

flagrancia eventual. Como se analizará, ello trae consecuencias para las facultades que corresponden al funcionario público que realiza el procedimiento.

Por último, esta investigación plantea la calidad de imputado del sujeto sospechoso controlado de identidad, pues la atribución de participación en un hecho punible, importa que el controlado de identidad tenga la calidad de imputado (art. 7 CPP), pues el control de identidad es subsumible en la definición de “primera actuación del procedimiento”: *cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.*

La investigación se estructura en cuatro capítulos. En el primero se analizarán las diligencias policiales de identificación en el Derecho comparado. Específicamente, se estudiará la situación legal y jurisprudencial existente en Alemania, España y Estados Unidos. El Capítulo II está referido a los aspectos generales del control de identidad, en particular se tratará la existencia o no de un deber de identificarse ante un requerimiento policial, la tensión existente entre la diligencia y los derechos fundamentales y se expondrán las bases de una aplicación diferenciada del control de identidad. En el Capítulo III se desarrollará este planteamiento, delimitando las reglas comunes a ambos modelos y las características particulares entre el control de identidad como instrumento para la verificación o descarte de una situación de flagrancia y el modelo de control de identidad que posee exclusivamente fines identificativos. Además se estudiarán las distintas garantías que posee el controlado de identidad. El último capítulo de esta investigación, analiza las consecuencias de la realización de un control de identidad ilegal.

**CAPÍTULO I**  
**DILIGENCIAS POLICIALES DE IDENTIFICACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO**

## Sección Primera

### Medidas de constatación de identidad en el Derecho alemán

#### I. Aspectos generales

En el Derecho alemán existe una regulación diferenciada de las medidas de constatación de identidad (*Identitätsfeststellung*): su procedencia distingue entre supuestos represivos (vinculados al desarrollo de un proceso penal o de un proceso administrativo sancionatorio<sup>1</sup>) y supuestos preventivos (orientados a la protección de la seguridad pública)<sup>2</sup>, diferenciando en el primer caso, la situación del sujeto sospechoso y la del no sospechoso. Esta regulación heterogénea se manifiesta tanto en los requisitos que autorizan su realización, como en las concretas medidas a realizar por la Policía durante el procedimiento de identificación.

#### 1. El deber de identificarse

En el Derecho alemán, el §111.1 OWiG sanciona como infracción la negativa a proporcionar al funcionario competente información relativa al nombre, apellido, lugar y fecha de nacimiento, estado civil, profesión, domicilio, dirección y nacionalidad, así como la falsedad en la entrega de tales datos. La identificación se realiza con documentos oficiales, cuando no exista indicio de su falta de autenticidad o falsificación. Excepcionalmente, pueden bastar otros documentos fiables o incluso la declaración de terceros confiables<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Las medidas de identificación de los §§163b y 163c de la Ordenanza procesal penal (StPO) son aplicables al derecho administrativo sancionatorio, en virtud de la remisión del §46.1 de la Ley de infracciones administrativas o contravenciones (OWiG). Vid. CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 189.

<sup>2</sup> Esta distinción es paralela al rol que se asigna a la Policía: por un lado, una función de prevención, orientada a materias de seguridad pública y orden público, regulada especialmente en las leyes de policía de los Länder; y por el otro, una función represiva de los delitos, cuya posición sistemática en la regulación alemana es la StPO, vid. al respecto, SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal*, con la colaboración de Jörg Knuper y Matthias Terbach, revisión de la trad. de Iñaki Esparza y Andrea Planchadell, 2da ed. reelaborada. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, pp. 35-36; BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales; introducción sobre la base de casos*, trad. de la 3ra ed. alemana por Conrado A. Finzi. Buenos Aires, Depalma, 1986, pp. 180-181.

<sup>3</sup> Vid. CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 189.

Debemos precisar que el §111.1 OWiG no sanciona el hecho de no portar documentos identificatorios, y en consecuencia, el fin de estas medidas no es comprobar si la persona porta o no tales documentos<sup>4</sup>.

Asimismo, el Tribunal Constitucional alemán (BVerfG), ha señalado que “no toda negativa a suministrar información se encuentra bajo la amenaza de la sanción prevista en el §111.1 OWiG. La sanción no puede ser impuesta sin tener en consideración la licitud del requerimiento de información”<sup>5</sup>.

## **2. Relevancia iusfundamental de las medidas de constatación de identidad**

Es necesario hacer referencia a la Ley Fundamental (GG) para determinar si las diligencias policiales de identificación, en el contexto del Derecho alemán, importan una afectación constitucionalmente relevante de derechos fundamentales.

### **2.1. Desde la perspectiva del derecho a la libertad personal**

#### **2.1.1. Regulación constitucional**

La Ley Fundamental consagra el derecho a la libertad personal en su Capítulo I “De los derechos fundamentales”, artículos 2, II y 104 GG, en los siguientes términos:

##### *Artículo 2*

“1. Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulnere los derechos de los demás, ni atente contra el orden constitucional o la moral.

2. Toda persona tendrá derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán verse afectados en virtud de una ley”<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Vid. CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 204.

<sup>5</sup> Sentencia del BVerfG de 7 de marzo de 1995, citada por CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 314.

<sup>6</sup> Citado por SCHWABE, Jürgen (compilador), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, trad. de Marcela Anzola Gil. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, p. 20.

#### *Artículo 104*

“1) La libertad de la persona sólo puede ser restringida con base en una ley formal y de acuerdo con las formas que ésta prescriba. Las personas detenidas no deben ser maltratadas ni física ni moralmente.

2) Sólo el juez puede decidir acerca de la admisibilidad y continuación de una privación de libertad. En todo caso de privación de libertad no fundada en una orden judicial ha de procurarse sin demora una decisión judicial. Por su propia autoridad, la policía no puede mantener a nadie bajo su custodia después de la conclusión del día posterior al de la detención. Los detalles serán regulados legalmente.

3) Toda persona detenida provisionalmente bajo la sospecha de haber cometido un acto delictivo ha de ser conducida ante el juez a más tardar el día posterior al de la detención, debiendo el juez comunicarle las causas de la detención, interrogarla y darle oportunidad para formular objeciones. El juez debe sin demora dictar una orden escrita y motivada de prisión, u ordenar la liberación del detenido.

4) De toda decisión judicial que ordene o prolongue una privación de la libertad ha de ser informado sin demora un familiar del detenido o a una persona de su confianza”<sup>7</sup>.

El derecho a la libre circulación y residencia, en todo el territorio federal, se consagra en el art. 11 GG, en el Capítulo I sobre derechos fundamentales.

La regulación del art. 104 GG, comprende no sólo privaciones de libertad vinculadas al enjuiciamiento de un presunto responsable en el contexto de un proceso penal, sino que reconoce en su párrafo 2º la existencia de privaciones de libertad no vinculadas a la realización de un proceso penal, y privaciones de libertad no ordenadas por la autoridad judicial<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Trad. de CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 152-153.

<sup>8</sup> En este aspecto, según CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 142-152, la regulación constitucional vigente constituye a la vez continuidad y ruptura con la tradición jurídica anterior. La heterogeneidad de la regulación de la detención policial, se explica tanto por el dato legislativo estatal y federal, como también por su anclaje en la tradición jurídica alemana, en cuanto a la aceptación de detenciones policiales autónomas y detenciones no cautelares, ambas admitidas expresamente en el art. 104.2 GG. En la tradición histórica alemana, la detención policial comprendía dos manifestaciones: la *Verhaftung*, detención cautelar destinada a asegurar el enjuiciamiento del presunto responsable de delito penal, y la *Verwahrung* o “custodia policial”, que era la permanencia de una persona en dependencias policiales con



Determinar el grado de relevancia constitucional de las diligencias policiales de identificación, importa un análisis del ámbito de protección de los artículos 2, II y 104 GG, y en especial, la distinción entre la restricción y la privación de libertad.

### 2.1.2. **Ámbito de protección del derecho a la libertad personal**

La doctrina alemana mayoritaria considera que lo protegido en los arts. 2, II y 104 GG es la *libertad corporal de movimiento*, entendida en un sentido amplio como el *derecho a trasladarse al lugar que se desee y a permanecer en el mismo*. Esa es la tesis defendida principalmente por DÜRIG, para quien la distinción entre “restricción” y “privación” de libertad, importa una relación de género a especie: la restricción comprende toda afectación a la libertad corporal de movimiento, a diferencia de la privación de libertad, que representa la injerencia más intensa, aquélla que impide el movimiento en cualquier dirección. Pero excluye el carácter de afectación de la libertad personal, en el caso de las órdenes de comparecencia<sup>9</sup>.

GRAVITZ y KUNIG, sin perjuicio de compartir la tesis anterior, restringen el ámbito de protección del art. 104 GG a restricciones físicas de la libertad de movimiento, en razón de que las figuras a que alude esa norma importan el uso de medios físicos (detención, prisión) excluyendo así, tanto las órdenes de comparecencia emitidas por

---

el objeto de salvaguardar la tranquilidad, moralidad, seguridad pública o de proteger al detenido. La segunda se entendía como prerrogativa estatal, a diferencia de la primera, regulada legalmente. Esta situación fue alterada en cuanto a la duración de la privación de libertad en la Constitución de Francfort de 1849, y modificada legalmente en cuanto a la duración y regulación genérica de los supuestos de la *Verwahrung*, en 1850, ambas reformas posteriores a la revolución liberal de marzo de 1848. Sin embargo, ello no significó una modificación de fondo a la remisión a los poderes generales de la policía como fundamento de estas medidas, incluso, la Constitución de 1919, que exigía una restricción o privación de libertad con base legal, fue interpretada de un modo compatible al reglamento, el derecho consuetudinario y la cláusula general de policía (vid. *infra*, nota 30). Esta tradición fue incapaz de establecer límite alguno a la acción de la policía durante el régimen nacionalsocialista. Es por esta razón que la Ley Fundamental de 1949 importa un rechazo a las prácticas de la Alemania Nazi, y una ruptura con la tradición jurídica anterior, al exigir una ley “formal” como fundamento de toda restricción de libertad, la prohibición del maltrato físico o moral, la reserva judicial de toda privación de libertad, la determinación de los plazos máximos de detención, y la obligación de comunicar la existencia de la detención a un familiar o a una persona de confianza del detenido, sin perjuicio de significar continuidad respecto del reconocimiento de las tradicionales competencias de la policía, en relación a la detención policial autónoma. Vid. también HEYDE, Wolfgang. “La Jurisdicción”, en BENDA, E. y otros. *Manual de Derecho Constitucional*, 2da ed. en castellano, trad. de Antonio López Pina. Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 797.

<sup>9</sup> Vid. al respecto, CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 155.

la autoridad, como la mera prohibición de acceder o de permanecer en lugares específicos<sup>10</sup>.

Una opinión distinta es la de MERTEN, quien desde la naturaleza jurídica que asigna a la libertad personal protegida en los arts. 2, II y 104 GG, como un derecho de defensa (*Abwehrrecht*) y no derecho de acción (*Handlungsrecht*), asegura que en dichos artículos la Ley Fundamental protege una situación específica: que el individuo se encuentre en libertad, pero no su libre desplazamiento. La libertad como derecho de acción se encuentra protegida para este autor, en el art. 2, I GG referido al libre desarrollo de la personalidad, y en el art. 11 GG, que protege la libertad de circulación y residencia. En consecuencia, la expresión “restricción” de libertad (más acorde con el “ejercicio” de una libertad) no tendría un especial significado a efectos de definir el ámbito de protección de este derecho. El art. 104 GG comprendería exclusivamente distintas medidas privativas de libertad, aludiendo con la expresión *restricción* a toda medida semejante a la detención, arresto y prisión, que importe una *injerencia* en este derecho<sup>11</sup>.

En opinión de CASAL HERNÁNDEZ, la tesis restringida de MERTEN es la correcta. Partiendo de lo que denomina *núcleo indiscutible* de las situaciones que los artículos 2, II y 104 GG dan protección (detención, prisión), asegura que dicho núcleo está compuesto por medidas que obligan a una persona a mantenerse en un lugar determinado, privándole de su estado de libertad física. Existirá afectación de la libertad personal en los términos de los artículos 2, II y 104 GG, cuando alguien es obligado a permanecer en un lugar determinado o conducido al mismo, aunque no exista una reclusión o internamiento. En consecuencia, lo protegido en esas normas es la **libertad de abandonar el lugar en que se encuentra**, y no se refiere a los casos de órdenes de comparecencia, ni a la prohibición de acceder o permanecer en lugares específicos. Esta interpretación sería para MERTEN, consistente con el proceso gestación de dichas normas constitucionales<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Vid. al respecto, CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 156-157.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 157-159.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 158-160.

La jurisprudencia del BVerfG no es concluyente. Señala CASAL HERNÁNDEZ que la mayoría de las resoluciones emanadas de este tribunal se refieren a figuras paradigmáticas de privación de libertad (detención, prisión, internamiento) y otras análogas (detención efectuada con motivo de extradición, internamiento de enfermos mentales, arresto disciplinario de soldados, detención realizada para constatar la identidad [sentencia de 27 de enero de 1992]). Sin embargo, otras veces comparte la tesis amplia de DÜRIG, en que el derecho a la libertad personal se ve conculcado tanto por aquellas medidas que impiden la libertad corporal de movimiento en todas sus direcciones, como aquellas que impiden a una persona trasladarse a un lugar determinado, o permanecer en el mismo<sup>13</sup>. Tampoco es concluyente dicha jurisprudencia respecto a la necesidad del uso de la fuerza física (*unmittelbarer Zwang*) para constatar una injerencia en el derecho a la libertad personal protegido en el art. 104 GG<sup>14</sup>.

La doctrina alemana entiende que toda limitación a la libertad de movimiento se realiza en contra de la voluntad del afectado o sin contar con ella. Pero en la ejecución de una medida impuesta por el poder público, el carácter voluntario no es lo mismo que su aceptación o falta de oposición, pues al fundarse ella en una orden de autoridad, la falta de resistencia por parte del afectado no priva a la medida de su carácter imperativo y de injerencia en la libertad personal<sup>15</sup>. Para ROXIN, determinar si la afectación procesal de derechos fundamentales es susceptible de justificar por el consentimiento del afectado, depende de si “la disposición en cuya lesión se consiente sirve sólo al interés del afectado, o también a los intereses de la comunidad o un tercero”<sup>16</sup>. Desde el punto de vista jurídicopenal, el consentimiento del portador del bien jurídico, en general, no excluye la realización del correspondiente tipo penal en los delitos cometidos por funcionarios públicos relativos al desarrollo del proceso penal, pues se protege “no sólo a los perseguidos, sino asimismo la conformidad del proceso

---

<sup>13</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 161-163.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 164-166.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 166-167.

<sup>16</sup> ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, trad. de la 25ª ed. alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 251.

penal al Estado de Derecho, que también resulta dañada cuando la víctima consiente tal forma de proceder<sup>17</sup>.

### 2.1.3. La distinción entre restricción y privación de libertad

En el Derecho alemán, sólo en el caso de una privación de libertad rige el principio de reserva judicial, a diferencia de la reserva legal que es común a toda restricción y privación de libertad.

La opinión mayoritaria distingue entre restricción y privación según la intensidad de afectación. En términos de CASAL HERNÁNDEZ: “Todas las injerencias estatales en la libertad de la persona representan una restricción de libertad (*Freiheitsbeschränkung*). La privación de la libertad (*Freiheitsentziehung*) es la forma más intensa de restricción de libertad<sup>18</sup>. Este criterio es compartido por la jurisprudencia del BVerfG<sup>19</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (BGH) y del Tribunal Contencioso-administrativo Federal (BVerwG), ha considerado que las medidas que importan *reclusión o internamiento* representan siempre una privación de libertad, así como también la llamada *custodia policial (Gewahrsam)*<sup>20</sup> en lugar abierto o en un vehículo, pues su fin principal es detener a un sujeto. Por el contrario, si la injerencia en la libertad personal es consecuencia de medidas coactivas de corta duración cuyo fin principal sea garantizar el cumplimiento de alguna obligación legal, y no la reclusión o detención, se califica como mera *restricción*. Así, p.ej. la conducción y permanencia coactiva de un supuesto portador de una enfermedad venérea ante un servicio público de salud para la práctica de un examen médico, queda excluidas del concepto de privación de libertad, aún cuando el resultado material de la medida sea totalmente análogo a la reclusión, en cuanto real menoscabo de la libertad personal<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*, tomo I, trad. de la 2da ed. alemana por Diego Luzón, M. Díaz y J. de Vicente. Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 529.

<sup>18</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 163.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>20</sup> Vid. *infra*, nota 82.

<sup>21</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 168-171, 176.

DÜRIG, en paralelo a su definición en el contexto del ámbito de protección de este derecho, ha sostenido que lo relevante para determinar si existe privación de libertad es su resultado, es decir, el real menoscabo de la libertad personal<sup>22</sup>. Ello ocurre “cuando el poder público mantiene a alguien, contra su voluntad o sin contar con ella en un lugar determinado estrechamente delimitado”<sup>23</sup>, no siendo relevantes los medios empleados ni el fin perseguido. La crítica a esta tesis es su inconsecuencia, pues, si lo relevante es el resultado de la intervención, lo cual es inobjetable, como pérdida de la libertad de movimiento en todas sus direcciones, es irrelevante la exigencia de un lugar estrechamente delimitado<sup>24</sup>.

Otros autores han sostenido diversos criterios para distinguir entre privación y restricción. Se ha señalado que la reclusión del afectado (MAAß), el tiempo de duración de la medida no mayor a 2 o 3 horas (REIFF), además de los medios empleados y la extensión del lugar en que el afectado puede moverse (HANTEL), serían relevantes para la distinción<sup>25</sup>.

Según CASAL HERNÁNDEZ, la tesis interpretativa correcta es la doctrina que vincula su respuesta a la regulación vigente en Alemania en el derecho de policía y el derecho procesal penal (entre otros, ACHENBACH, RIEß, KUNIG): “El hecho de parar (*Anhalten*) a un viandante por el tiempo imprescindible para formularle alguna pregunta o para ordenarle que suministre datos identificatorios y examinar la documentación que a estos efectos exhiba, sólo supone una restricción de libertad. Lo que vaya más allá de esto entraña, en principio, una retención o detención (*Festhalten*), la cual es considerada una privación de libertad. Para que ésta exista no es necesario que el afectado sea conducido a una dependencia policial, por cuanto puede producirse en el lugar donde haya sido abordado por la policía, o en un vehículo”<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Vid. respecto a la detención provisional y la efectiva privación de la libertad de movimiento, ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., p. 280.

<sup>23</sup> DÜRIG, G. y MAUNZ, T. *Kommentar zum Grundgesetz*. München, Beck, 1993, art. 104, p. 7, citado por CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 174.

<sup>24</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 174.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 175.

Esta tesis, cuyo origen se encuentra en el Proyecto Modelo de una Ley Uniforme de Policía de la Federación y de los Estados de 1977, es coherente con la regulación de las leyes de policía y la StPO. En palabras de CASAL HERNÁNDEZ:

“La conducción de un individuo ante la autoridad y su mantenimiento en la dependencia correspondiente representa una privación de libertad (...) Existe igualmente una privación de libertad, aunque no se produzca el traslado del afectado a una dependencia oficial, cuando la policía obliga a una persona a permanecer por cierto tiempo en un lugar determinado, abierto o cerrado, o en un vehículo. En estos últimos supuestos, habría que valorar las circunstancias de cada caso concreto para determinar cuándo una restricción de libertad deviene en privación de la misma.

Sería, en cambio, una simple restricción de la libertad el mantenimiento de un viandante en el lugar donde se encuentre durante el tiempo imprescindible para formularle alguna pregunta, o para exigirle que se identifique y examinar la documentación correspondiente”<sup>27</sup>.

Esta tesis interpretativa ha sido recogida en la legislación a partir de la influencia del Proyecto Modelo de 1977, que tanto en la exposición de motivos, como en su articulado, consideró la conducción coactiva ante autoridad policial, como privación de libertad, y por lo tanto, subordinada a la pronta intervención de la autoridad judicial. La Ley para la modificación de la StPO (StPÄG) de 1978, que incorporó los artículos §§163b y 163c, ha recogido esta idea, al considerar privación de libertad la conducción coactiva realizada por un agente policial dirigida a verificar la identidad de una persona, sea o no sospechosa, y en consecuencia, está subordinada a una decisión judicial<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 176-177.

<sup>28</sup> La reforma a la StPO de 1974, que, con un criterio distinto, consideró como mera restricción la conducción coactiva de una persona ante un fiscal y su permanencia hasta su interrogatorio (§161a), no fue relevante como orientación significativa de reformas posteriores al Proyecto Modelo de 1977, sin perjuicio de la existencia de algunas normas en la StPO que responden a esa concepción (§§81a, 81b, 81c, 164). La reforma de 1994 a la Ley de Protección de las Fronteras Federales, siguiendo la tendencia del Proyecto Modelo, considera todo traslado policial coactivo a las dependencias policiales como privaciones de libertad, cualquiera sea su fin, y por tanto, se impone a la policía la obligación de procurar sin demora una decisión judicial, vid. ibídem, pp. 171-174.

#### 2.1.4. Reserva legal de toda restricción y privación de libertad

Según los arts. 2, II y 104, I GG, toda restricción de la libertad debe fundarse en una ley formal y realizarse de acuerdo con las formas que ésta prescriba. Tal remisión a ley *formal* ha sido interpretada por el BVerfG como una “exigencia constitucional de alto grado de precisión en la ley que afecte este derecho”, excluyendo la aplicación de la analogía y la remisión al reglamento o al derecho consuetudinario<sup>29</sup>. Asimismo, toda restricción de libertad debe realizarse de acuerdo con las formas prescritas por ley, esto es, observando las garantías procedimentales que deben acompañar a la restricción del derecho a la libertad<sup>30</sup>.

Se ha discutido en Alemania la admisibilidad constitucional de la “cláusula general de policía” (*polizeiliche Generalklausel*) como fundamento legal de las medidas policiales privativas o restrictivas de libertad. Dicha cláusula emana de disposiciones legales pre-constitucionales que establecían genéricamente el cometido y las atribuciones de la policía. Actualmente, la legislación de policía determina las medidas policiales que pueden afectar el derecho a la libertad personal, y en consecuencia, no resulta admisible la invocación a dicha cláusula<sup>31</sup>.

#### 2.1.5. Reserva judicial de toda privación de libertad

Según el art. 104, II GG, sólo el juez puede decidir acerca de la admisibilidad y continuación de una privación de libertad. Por otro lado, la misma norma alude tanto a la “custodia policial” como a otras privaciones de libertad no fundadas en una orden judicial.

---

<sup>29</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 177.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 179. Vid. también HEYDE, op. cit., p. 797.

<sup>31</sup> La noción de “policía” desde el Absolutismo Ilustrado y la configuración del Estado de Policía (*Polizeistaat*), otorga como fundamento de las potestades públicas, no la ley, sino el fin mismo del Estado: el bien de los súbditos y el mantenimiento de la seguridad pública. La “cláusula general de policía”, concepto jurisprudencial y doctrinario, tiene su origen en el artículo 10, II, 17 del Código General de Prusia de 1794, al señalar que “la misión de la policía es la toma de las providencias necesarias para mantener la tranquilidad, seguridad y orden públicos o para evitar los peligros que amenacen de modo inminente a la comunidad o a alguno de sus miembros”. Dicha cláusula sólo en algunos estados se regulaba legalmente, en otros su vigencia se vinculaba al derecho consuetudinario. Vid. al respecto CASAL HERNÁNDEZ, pp. 142-144, 178-179.

El artículo 104, II GG consagra una competencia primaria, un monopolio judicial en relación a las decisiones que importen una privación de libertad. En consecuencia, sólo excepcionalmente y en casos urgentes, la administración podrá adoptar medidas que provisionalmente priven de este derecho. Asimismo, se exige que en estos casos excepcionales, la autoridad deba procurar sin demora, una decisión judicial<sup>32</sup>.

#### **2.1.6. Legitimidad constitucional y respeto al principio de proporcionalidad de toda restricción y privación de libertad**

La injerencia en el derecho a la libertad personal sólo está justificada en la protección de bienes constitucionalmente reconocidos. Corresponde al legislador la determinación de qué intereses colectivos pueden fundamentar una restricción o privación de libertad, dentro del límite de lo constitucionalmente aceptable. Desde ya, la persecución de los delitos, para el BVerfG, puede justificar una injerencia constitucionalmente admisible en el derecho a la libertad personal, sin perjuicio que el propio texto constitucional en su artículo 104, II GG aluda a otras injerencias en este derecho no vinculadas a la realización de un proceso penal (como la expresa referencia a la “custodia policial”), que en términos del BVerfG pueden ser efectuadas en razón de la tranquilidad, la seguridad y el orden públicos<sup>33</sup>.

Asimismo, toda restricción y privación de libertad debe observar el principio de proporcionalidad. En consecuencia, la medida debe ser *idónea* para el logro del fin legítimo perseguido, así como *necesaria*, lo que importa ausencia de otras alternativas menos gravosas. En último lugar, la medida debe ser *proporcional en sentido estricto*, es decir, debe haber una relación razonable entre el sacrificio y el interés que se intenta salvaguardar, de modo tal que la libertad no sea limitada más allá de lo razonable<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 181-184. Vid. también HEYDE, op. cit., p. 797.

<sup>33</sup> Vid. CASAL HERNÁNDEZ, pp. 179-181.

<sup>34</sup> El BVerfG ha señalado que la garantía del respeto al contenido esencial de los derechos consagrada en el art. 19, II GG, en relación al derecho a la libertad personal, se traduce en la prohibición de afectación más allá de lo aceptable en virtud del principio de proporcionalidad, vid. CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 180.



## 2.2. Desde la perspectiva del derecho a la autodeterminación informativa

El BVerfG afirmó en su sentencia de 15 de diciembre de 1983, sobre la Ley de censo de la población, que el moderno procesamiento de datos no es irrelevante para la Ley Fundamental. El derecho general a la personalidad contemplado en el art. 2, I GG en concordancia con el art. 1, I GG, comprende también “la capacidad de los individuos, que se deriva del concepto de autodeterminación, principalmente el derecho de decidir por sí mismos, cuándo y dentro de qué límites son públicos los asuntos de la vida personal”<sup>35</sup>. Advierte el BVerfG que “esa capacidad, debido a las condiciones actuales y futuras del procesamiento automático de datos, requiere en especial medida de una protección”. El peligro se encuentra en que a diferencia de otras épocas, gracias al procesamiento automático de datos “se puede consultar información individual sobre las relaciones personales y materiales de una persona determinada o determinable (...) que ha sido archivada en forma ilimitada desde el punto de vista técnico y que se puede revisar en segundos sin tener en cuenta las distancias. Además, pueden integrar, especialmente en el caso de la estructuración de sistemas de información integrados con otras bases de datos, en forma parcial o amplia, la imagen completa de la personalidad, sin que el implicado pueda controlar suficientemente su exactitud y empleo”<sup>36</sup>.

Agrega el BVerfG que “la autodeterminación individual presupone –aun bajo las condiciones de la moderna tecnología para el procesamiento de la información– que a los individuos se les dé la libertad para decidir sobre actividades que se están llevando a cabo o que se han concluido, incluyendo la posibilidad de comportarse efectivamente de conformidad con esa decisión [...] Quien no está seguro si los comportamientos que estén por fuera de lo común son anotados a todo momento y archivados como información, o empleados o retransmitidos, intentará no caer en ese tipo de comportamientos. Quien crea que, por ejemplo, la participación en una asamblea o una iniciativa ciudadana será registrada por las autoridades y que por esto de le pueda

---

<sup>35</sup> Sentencia del BVerfG de 15 de diciembre de 1983, citada por SCHWABE, op.cit., p. 38.

<sup>36</sup> Ídem.

generar algún riesgo, posiblemente renunciará al ejercicio de su derecho fundamental<sup>37</sup>.

En conclusión, para el BVerfG “el libre desarrollo de la personalidad presupone en las modernas condiciones para el procesamiento de datos, la protección de los individuos frente a la ilimitada recolección, archivo, empleo y retransmisión de sus datos personales. Esa protección se contempla en los derechos fundamentales previstos en el art. 2 num. 1, en concordancia con el art. 1 inc. 1 GG. El derecho fundamental garantiza de esa manera la capacidad del individuo principalmente para determinar la transmisión y empleo de sus datos personales”<sup>38</sup>.

La misma sentencia estableció que el derecho a la autodeterminación informativa no es absoluto, no es garantizado ilimitadamente, pues el individuo “es más que todo una personalidad, obligada a la comunicación, y que se desarrolla al interior de una comunidad social (...) el individuo ha tenido que admitir principalmente las restricciones a su derecho a la autodeterminación de la información por la prevalencia del interés general”. Esas restricciones del derecho a la autodeterminación informativa fundadas en la prevalencia del interés general, requieren “de un fundamento legal (constitucional) con base en el cual los presupuestos y la extensión de las restricciones se den con claridad y sean reconocibles para los ciudadanos, y que además cumplan con el mandato del Estado de Derecho de la claridad normativa [...] Para su reglamentación el legislador tiene además que tener en cuenta el principio de proporcionalidad. Ese principio, dotado de rango constitucional, es consecuencia de la esencia de los derechos mismos, que como expresión del derecho general del ciudadano a la libertad frente al Estado, sólo pueden ser restringidos por el poder público en la medida que sea indispensable para la protección del interés público”<sup>39</sup>.

En relación a los datos personales, recolectados de forma individual, no anónima, el BVerfG precisó que “hasta donde obligan el derecho a la autodeterminación de la información y el principio de proporcionalidad relacionado con

---

<sup>37</sup> Sentencia del BVerfG de 15 de diciembre de 1983, citada por SCHWABE, op.cit., pp. 38-39.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>39</sup> *Ídem*.

éste, [...] depende de la clase, extensión y posible utilización de los datos recolectados, así como del peligro de su abuso [...] La prevalencia del interés general existe básicamente sólo para los datos con un contenido social, con exclusión de las inexigibles informaciones íntimas y de autoincriminación [...] La obligación de entregar datos personales presupone que el legislador haya determinado en forma precisa y específica su finalidad y que las informaciones son necesarias y adecuadas para el logro de dicha finalidad”<sup>40</sup>.

La sentencia sobre el censo ha generado en Alemania una mayor discusión y preocupación legislativa por la protección de datos, con la consecuencia de situar su recolección y difusión en ámbitos policiales y de seguridad, sobre fundamentos jurídicos más rigurosos<sup>41</sup>.

Posteriormente, en la sentencia de 7 de marzo de 1995, el BVerfG señaló que el requerimiento de identificación realizado por la policía importa una injerencia en el derecho a la autodeterminación informativa, y por tanto, se exige al legislador que dicha afectación sea por medio de una ley, que deba “servir a la protección de

---

<sup>40</sup> Sentencia del BVerfG de 15 de diciembre de 1983, citada por SCHWABE, op.cit., p. 40.

<sup>41</sup> BENDA, E. “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en BENDA y otros. *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed. en castellano, trad. de Antonio López Pina. Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 133. En relación al derecho a la autodeterminación informativa y la investigación de los delitos a través de métodos informáticos, después de la Ley para la lucha contra el tráfico de estupefacientes y otras manifestaciones (OrgKG) de 1992, se incorporó a la StPO nuevas hipótesis de injerencia policial en este derecho: en los §§98a y 98b, la *búsqueda selectiva por ordenador* y compulsas de datos según determinados criterios criminalísticos (aplicable en caso de sospecha, y caracterizada por restringirse a ciertos delitos de especial gravedad, vinculados a la criminalidad organizada y delitos contra la seguridad del Estado, su carácter subsidiario, pues sólo procede en caso de que la investigación fuera menos exitosa o sumamente dificultosa, y por exigir orden judicial tanto para la comparación y comunicación de datos, así como el uso de medios de coerción en caso de que los servicios públicos y no públicos infrinjan su deber de transmisión, aunque la fiscalía es competente en caso de peligro en la demora) y en el §98c mediante la *comparación de datos*, que, a diferencia de la anterior, no hay búsqueda selectiva, ni reúne las características mencionadas, permite la comparación informática de datos personales ya obtenidos en un proceso penal, con otros datos igualmente ya almacenados por los servicios públicos en razón de un proceso penal, la ejecución penal o la defensa ante un peligro. Sin embargo, la OrgKG no ha resuelto todos los problemas de regulación de todos los métodos de investigación que exigen su reconocimiento legal, por ejemplo, el procesamiento de datos personales en registros y la utilización de datos obtenidos preventivamente con fines represivos. El reconocimiento por el BVerfG del derecho a la autodeterminación informativa, ha promovido la reglamentación exhaustiva por ley de todas las medidas que importan una injerencia en este derecho. Vid. ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., pp. 59-60, 69; SCHLÜCHTER, op. cit., pp. 68-89.

intereses generales preponderantes” y “determine con suficiente claridad las condiciones y el alcance de la restricción y que respete el principio de proporcionalidad”<sup>42</sup>. La identificación de un sujeto por parte de funcionarios policiales debe cumplir con las finalidades establecidas por ley, y sujetarse a sus condiciones legales<sup>43</sup>.

Esta sentencia resolvió un caso en que un sujeto había rehusado cumplir el requerimiento de identificación, realizado por el funcionario policial al estimar que el sujeto tenía el carácter de sospechoso. La sentencia revocó las decisiones judiciales que confirmaron la imposición de la multa por la infracción al §111 OWiG, pues ellas no examinaron si la sospecha, y en consecuencia, el requerimiento, se encontraba objetivamente fundado. Según el BVerfG, una expresión del principio de proporcionalidad es que no toda negativa al requerimiento de identificación es susceptible de ser sancionada por el §111 OWiG, pues se debe considerar también la licitud del requerimiento<sup>44</sup>.

En consecuencia, las diligencias policiales de identificación, por importar una injerencia en los derechos fundamentales, requieren siempre de fundamento legal específico. La denominada “teoría del umbral” en Alemania, que defiende la idea de que la realización de intervenciones por debajo de cierta intensidad, en especial las que carecen de carácter coactivo, están amparadas genéricamente por el §163 StPO<sup>45</sup> (que establece el derecho y obligación de la policía de la primera intervención), no rige para las injerencias en derechos fundamentales<sup>46</sup>. Además, las medidas policiales de constatación de identidad, en razón de su injerencia en los derechos fundamentales, constituyen “medidas coercitivas” dentro del proceso penal<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> Sentencia de 7 de Marzo de 1995, citada por CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 314.

<sup>43</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 190, 314.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 314-315.

<sup>45</sup> “§163.1 StPO [Deberes de la policía] Las autoridades y funcionarios de la Policía deberán investigar los hechos punibles, y tomar todas las ordenaciones que no permitieren aplazamiento, con el fin de prevenir el ocultamiento de la causa” (trad. de GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *El proceso penal alemán: introducción y normas básicas*, 1ª edición. Barcelona, Bosh Casa Editorial, 1985, p. 339).

<sup>46</sup> SCHLÜCHTER, op. cit., pp. 36, 64 nota 380. ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., p. 58.

<sup>47</sup> Sobre las medidas coercitivas, vid. GÓMEZ COLOMER, op. cit., pp. 99 y ss; ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., pp. 249 y ss. SCHLÜCHTER, op. cit., pp. 64 y ss. advierte la vigencia de los principios de legalidad, proporcionalidad y de reserva judicial para las medidas coercitivas. En principio, sólo el juez es

## II. La constatación de la identidad de carácter represivo

### 1. Aspectos generales

Las medidas de constatación de identidad de tipo represivo fueron introducidas por la StPÄG de 14 de abril de 1978, dentro del contexto general de modificaciones legales orientadas a combatir la criminalidad terrorista<sup>48</sup>.

“§ 163 b [Constatación de la Identidad]

(1) Si alguien fuera sospechoso de un hecho punible, podrá tomar la Fiscalía y los funcionarios de Policía las medidas necesarias para la constatación de su identidad; regirá análogamente el § 163a, ap. (4), frase 1ª. El sospechoso podrá ser detenido cuando su identidad no pudiera ser constatada de ninguna forma, o sólo con graves dificultades. Bajo los presupuestos de la frase 2ª, serán admisibles también el registro de la persona del sospechoso, y de las cosas que llevara consigo, así como la realización de medidas del Servicio de Identificación.

(2) Siempre y cuando fuera necesario para el esclarecimiento de un hecho punible, podrá constatarse también la identidad de una persona que no fuera sospechosa

---

competente para ordenar la realización de estas medidas (a solicitud de la Fiscalía, examinando sólo la legitimidad de la solicitud y no su conveniencia, pues de oficio el juez sólo puede realizar actos de investigación en caso de urgencia, *ibídem*, p. 37; GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*, p. 74). En subsidio, determinadas medidas coercitivas pueden ser ordenadas por la Fiscalía y por sus funcionarios auxiliares, en principio, sólo en caso de peligro en la demora. Excepcionalmente, existen ciertas medidas que pueden ser ordenadas por los miembros de la policía en general. Finalmente, toda persona es competente para efectuar la detención provisional en caso de flagrancia. Vid. SCHLÜCHTER, *op. cit.*, pp. 65-66; ROXIN, *Derecho procesal...* *op. cit.*, pp. 74-75, 250-251.

<sup>48</sup> CASAL HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 188. La StPÄG de 1978, denominada por la opinión pública de la época como “ley de redadas”, en razón de su carácter policial-preventivo, es el fruto de la reacción legislativa en la República Federal de Alemania a la actividad terrorista desplegada por la Fracción del Ejército Rojo (*Rote Armee Fraktion*, RAF) durante la década de 1970. Se caracteriza por permitir injerencias en los derechos fundamentales, incluso de sujetos no sospechosos de la comisión de un delito, en aras de una pretendida mayor eficiencia en la persecución de delitos terroristas. La reforma modificó el §103 StPO (autorizándose el registro domiciliario de un complejo de viviendas sin que sea necesario una orden judicial de registro para todos y cada uno de los domicilios, para lograr el arresto del sospechoso de cometer delito terrorista), el §111 StPO (respecto al establecimiento de puestos de control callejeros de la policía, donde toda persona puede ser sometida a un control de identidad, al registro de su persona y los bienes que detente, con el objeto de capturar a los autores de un delito terrorista o robo con armas de fuego, y recabar medios de prueba vinculados a él) y el §163b relativo al control de identidad de sujetos sospechosos y no sospechosos. Vid. CANO PAÑOS, Miguel Ángel. “Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania. Análisis de la legislación penal y procesal en las décadas de 1970-1980”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2008, núm. 10-14, p.14:1-14:31, en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-14.pdf>

de un hecho punible; regirá análogamente el § 69, ap. (1), frase 2ª. No podrán tomarse las medidas de la clase mencionada en el ap. (1), frase 2ª, cuando fueran desproporcionadas respecto a la importancia del asunto; las medidas de la clase mencionada en el ap. (1), frase 3ª, no podrán ser tomadas contra la voluntad de la persona interesada.

§ 163 c [Privación de la libertad para constatación de la identidad]

(1) Una persona afectada por una de las medidas a que se refiere el §163b, no podrá ser detenida en ningún caso más tiempo que el imprescindible para la constatación de su identidad. La persona detenida será conducida coactivamente de inmediato a presencia del Juez del Amtsgericht en cuyo partido judicial hubiera sido capturada, con el fin de que se resuelva sobre la admisibilidad y duración de la privación de libertad, salvo que la provocación de la resolución judicial presumiblemente reclamara un tiempo más largo del que sería necesario para la constatación de su identidad.

(2) La persona detenida tendrá derecho a que sea informado inmediatamente un familiar o persona de su confianza. Se le dará oportunidad de comunicarse con un familiar o persona de su confianza, salvo que fuera sospechosa del hecho punible, y la finalidad de la investigación se pusiere en peligro por la comunicación.

(3) Una privación de libertad con fines de constatación de la identidad, no podrá exceder en total de la duración de 12 horas.

(4) Si hubiera sido constatada la identidad, se destruirán los materiales, en los casos del §163b ap. (2), que se hubieran producido en relación con la constatación<sup>49</sup>.

Explícita es en la regulación alemana la distinción entre sujeto sospechoso y no sospechoso, tanto respecto de los supuestos que autorizan su realización, como de las distintas medidas policiales a ejercer durante tales procedimientos, en razón de una clara aplicación del principio de proporcionalidad.

## **2. Identificación de sujetos sospechosos (§163b, I StPO)**

---

<sup>49</sup> Trad. de GÓMEZ COLOMER, op. cit., p. 340.

## 2.1. Supuesto de hecho. Relación con el presupuesto fáctico de la detención provisional (*Vorläufige Festnahme*) del §127 StPO

Conforme a lo dispuesto en el §163b StPO, la Fiscalía y los agentes policiales podrán tomar las medidas necesarias para la constatación de la identidad, entre ellas la privación de libertad, cuando un sujeto tenga la calidad de **sospechoso de un hecho punible**. Se requiere la existencia de hechos concretos que permitan fundamentar “la creencia de que el afectado es el autor de un acto delictivo determinado. Debe tratarse como mínimo, de una sospecha que, de acuerdo con el §152, II StPO, sea suficiente para la apertura de una investigación penal”<sup>50</sup>.

La incorporación de estos preceptos a la StPO, significó un aumento en las atribuciones de la policía en relación a la injerencia estatal en el derecho a la libertad personal. Previo a la StPÄG de 1978, la detención provisional era realizable en dos hipótesis:

- a) En caso de flagrancia, si resultaba necesario para constatar la identidad del presunto autor de un hecho punible o si existía la sospecha de que se sustraería a la acción de la justicia penal (detención en caso de flagrancia para asegurar la identificación y para asegurar la presencia);
- b) En caso de que se dieran las condiciones de una orden de prisión o internamiento y hubiera peligro en el retardo (detención para asegurar la prisión preventiva)<sup>51</sup>.

La reforma legal al StPO modificó esta regulación. Existen hoy tres supuestos de detención provisional en el §127 StPO<sup>52 53</sup>:

---

<sup>50</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 190.

<sup>51</sup> Ibídem, p. 188, nota 179.

<sup>52</sup> GÓMEZ COLOMER, op. cit. pp. 104-105; ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., p. 278.

<sup>53</sup> “§127 [Detención provisional]

(1) Si alguien fuera sorprendido in fraganti o perseguido, estarán todos autorizados, cuando fuere sospechoso de fuga o no pudiere constatarse de inmediato su identidad, a detenerlo provisionalmente, también sin ordenación judicial. La constatación de la identidad de una persona por la Fiscalía o por los funcionarios del servicio de Policía, se realizará conforme a lo dispuesto en el §163b, ap. (1).

(2) La Fiscalía y los funcionarios del servicio de Policía estarán autorizados también, en caso de peligro por el retraso, a detener provisionalmente, si se dieran los presupuestos de la orden de prisión o de la orden de internamiento.

i) Detención flagrante para asegurar la presencia y la identificación, §127, I, 1<sup>54</sup>;

---

(3) Si el hecho punible sólo fuera perseguible en base a solicitud de parte, será admisible entonces también la detención provisional, si la solicitud todavía no se hubiera efectuado. Lo mismo regirá cuando el hecho punible fuere perseguible sólo con autorización o con exigencia penal” (trad. de GÓMEZ COLOMER, op. cit., p. 318).

No es posible detener en los casos de actos preparatorios no punibles, sin perjuicio de que la legislación estatal autorice privaciones de libertad por razones preventivo-policiales (vid. *infra*). La detención sólo permite asegurar la persona del detenido, no comprende la facultad de registro, a menos que ello se efectúe con la finalidad de obtener los datos personales del detenido, vid. *ibídem*, p. 105; ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., pp. 279-281, sin perjuicio de que según las leyes de policía, se permita un registro defensivo en búsqueda de armas para proteger la vida e integridad física del agente u otras personas, vid. CASAL HERNÁNDEZ, op. cit. p. 193. La persona detenida por un particular debe ser posteriormente conducida a un una comisaría, y allí podrá ser interrogada, siendo liberada si de ello resulta su inocencia. En caso contrario, deberá ser conducida inmediatamente, a más tardar el día posterior a la detención, ante el juez competente (§128, I StPO, art. 104, III GG, se discute si en este plazo es posible realizar otras diligencias). El juez, interrogará al detenido (§128, I, 2 StPO), y podrá ordenar su puesta en libertad, si considera injusta la detención o sus motivos han cesado, o en caso contrario, dictará orden de prisión (§128, II StPO, art. 104, III GG), vid. GÓMEZ COLOMER, op. cit., pp. 105-106; ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., p. 283.

<sup>54</sup> En relación a la detención en flagrancia, debemos señalar lo siguiente:

a) Respecto al sorprendimiento in fraganti, un delito es flagrante mientras se encuentra en el grado de tentativa punible, pero sigue siéndolo si ya consumado, se encuentra al autor aún en el lugar del hecho, o cuando lo abandona, se le persigue inmediatamente después de la observación del hecho (la persecución puede durar horas).

b) Las finalidades de la detención provisional en caso de flagrancia son únicamente dos: i) si no pudiere constatarse la identidad de inmediato, la finalidad es “asegurar la identificación”; ii) si existe peligro de fuga, la finalidad es “asegurar la presencia”.

c) La detención en flagrancia para asegurar la presencia corresponde a los particulares, a la Fiscalía y los agentes policiales. En cambio, la realización de una detención in fraganti para asegurar la identificación sólo corresponde a los particulares, pues la Fiscalía y los agentes policiales deben seguir el procedimiento regulado en los §§163b y 163c.

d) Respecto a la detención in fraganti por particulares para asegurar la identificación, se autoriza si el sorprendido no porta documento identificatorio o existe negativa a mostrarlo (no procede si quien detiene conoce personalmente al autor y su domicilio). Se autoriza el uso de medio menos lesivos que la detención, en razón del principio de proporcionalidad, p. ej., la incautación del documento de identificación.

e) Respecto a la detención para asegurar la presencia, la doctrina dominante sostiene que la sospecha de fuga, concurre cuando para quien realiza la detención, en razón de su limitada y momentánea capacidad de enjuiciamiento de la situación, es verosímil la fuga, lo que acontece generalmente en los delitos graves o clandestinos, a diferencia del “peligro de fuga” de la prisión preventiva, §112 StPO, que es determinado objetivamente, según las circunstancias del caso concreto. En contra, se sostiene la interpretación de la sospecha de fuga en el sentido del §112 StPO, pues al particular no le puede estar más permitido que a la Policía.

f) La detención por particulares constituye un supuesto de actuación *pro magistratu* (actuación del particular en lugar de la autoridad en principio competente, cuando ésta no puede ser localizada a tiempo y no está en condiciones de intervenir). Se discute si la detención por particulares exige que el detenido sea realmente el autor del hecho, o si basta la concurrencia de sospecha fundada del hecho y la apreciación no imprudente del particular de que el autor es el sujeto hallado en el lugar del hecho. La opinión dominante en doctrina procesal, es que el particular que detiene no está sometido al riesgo de un error inculpable, pues la detención no sirve al interés privado, sino que al interés público en una



- ii) Detención por la Fiscalía o por la Policía, para asegurar la identificación, §§127, I, 2, sólo admisible según los §§163b y 163c;
- iii) Detención por la Fiscalía y la Policía, para asegurar la prisión preventiva §127, II<sup>55</sup>

La StPÄG de 1978, incorporó los §§163b y 163c, que regula la constatación de identidad de sujetos sospechosos y no sospechosos de un hecho punible. La detención por la Fiscalía y la Policía, para asegurar la identificación, debe regirse por el procedimiento general de identificación de los §§163b y 163c.

El alcance expansivo de las atribuciones de la Fiscalía y la Policía es manifiesto. La regulación permite la aplicación del procedimiento de identificación de los §§163b y 163c, no sólo al sospechoso de un hecho punible sorprendido in fraganti, contemplado en el §127, I StPO, sino que además, a *todo sospechoso*, incluso en caso de no concurrir los presupuestos de la orden de prisión del §127, II, “lo cual puede deberse, por ejemplo, a que el hecho punible no sea suficientemente grave o la sospecha lo bastante sólida como para justificar la prisión provisional”<sup>56</sup>.

## 2.2. Medidas policiales de constatación de la identidad del sujeto sospechoso

- a) **Cláusula general del §163b, I StPO:** “La Fiscalía y los funcionarios de Policía podrán adoptar las medidas necesarias para la constatación de la identidad del sujeto sospechoso”.

---

persecución penal eficiente, y además, los actos de inicio del proceso son siempre basados en sospecha. Por tanto, ante la sospecha fundada del hecho, es posible detener si el particular, empleando toda la diligencia objetivamente requerida, supone que la persona encontrada es el autor del delito. Vid. ROXIN, *Derecho penal...* op. cit., pp. 746-749; del mismo, *Derecho procesal...* op. cit., pp. 278-279; en contra, JESCHECK, Hans.Heinrich, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, trad. de la 4ª ed. por José Manzanares Samaniego. Granada, Comares, 1993, pp. 358-359.

<sup>55</sup> La detención para asegurar la prisión preventiva, la realiza la Fiscalía y los funcionarios policiales, si concurren los requisitos de una orden de prisión: sospecha vehemente del hecho y un motivo de prisión (fuga o peligro de fuga, peligro de entorpecimiento, peligro de reiteración [según el BVerfG la sola gravedad del delito no es suficiente] §§112 y 113 StPO) y peligro inminente en la demora (si el retardo en la obtención de la orden pone en peligro el fin de la investigación). ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., pp. 259-263, 279; SCHLÜCHTER, op. cit., p. 72.

<sup>56</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 188 nota 179. Vid. también ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., p. 284.

Esencial es el **requerimiento de identificación** que, en términos descriptivos, corresponde a la facultad de la policía de solicitar a una persona que se detenga (*Anhalten*) sólo por el tiempo que sea imprescindible para exigir su identificación, exhibiendo la documentación oficial correspondiente.

Es posible además, en virtud de la referida cláusula general, recurrir a archivos policiales, solicitar información de terceros o en dependencias oficiales, siempre que se trate de actuaciones a realizar en muy breve tiempo<sup>57</sup>.

Si según las circunstancias del caso, **resultare imposible o excesivamente difícil realizar la identificación** de la persona sujeta a este procedimiento, el agente dispone de otras medidas, que importan una mayor afectación de los derechos fundamentales del afectado: detención, registro y sometimiento a medidas del servicio de identificación<sup>58</sup>.

b) **Detención del afectado (*Festhalten*) §163b, I, 2:** “El sospechoso podrá ser detenido cuando su identidad no pudiera ser constatada de ninguna forma o sólo con graves dificultades”

Anteriormente, a propósito del derecho a la libertad personal y su protección en la Ley Fundamental de 1949, se señaló que la distinción entre restricción y privación de libertad corresponde a la dicotomía entre los conceptos *Anhalten/Festhalten*. Mediante la detención del afectado se faculta al agente a realizar lo siguiente:

b.1) **Retención del afectado en el lugar en que se efectuó el procedimiento:** Es irrelevante el lugar en que se efectuó el requerimiento, puede ser en un sitio abierto, cerrado o en un vehículo. “Comienza desde el momento en que se ordena al afectado que no se aleje del lugar en que ha sido hecho el requerimiento [...] se produce, por ejemplo, cuando la retención *in situ* del afectado se prolonga mientras la policía espera la respuesta de alguna dependencia administrativa”<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 191.

<sup>58</sup> ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., p. 284.

<sup>59</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 191-192.

b.2) **Conducción del afectado a dependencias policiales:** Corresponde al traslado del sujeto afectado por la medida, a un recinto policial con el objeto de obtener su identificación<sup>60</sup>.

Ambas medidas sólo resultan posibles en caso de imposibilidad, o excesiva dificultad en la identificación. En consecuencia, la retención del afectado, o su conducción a dependencias policiales tienen el carácter de subsidiarias a la aplicación de la cláusula general del §163b, I, inciso primero. El BVerfG ha corroborado esta interpretación, en su sentencia de 27 de enero de 1992, que se pronunció sobre la detención y conducción a la comisaría de un manifestante, con el fin de constatar su identidad, sin antes permitir la exhibición de la documentación que el afectado portaba en el lugar del requerimiento, con el pretexto de confrontar sus datos con archivos administrativos<sup>61</sup>. El BVerfG ha señalado que si se hubieren exhibido tales documentos, la permanencia e identificación del afectado en dependencias policiales, sólo será procedente en caso de existir motivos concretos que permitan dudar de la autenticidad de los documentos exhibidos<sup>62</sup>.

c) **Registro y medidas del servicio de identificación (§163b, I, 3:** (“bajo los presupuestos de la frase 2.<sup>a</sup>, serán admisibles también...”)

El *registro* para efectos del §163b “consiste en la búsqueda en la ropa y en la superficie corporal del afectado de objetos o señas que puedan contribuir a la identificación, tales como el documento oficial de identidad u otra documentación, una cicatriz o un tatuaje. También puede ser registradas las cosas que llevare consigo, como una billetera o cartera, un maletín o el auto que condujera”<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Según ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., p. 285, desde el punto de vista de la persecución penal represiva, la Policía solamente en razón de los §§127, I y II, 163b y 163c puede ordenar la conducción forzada de una persona. Para el Derecho de policía, sólo es legítima la conducción forzada si se trata de evitar un peligro de forma preventiva.

<sup>61</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 192.

<sup>62</sup> ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., p. 284.

<sup>63</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 193. El registro de personas, que consiste en la búsqueda de objetos o señas en la ropa, superficie corporal o incluso en las cavidades u orificios corporales naturales que puedan ser examinadas sin la ayuda de medios especiales (que no constituyan casos de examen corporal o intervención de los §§81a y 81c StPO, que recaen sobre el cuerpo del afectado, con injerencia en la integridad corporal en el último caso), así como el registro de la cosas que pertenecen el afectado como su

Su finalidad es encontrar datos que permitan la identificación. Adicionalmente, según las leyes de policía, con el objeto de proteger la vida e integridad física del agente u otras personas, se permite el registro para búsqueda de armas<sup>64</sup>.

Sin embargo, respecto a los medios de prueba de algún delito encontrados espontáneamente en el transcurso del procedimiento de registro, se acepta su licitud dentro del proceso penal<sup>65</sup>.

Por otro lado, las *medidas del servicio de identificación* son la toma de huellas dactilares, fotografías, y la medición del afectado<sup>66</sup>. La doctrina ha señalado que en caso de infracciones administrativas, estas medidas sólo son aplicables si se trata de una infracción especialmente grave<sup>67</sup>.

### **3. Identificación de sujetos no sospechosos**

#### **3.1. Supuesto de hecho**

El §163b, II StPO exige como presupuesto para la realización de un requerimiento de identificación a un sujeto no sospechoso, que la medida sea *necesaria para el esclarecimiento de un hecho punible*. Según CASAL HERNÁNDEZ “es preciso que en el momento de ser practicada esa medida exista la creencia fundada de que el conocimiento de la identidad del afectado, por el testimonio que pueda prestar o

---

equipaje o vehículo, está regulado en general, para sujetos sospechosos y no sospechosos, en los §§102, 103 y 105 StPO, junto al registro domiciliario. El registro del sujeto sospechoso, se lleva a cabo con la finalidad de capturarlo, o si fuera de suponer el descubrimiento de medios de prueba. El registro del no sospechoso, puede ordenarse para la captura del inculgado, la obtención de huellas del delito o el secuestro de cosas relacionadas, sólo ante la existencia de hechos que permitan inferir esas circunstancias. Sólo puede ser ordenado por el Juez, y en caso de peligro en el retraso, por la Fiscalía y sus funcionarios auxiliares. Como medida coercitiva, importa una injerencia en el derecho a la libertad personal. Vid. ibídem, pp. 209-210; GÓMEZ COLOMER, op. cit., p. 100; ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., pp. 250, 290, 315 y ss; SCHLÜCHTER, op. cit., p.70.

<sup>64</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 193.

<sup>65</sup> Ídem, nota 192.

<sup>66</sup> Estas medidas están reguladas de modo general, en el §81b StPO “si resultase necesario a los fines de realización del proceso penal o a los fines del Servicio de Identificación” (trad. de GÓMEZ COLOMER, op. cit., p. 287), es decir, con finalidad represiva o policial-preventiva, y pueden ser adoptadas por cualquier funcionario policial. Vid. ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., pp. 251, 292 y ss.

<sup>67</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 193-194

por hallarse en su cuerpo huellas del delito o consecuencias del mismo, contribuirá al desarrollo de la investigación penal<sup>68</sup>.

### **3.2. Medidas policiales de constatación de la identidad del sujeto no sospechoso**

En razón del carácter de no sospechoso del sujeto afectado, existen restricciones a las medidas policiales de identificación, dando así manifiesta aplicación al principio de proporcionalidad.

a) **Requerimiento de información y cláusula general del §163b, I:** En los mismos términos expuestos en relación al sujeto sospechoso (*Anhalten*)

Al igual que en el caso del sospechoso, en caso de ***imposibilidad o excesiva dificultad en la identificación***, es posible efectuar además las siguientes facultades:

b) **Detención (*Festhalten*):** Por mandato del §163b, II, 2, la aplicación del principio de proporcionalidad impide la retención o conducción del afectado cuando sea desproporcionada según la importancia del asunto<sup>69</sup>.

En caso de negación del afectado a identificarse, o existencia de indicios de falsedad o alteración de los documentos suministrados, es posible aplicar al afectado el estatuto del sujeto sospechoso en razón del §111.1 OWiG<sup>70</sup>.

c) **Registro y medidas del servicio de identificación:** Según lo dispuesto en el §163b, II, 2, la realización de estas dos medidas requiere además, el consentimiento del sujeto no sospechoso. La doctrina dominante exige consentimiento positivo, no bastando la inexistencia de oposición expresa o tácita<sup>71</sup>. La doctrina ha señalado

---

<sup>68</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 191.

<sup>69</sup> Siguiendo la doctrina alemana, CASAL HERNÁNDEZ señala que la aplicación del principio de proporcionalidad excluye la detención con fines de identificación de sujetos no sospechosos en supuesto de bagatela, y como regla general excluye las infracciones administrativas (salvo que sean especialmente relevantes), y además, se impone una exigencia de finalización de todo el procedimiento, anterior al límite máximo de 12 horas exigidos por el §163c.3 StPO, ibídem, pp. 192-193.

<sup>70</sup> Ibídem, p. 193.

<sup>71</sup> ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., p. 284.

además, que en el caso de las infracciones administrativas, sólo se aplican en las de mayor importancia<sup>72</sup>.

#### **4. La constatación de identidad en los puestos de control (*Kontrollstelle*) del §111 StPO**

“§111 [Puestos de control en calles y plazas]

(1) Si fundasen determinados hechos la sospecha de que se ha cometido un hecho punible según el §129a del Código Penal, uno de los hechos punibles mencionados en esa disposición, o un hecho punible según el §250, ap. (1), Nr.1 del Código Penal, podrán organizarse puestos de control en calles y plazas públicas y en otros lugares públicos accesibles, cuando los hechos justificasen la suposición de que esta medida podrá llevar a la captura del autor, o al aseguramiento de medios de prueba que puedan servir al esclarecimiento del hecho punible. Todos estarán obligados a dar su identidad en un puesto de control y a dejarse registrar ellos y las cosas que llevasen consigo.

(2) La orden de organizar un puesto de control corresponderá al Juez; la Fiscalía y sus ayudantes estarán autorizados para ello cuando existiera peligro por el retraso.

(3) Respecto al registro y comprobación de identidad según el apartado (1), regirá análogamente lo dispuesto en el §106, ap. (2) frase 1.<sup>a</sup>; §107, frase 2.<sup>a</sup>, primer inciso; los §§ 108, 109, 110, apartados (1) y (2); así como los §§ 163b y 163c<sup>73</sup>.

Según el §111 StPO, si existe la sospecha fundada en hechos determinados, de que haya sido cometido un delito tipificado en el §129a StGB (terrorismo), o en el §250, I n<sup>o</sup>1 StGB (robo con armas de fuego), el juez, o si existiese peligro en el retardo, la Fiscalía y los funcionarios auxiliares de la Fiscalía<sup>74</sup>, pueden fijar puestos de control en lugares públicos, si hay motivos suficientes para suponer que ello puede conducir a la *captura de sus autores o al aseguramiento de medios de prueba* que puedan servir

---

<sup>72</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 194.

<sup>73</sup> Trad. de GÓMEZ COLOMER. op. cit., p. 299.

<sup>74</sup> Los funcionarios *auxiliares de la fiscalía*, son miembros de la policía dotados de facultades para ordenar medidas coercitivas especiales, que, en principio, intervienen al igual que la Fiscalía sólo en subsidio del juez, en caso de peligro en la demora. Su establecimiento en el §152 de la Ley de organización de Tribunales (GVG), es determinada por la legislación de cada uno de los estados federados, vid. ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., pp 57-58; SCHLÜCHTER, op. cit., pp. 36-37.

al esclarecimiento del hecho punible (carácter represivo, medida de persecución penal). En estos puestos de control, *toda persona* puede ser sometida a un control de identidad, como asimismo, puede ser sometida al registro de su persona y las cosas que detente (p.ej. un automóvil). El objeto del registro es la búsqueda de medios de prueba del delito investigado. Si no resulta posible la identificación *in situ*, el afectado puede ser detenido y trasladado a dependencias policiales con el objeto de lograr su identificación, rigiendo análogamente los §§163b y 163c StPO. Se ha discutido si la remisión a estos artículos importa la aplicación de la diferencia entre sujeto sospechoso y no sospechoso para efectos del registro y las medidas del servicio de identificación, que exigen en el caso del no sospechoso su consentimiento. El afectado tiene los mismos derechos de quien fuese sujeto de las medidas de constatación de identidad según el §163b, antes señalado<sup>75</sup>.

El §163d StPO, introducido por la StPÄG de 1986 permite almacenar los datos obtenidos en razón del establecimiento de puestos de control según el §111 StPO (que no requiere, como se señaló, el carácter de sospechoso del sujeto controlado) o según el control policial de fronteras, siempre que determinados hechos justifiquen que la utilización de esos datos pueda conducir a la captura del autor o al descubrimiento del hecho delictivo y que la medida no sea desproporcionada en relación con la causa. El precepto consagra así, las denominadas “redes de búsqueda informática”. Según el BVerfG, en este tipo de medidas, fundadas en soportes informáticos, existe una injerencia en el derecho a la autodeterminación informativa. En razón de esto, se ha cuestionado en doctrina que el precepto cumpla con las exigencias constitucionales para la protección de datos personales<sup>76</sup>.

## 5. Derechos del afectado

a) Derecho a ser informado del motivo del requerimiento, desde el inicio de la medida: ya sea del hecho punible que se le imputa —en el caso del sujeto sospechoso—, o respecto del hecho que se estima pueda aportar datos a la investigación, indicando

---

<sup>75</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 196-197; GÓMEZ COLOMER, op. cit., pp. 115-116; ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., p. 320; SCHLÜCHTER, op. cit., p. 71.

<sup>76</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 197 nota 205; HOYOS SANCHO, SANCHO, Montserrat de. *La detención por delito*. Pamplona, Ed. Aranzadt, 1998, p. 297 nota 244; ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., p. 59.

además la identidad del posible imputado –en el caso del sujeto no sospechoso– (§163b StPO<sup>77</sup>).

b) Derecho a que el afectado, si llega a ser *detenido*, pueda poner inmediatamente en conocimiento de un familiar o una persona de su confianza, su privación de libertad, a menos que ello ponga en peligro la investigación, caso en que la comunicación se efectúa por la autoridad (§163c, II StPO, art. 104, IV GG)<sup>78</sup>

c) Derecho a la presencia de un abogado de confianza del afectado, durante el procedimiento, a menos que ello ponga en peligro el fin de la medida (opinión doctrinaria)<sup>79</sup>.

d) Derecho a que la detención del afectado *no se prolongue más allá del tiempo imprescindible para la constatación de la identidad, y en todo caso, no más de 12 horas* (§163c, I y III StPO). Este plazo comprende tanto el momento inicial del requerimiento de información, como el tiempo posterior fundado en la decisión judicial a la que se refiere el §163c, I. Vencido este plazo, la detención podrá prolongarse en el caso de concurrir los supuestos del §127 StPO, respetando los límites constitucionales<sup>80</sup>.

## **6. Destino de los elementos utilizado con ocasión de la identificación**

En el caso del sujeto sospechoso, los materiales obtenidos con fines de identificación (fotografías, huellas dactilares, mediciones, etc.), son incorporados a las actas de investigación. También pueden ser conservados en los archivos policiales cuando exista fundamento legal, ya sea en el §81b StPO, o en las leyes de policía (peligro de reincidencia). En este caso, si desaparece el motivo, los materiales deben ser destruidos. En el caso del sujeto no sospechoso, sólo se conservan sus datos identificatorios, siendo destruidos los demás materiales obtenidos para la identificación<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 194; ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., p. 284.

<sup>78</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 194.

<sup>79</sup> Ídem.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 195.

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 195-196



### III. La constatación de identidad de carácter preventivo.

#### 1. Aspectos generales

##### La seguridad pública como fundamento de estas medidas

Paralelo a la regulación de las medidas de constatación de identidad de carácter represivo, existe en el Derecho alemán un conjunto de medidas preventivas que tienen por objeto la identificación de personas<sup>82</sup>. Pero a diferencia de las medidas de constatación de identidad de carácter represivo, que tienen su lugar sistemático en la StPO, las medidas preventivas no tienen una regulación única, pues su lugar corresponde a la legislación de policía de cada uno de los Länder, y a nivel federal, están reguladas en la Ley sobre protección de las fronteras federales. Pese a lo anterior, según el estudio de CASAL HERNÁNDEZ la regulación presenta rasgos uniformes que permiten su exposición en términos generales<sup>83</sup>.

La finalidad principal que buscan estas medidas se vincula al concepto de **seguridad pública**, concepto que junto al de orden público, forma parte de la “clausula general de la policía”, que enuncia en términos genéricos su misión fundamental:

---

<sup>82</sup> Sin embargo, desde un punto de vista preventivo, el derecho alemán no sólo contempla medidas que afectan la libertad personal con fines de identificación, sino que además, consagra la ya aludida “custodia policial” (*Gewahrsam*), cuyo *fin directo es la privación de libertad* mediante el encerramiento de un sujeto en un recinto de reclusión, o también en sitios abiertos o en un vehículo. La privación de libertad no es en este caso una consecuencia derivada de la persecución de otros fines (p.ej. la identificación de un sujeto). La custodia policial puede originarse, entre otros supuestos: a) cuando se trate de impedir la realización hecho punible o de una infracción administrativa que sea especialmente significativa para la colectividad, si su comisión es inminente (peligro concreto) y no puede ser evitada con la aplicación de otras medidas policiales; la privación de libertad se efectúa desde este punto de vista preventivo, en un estado previo a la tentativa punible; b) cuando se trate de impedir la continuación de un hecho punible o de una infracción administrativa especialmente grave, cuando no se realiza ninguna hipótesis de detención preventiva del §127 StPO. Como toda medida preventiva, la custodia policial puede realizarse en contra de inimputables, pues su fundamento es la seguridad pública. Su aceptabilidad constitucional se fundamenta en el §104, II GG. Se contempla, entre otros casos, en el art. 35 de la Ley de policía de Nordrhein-Westfalen, el art. 32 de la Ley sobre la seguridad y el orden público de Hessen, el art. 17 de la Ley sobre los cometidos y competencias de la policía de Baviera, el art. 13 de la Ley de policía de Saarland, el art. 28 de la Ley de policía de Baden-Württemberg, y el art. 39 de la Ley sobre la protección de las fronteras federales. Vid. CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 215-220.

<sup>83</sup> Algunos textos que consagran estas medidas son el art. 12 de la Ley de policía de Nordrhein-Westfalen, el art. 18 de la Ley sobre la seguridad y el orden público de Hessen, el art. 13 de la Ley sobre los cometidos y competencias de la policía de Baviera, el art. 9 de la Ley de policía de Saarland, el art. 26 de la Ley de policía de Baden-Württemberg, y el art. 23 de la Ley sobre la protección de las fronteras federales. *Ibidem*, p. 204.

afrontar hechos o situaciones que pongan en peligro alguno de los bienes comprendidos en las nociones de seguridad pública (vida, salud, libertad, existencia y funcionamiento de las instituciones del estado) y orden público (bienes ético-sociales no recogidos en normas escritas, pero que son condición indispensable para una ordenada convivencia humana). Sólo la seguridad pública, para la doctrina y jurisprudencia, justifica la realización de una privación de libertad<sup>84</sup>.

Según CASAL HERNÁNDEZ, la regulación alemana de las medidas de identificación preventivas se caracteriza actualmente por:

a) Mayor precisión normativa que la antigua referencia a la cláusula general de policía, dando así mejor cumplimiento del principio de legalidad<sup>85</sup>.

b) Ampliación de las facultades de los agentes policiales: Desde la década de los setenta, con el impulso legislativo que significó el Proyecto Modelo de una Ley Uniforme de Policía de la Federación y de los Estados, se observa un constante aumento de las facultades policiales, en principio vinculado a la criminalidad terrorista y a las manifestaciones violentas, pero actualmente vinculado a la idea de lucha preventiva contra la criminalidad, como misión de la policía, noción que excede a la mera prevención de peligros, en especial, peligros concretos, que constituía la justificación del actuar de la policía. La policía debe en consecuencia “contribuir a la disminución de la criminalidad y, al mismo tiempo, facilitar, por medio del manejo de la información almacenada, la actuación de la justicia penal cuando fuere cometido algún hecho delictivo”<sup>86</sup>.

Ello se manifiesta, en general, en la irrelevancia de la diferencia entre perturbador y no perturbador de la seguridad (*Störer/Nichtstörer*), noción que permitía, al igual que las medidas represivas, diferenciar la regulación: sólo en casos extremos podía ser afectado por una medida el sujeto diferente al creador de un peligro<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 198. Sobre la cláusula general de policía, vid. *supra*, nota 31.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pp. 199-200.

<sup>87</sup> *Ídem*.

Es por ello que, en palabras de CASAL HERNÁNDEZ, “la misión de la policía ya no puede ser cabalmente definida con la idea de peligros concretos, sino, como mucho, con la prevención de peligros abstractos o la de la «previsión de peligros» (*Gefahrenvorsorge*)”<sup>88</sup>

c) Fundamentación en la teoría de la doble faz o el doble carácter de los derechos fundamentales (*Doppelcharakter der Grundrechte*): El cambio de orientación ha sido estimulado “por un sobredimensionamiento de los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional Federal en relación con la obligación del Estado de proteger los bienes jurídicos constitucionalmente consagrados, especialmente los que constituyen derechos fundamentales (*Grundrechtliche Schutzpflichten*). Según la jurisprudencia de este Tribunal, del reconocimiento constitucional de un derecho fundamental se deriva no sólo un derecho subjetivo que permite a su titular defenderse de las intervenciones estatales, sino, además, la obligación del Estado de proteger el bien jurídico que aquél consagra, incluso frente a la actuación de sujetos privados”<sup>89</sup>. En la Sentencia Luth de 15 de Enero de 1958, estableció el criterio de que “la sección de los derechos fundamentales de la Constitución tiene un doble significado: garantiza en primer término derechos de defensa (*Abwehrrechte*) de los ciudadanos frente al Estado, pero además debe contener un orden objetivo de valores (*objektive Wertordnung*) o un sistema de valores (*Wertsystem*) que vale como una decisión fundamental del derecho constitucional (*verfassungrechtliche Grundentscheidung*) para todos los ámbitos del derecho. Legislación, administración y jurisdicción recibirían de él las líneas de orientación e impulso”<sup>90</sup>.

Lo anterior representa el reconocimiento jurisprudencial de la teoría de la doble faz de los derechos fundamentales, expuesta inicialmente en la obras de HESSE y HÄBERLE en la dogmática constitucional alemana de postguerra. La tesis de HÄBERLE es que “los derechos fundamentales tienen un contenido constitucional doble; por una parte manifiestan una vertiente individual (*individualrechtliche Seite*) que garantiza a

---

<sup>88</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 200.

<sup>89</sup> Ídem.

<sup>90</sup> Citada por HOYOS SANCHO, *La detención...* op. cit., p. 32 nota 7. Vid. también HESSE, C. “Significado de los derechos fundamentales”, en BENDA y otros. *Manual de Derecho Constitucional*, 2da ed. en castellano, trad. de Antonio López Pina. Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 90 y ss.

sus titulares un derecho público subjetivo, por otro lado se caracterizan también por su aspecto objetivo o institucional (*institutionelle Seite*), lo que supone la garantía constitucional de un ámbito vital (*Lebensbereich*) ordenado y configurado libremente, pero que no se puede reducir a la relación unidimensional individuo-Estado o limitarlos sólo al individuo, pues trasciende a la propia persona”<sup>91</sup>.

El excesivo celo puesto en la vertiente objetiva de los derechos fundamentales, ha llevado a la conceptualización de la seguridad pública como bien jurídico constitucional equivalente en su jerarquía a un derecho fundamental, o incluso, a la existencia de un derecho fundamental a la seguridad<sup>92</sup>. Si el fundamento de las medidas de constatación de identidad preventivas es la seguridad pública, su comprensión como bien jurídico constitucionalmente protegido y equivalente como faz objetiva de los derechos fundamentales, tiene consecuencias en la protección de esos mismos derechos. Ello es manifiesto en la regulación de las facultades de la Policía, que amparada en la idea de protección de la seguridad, ha permitido la afectación no siempre legítima de los derechos fundamentales, en especial, del derecho a la libertad personal (p. ej., privaciones de libertad de carácter preventivo más allá de los plazos constitucionales)<sup>93</sup>.

Según CASAL HERNÁNDEZ, “estas últimas vías de constitucionalización de la responsabilidad del Estado de regular y controlar las distintas fuentes de peligro que pueden afectar los derechos fundamentales, suponen una amenaza contra esos mismos derechos, pues cuanto más se eleve el rango jurídico de la idea de la seguridad tanto más se legitiman, en extensión y en intensidad, las correlativas injerencias estatales en los derechos fundamentales”<sup>94</sup>. La idea de que existe la obligación constitucional de satisfacer toda demanda de seguridad pública, aun si ello conlleva una afectación no legítima de derechos fundamentales, importa una contradicción con el principio liberal de “limitar a lo imprescindible las injerencias estatales en la libertad individual, cualquiera sea la necesidad colectiva en que se

---

<sup>91</sup> HOYOS SANCHO, *La detención...* op. cit., pp. 31-32.

<sup>92</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 200.

<sup>93</sup> *Ibidem*, pp. 201-202 y nota 224.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 201.

funden”<sup>95</sup>. En palabras de HOFFMANN-RIEM “no todos los peligros policiales pueden ser combatidos ni todos los delincuentes capturados, porque de lo contrario sería muy elevada la pérdida de libertad para todos”<sup>96</sup>.

## **2. La identificación de sujetos de carácter preventivo**

### **2.1. Presupuestos fácticos**

Según el estudio de CASAL HERNÁNDEZ de la legislación de policía en Alemania, los agentes policiales podrán constatar la identidad de una persona preventivamente, en los siguientes casos<sup>97</sup>:

a) *Cuando sea necesario para evitar que se realice una acción contraria a la seguridad pública (zur Abwehr einer Gefahr):* Su objeto es la evitación de un peligro (*Gefahr*), concreto, el que exige una probabilidad cierta de que la omisión de una intervención por parte del agente policial, producirá un daño contra la seguridad o el orden público<sup>98</sup>.

Se discute la utilidad de la constatación de identidad para este fin. Para algunos, el conocimiento de la identidad del sujeto por la autoridad, le inhibe de ejecutar su acción peligrosa. Para otros, su rol en la prevención del peligro es mínimo, y por tanto, su única función es servir de base a la aplicación de medidas más severas e idóneas para impedir la consumación o continuación del peligro<sup>99</sup>.

b) *Cuando la persona se encuentre en un lugar respecto del cual determinados hechos justifiquen la creencia de que allí se preparan o perpetran actos delictivos, se reúnen personas que no poseen permiso para permanecer en el territorio, o se ocultan delincuentes.* La medida se asocia al control preventivo en “lugares peligrosos o de mala reputación”. Constituye el fundamento legal de las redadas generales o *razzia*

---

<sup>95</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 203.

<sup>96</sup> HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, *Abbau von Rechtsstaatlichkeit durch Neubau des Polizeirechts?*, *Juristenzeitung*, 1978, p. 335, citado por CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 203.

<sup>97</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 205-209.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 205, nota 228.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 205.

policial, diligencia que consiste en someter a control a todos aquellos sujetos que se encuentren en los lugares que cumplan los requerimientos exigidos de peligrosidad.

No resulta relevante la existencia de un peligro concreto, y por tanto, es independiente de la existencia de un acontecimiento perturbador de la seguridad pública. Tampoco es relevante la calidad de perturbador o sospechoso para que una persona sea sometida a estas medidas. Más bien, según CASAL HERNÁNDEZ, “están destinadas, en parte a verificar si los afectados ostentan tal condición. Se trata, en suma, de una medida practicada en un estado previo al del peligro y la sospecha, que persigue a la vez, un objetivo preventivo y represivo: en primer término, la constatación de la identidad podría contribuir a reducir el riesgo de comisión de hechos punibles y a facilitar la investigación de los que sean ulteriormente perpetrados: en segundo término, mediante la constatación de la identidad es posible capturar a delincuentes fugados, y el registro de personas y de sus cosas permite a veces el descubrimiento de ciertos delitos”<sup>100</sup>.

Se ha criticado la inclusión de este supuesto en la regulación de las leyes de policía, desde la redacción del Proyecto Modelo. Si bien se ha señalado su importancia en la lucha contra la criminalidad, se ha sostenido que dichos controles debieran ser asociados a peligros ciertos y concretos, no bastando el mero criterio policial que asocie la idea de peligro a un lugar determinado, fundada en su mala reputación y el prejuicio policial, sobre todo, si tomamos en cuenta que tales controles afectan derechos fundamentales, y por tanto, debieran ajustarse al principio de proporcionalidad, y sólo excepcionalmente, en razón de bienes jurídicos especialmente importantes, afectarse tales derechos, en caso de imposibilidad de ser afectados por otros medios menos lesivos. Se señala que estas medidas deben estar sujetas a una previa intervención judicial, y no a la decisión de la policía, y además, restringirse a la prevención e indagación de delitos de especial gravedad<sup>101</sup>.

*c) Cuando la persona se halle en una central o instalación de abastecimiento o transporte, un medio de transporte público, un edificio oficial u otro objeto que esté*

---

<sup>100</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 206.

<sup>101</sup> *Ibíd*em, pp. 206-208.

*especialmente expuesto a peligros, o en sus inmediaciones, y ciertos datos fácticos permitan presumir que allí se van a perpetrar actos delictivos que pongan en peligro inminente a esos objetos o a las personas que en ellos se encuentren: Si bien el supuesto exige un peligro concreto, permite la identificación y registro de todo sujeto sin atender a la distinción entre perturbador y no perturbador. Su finalidad es la prevención de la criminalidad terrorista, y en consecuencia, se exige un peligro considerable<sup>102</sup>.*

*d) En un puesto de control que haya establecido la policía para impedir la comisión de determinados delitos. Se relaciona a delitos de especial gravedad, vinculados a la criminalidad terrorista y del porte de armas en manifestaciones.*

Se ha cuestionado también la idoneidad de esta medida en el caso de manifestaciones públicas. Más bien, es una excusa para la adopción de medidas destinadas a obstaculizar el desarrollo de tales manifestaciones, como la detención y conducción de manifestantes a instalaciones policiales<sup>103</sup>.

*e) En un puesto de control fronterizo, o en zonas fronterizas, hasta una distancia de 30 km. de la frontera con el fin de impedir el ingreso no autorizado de personas.*

*f) Excepcionalmente, para proteger derechos privados.*

## **2.2. Medidas policiales de constatación de identidad**

La legislación de policía en Alemania otorga en los casos de identificación policial preventiva, las mismas facultades que el §163b StPO, referidas a los controles represivos<sup>104</sup>. En consecuencia, es también necesario distinguir dos etapas:

a) *Anhalten*: la policía está facultada para ordenar a una persona que se detenga con el objeto de efectuar el requerimiento de identificación, mostrando el afectado la documentación pertinente.

---

<sup>102</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 208.

<sup>103</sup> *Ibíd*em, p. 209.

<sup>104</sup> *Ibíd*em, p. 204.

b) *Festhalten*: en caso de imposibilidad o excesiva dificultad en la identificación, el afectado puede ser detenido en el lugar en que se encuentre, así como puede ser conducido a dependencias policiales. También, con el único fin de constatar su identidad, puede ser sometido a un registro, tanto en su persona como en los objetos que posee<sup>105</sup>, y practicarse además medidas del servicio de identificación<sup>106</sup>.

### 3. Derechos del afectado

---

<sup>105</sup> Es necesario precisar que desde un punto de vista preventivo-policial, el registro de personas (*durchsuchung von personen*), tiene una regulación paralela a la constatación de identidad, como medida preventiva autónoma. Los supuestos en que es posible realizar el registro son: i) cuando sea necesario para constatar la identidad en los casos y condiciones ya expuestos, ii) cuando la persona se encuentre en el supuesto b) o c) antes señalados, iii) cuando en caso de detención o constatación de identidad, sea necesario según las circunstancias, registrar en busca de armas, explosivos u otros objetos peligrosos con el fin de asegurar la vida o la integridad física del agente policial o de terceros, iv) cuando hechos determinados hagan presumir que un individuo detenta objetos que deban ser decomisados para impedir que sea perturbada la seguridad pública o para proteger a su propietario frente a su posible pérdida o deterioro y v) cuando una persona se encuentre en estado de inconsciencia o en una situación de desamparo. La realización de un registro puede según las circunstancias importar tanto una restricción de libertad en el caso de *Anhalten*, como una privación de libertad (*Festhalten*). Incluso, la Ley de protección de fronteras federales faculta a la policía para conducir al afectado a dependencias policiales en caso de imposibilidad o dificultad en la realización del registro. Vid. CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 209-211.

<sup>106</sup> Art. 14 de la Ley de policía de Nordrhein-Westfalen, art. 19 de la Ley sobre la seguridad y el orden público de Hessen, art. 14 de la Ley sobre los cometidos y competencias de la policía de Baviera, art. 10 de la Ley de policía de Saarland, art. 36 de la Ley de policía de Baden-Württemberg, y art. 24 de la Ley sobre la protección de las fronteras federales. Vid. *ibidem*, p. 211. Sin perjuicio de lo señalado, las leyes de policía y el §81b StPO permiten la realización de medidas del servicio de identificación, desde un punto de vista preventivo-policial, sobre la persona inculpada o sospechosa de cometer un delito, cuando según la personalidad del imputado y la naturaleza del hecho y la forma en que fue ejecutado, existe peligro de reincidencia, *ídem*; ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., p. 293. Las leyes de policía contemplan además la conducción coactiva en caso de incumplimiento de una orden de comparecencia policial, cuando sea necesario someter al citado a medidas del servicio de identificación, lo que ha generado críticas desde el punto de vista del derecho a la libertad personal, el principio de reserva judicial, y el principio de proporcionalidad, en el caso del simple sospechoso no inculcado. Más que prevenir futuros delitos, la ley está permitiendo a la policía almacenar datos eventualmente utilizables en procedimientos posteriores. Para CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 211-214, esta injerencia en la libertad personal en razón de requerimientos policiales de información no es compatible con la concepción liberal del Estado en la que se apoya el Estado Democrático de Derecho. Para el BVerwG, “con arreglo a la idea del ser humano de la Ley Fundamental la autoridad policial no puede considerar a cualquiera como delincuente potencial ni tampoco puede someter a medidas del servicio de identificación a todo el que de alguna manera se haya hecho sospechoso o haya sido denunciado ante la policía. Un tan amplio registro de los ciudadanos, movido por el interés de lograr la mayor efectividad posible del poder de la policía y de facilitar el control policial de la población, iría en contra de los principios del Estado liberal de Derecho”, sentencia de 9 de febrero de 1967, citada por CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 214.



Las leyes de policía consagran ciertos derechos a la persona afectada por estas medidas<sup>107</sup>:

- a) Derecho a ser informado inmediatamente del motivo de la privación de libertad y de los recursos de que dispone para impugnarla.
- b) Derecho a comunicarse con un familiar o una persona de su confianza, siempre que ello no ponga en peligro el fin de la privación de libertad. En este último caso, corresponde a la policía efectuar tal comunicación, si el fin de la privación de libertad no se pone en peligro con el sólo hecho de la información.
- c) Derecho a la presencia de un abogado de la confianza del afectado, durante el procedimiento, a menos que ello ponga en peligro el fin de la medida (opinión doctrinaria).
- d) Derecho a que la detención del afectado no se prolongue más allá del tiempo imprescindible, debiendo concluir tan pronto como se haya cumplido el fin que la justificó.

Las leyes de policía establecen además límites temporales máximos. En general, se reitera el límite constitucional del término del día siguiente al de la detención. Otras leyes vinculan este límite a la regulación del §163c StPO que fija un límite de 12 horas. Sin embargo, otras leyes, establecen que, previa decisión judicial antes del cumplimiento del plazo constitucional, la privación de libertad se puede prolongar allá de ese límite. Por ejemplo, la ley de policía de Baviera fija un plazo máximo de 14 días (art. 20.3), la ley de policía de Baden-Württemberg también fija un plazo de 14 días (art. 28.3), la ley de policía de Bremen no establece límite (art. 18.1) y respecto de la custodia policial, la ley sobre protección de las fronteras federales establece un plazo de cuatro días (art. 42.1)<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> Artículos 37 y 38 de la Ley de policía de Nordrhein-Westfalen, artículos 34 y 35 de la Ley sobre la seguridad y el orden público de Hessen, artículos 19 y 20 de la Ley sobre los cometidos y competencias de la policía de Baviera, artículos 15 y 16 de la Ley de policía de Saarland, art. 28 de la Ley de policía de Baden-Württemberg, y artículos 41 y 42 de la Ley sobre la protección de las fronteras federales. Vid. CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 220-221.

<sup>108</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 221.

#### **4. Destino de los elementos utilizado con ocasión de la identificación**

Los materiales obtenidos en una medida de constatación de identidad preventiva, una vez identificado el sujeto afectado, deben ser destruidos, a no ser que su conservación esté autorizada legalmente en virtud de otra norma<sup>109</sup>.

#### **IV. Protección jurídica contra la actividad policial ilegal**

En el Derecho alemán, el afectado por la actividad ilegal de la policía, dispone de medios de control judicial, independientes de la responsabilidad penal del funcionario, o la responsabilidad patrimonial de la administración<sup>110</sup>.

##### **1. Control judicial según el art. 104, II GG y el §163c, I StPO**

Según art. 104, II GG “en todo caso de privación de libertad no fundada en una orden judicial ha de procurarse sin demora una decisión judicial<sup>111</sup>. Por su propia autoridad, la policía no puede mantener a nadie bajo su custodia después de la conclusión del día posterior al de la detención”. Por otro lado, el §163c, I, 2 StPO dispone que “...la persona detenida será conducida coactivamente de inmediato a

---

<sup>109</sup> Art. 14 de la Ley de policía de Nordrhein-Westfalen, el art. 19 de la Ley sobre la seguridad y el orden público de Hessen, el art. 14 de la Ley sobre los cometidos y competencias de la policía de Baviera, el art. 10 de la Ley de policía de Saarland, el art. 36 de la Ley de policía de Baden-Württemberg, y el art. 24 de la Ley sobre la protección de las fronteras federales. Vid. CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 221-222.

<sup>110</sup> Si la medida ordenada por los órganos estatales en la persecución penal es contraria a derecho, es decir, con infracción de lo dispuesto en la StPO, existe el derecho de demandar la correspondiente indemnización en razón de la infracción de los deberes de cargo (§839 BGB y art. 34 GG). Vid. GÓMEZ COLOMER, op. cit., pp. 224-225; ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., pp. 511-512.

<sup>111</sup> En general, para las medidas coercitivas inminentes o duraderas, dispuestas por la Fiscalía y la Policía en subsidio del juez ante un peligro en la demora, en los casos en que no se contempla expresamente el examen judicial, la doctrina, en virtud de la exigencia de tutela judicial efectiva del art. 19, IV GG, aplica análogamente el §98.II.2 StPO, que permite al interesado solicitar que se dicte resolución judicial respecto al secuestro ordenado por la fiscalía o sus funcionarios auxiliares, en caso de peligro por el retraso, subsidiariamente en vez del juez. Es discutida en cambio, la aplicación analógica de esa disposición en las medidas ordenadas por la fiscalía y la policía en razón de su competencia originaria; afirmativamente, ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., pp. 252, en contra, se argumenta la aplicación de los §§23 y ss. de la Ley de introducción a la ley de organización de Tribunales (EGGVG), que regulan un procedimiento contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de un Land (OLG), con cláusula de subsidiariedad, para solicitar su pronunciamiento sobre la conformidad jurídica de órdenes, disposiciones y demás medidas tomadas por las autoridades judiciales. En caso de medidas policiales preventivas de peligros, se aplican los §§40 y ss de la Ordenanza de los tribunales administrativos (VwGO). Vid. ibídem, pp. 252-254; GÓMEZ COLOMER, op. cit., pp. 497 y ss.; SCHLÜCHTER, op. cit., p. 76.

presencia del Juez del Amtsgericht en cuyo partido judicial hubiera sido capturada, con el fin de que se resuelva sobre la admisibilidad y duración de la privación de libertad, salvo que la provocación de la resolución judicial presumiblemente reclamara un tiempo más largo del que sería necesario para la constatación de su identidad”.

Sin perjuicio de que la intervención judicial no se pronuncia sobre la licitud del origen de la privación de libertad, sino que se refiere a si al momento en que se pronuncia la decisión judicial están cumplidos los requisitos que justifican una privación de libertad, ello necesariamente importa un control de la actividad policial y a su vez, impide la prolongación de privaciones de libertad ilegítimas<sup>112</sup>.

El problema que plantea el art. 104, II GG, en relación a la detención policial con fines de identificación, es que, en general, y tal como lo establece el §163c, I StPO, la detención del sujeto terminará antes del plazo constitucional del día siguiente a la detención. Entonces, un eventual cumplimiento de la norma constitucional importaría que, en aras de la obtención de la decisión judicial, el afectado deba soportar una detención mayor a la dispuesta por ley. La doctrina mayoritaria ha señalado un criterio restrictivo en la aplicación del art. 104, II GG, asegurando que la intervención judicial sólo es necesaria mientras subsista la detención, siendo perjudicial su prolongación con el objeto de obtener la decisión judicial. Esta posición es acorde a la regulación del Proyecto Modelo, las leyes de policía y lo dispuesto en el §163c StPO, no siendo necesario procurar una decisión judicial cuando sea probable que ésta sólo será adoptada después de que haya desaparecido el motivo de la medida policial (en nuestro caso, la identificación del sujeto)<sup>113</sup>

## **2. Control judicial según el art. 19, IV GG. La acción declarativa<sup>114</sup>**

En virtud del art. 19.4 GG que establece el mandato constitucional de tutela judicial efectiva contra toda injerencia del poder público en los derechos fundamentales, y en relación a las medidas coercitivas ya realizadas, se garantiza a toda persona cuyos derechos resulten vulnerados por un acto del poder público, el

---

<sup>112</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 223-224.

<sup>113</sup> Ibídem, p. 225.

<sup>114</sup> Ibídem, pp. 228-236

acceso a una vía judicial en la que pueda obtener su nulidad y el restablecimiento a la situación jurídica anterior. Esta acción es independiente a la responsabilidad civil del Estado, o a la responsabilidad penal de los funcionarios que cometieron el acto. En razón de esta norma, la jurisprudencia contencioso-administrativa alemana ha otorgado al titular de un derecho afectado por una medida de la administración ya terminada, el derecho a ejercer una acción declarativa, con el objeto de que se determine la ilicitud de la intervención<sup>115</sup>.

El requisito de admisibilidad de esta acción, en cuanto a la existencia de un interés legítimo, exige no sólo ser afectado gravemente por una medida ilegal, sino que además, se exige que la medida adoptada tenga consecuencias discriminatorias (entendido como acto que desacredita o degrada al afectado, frente al cual se pretenda una rehabilitación), o el peligro de repetición del acto. Señala la doctrina, que la medida estatal, reunidos estos requisitos, puede ser examinada por el juez de la investigación, rigiendo análogamente el §98, II, 2. Excepcionalmente, se acepta el interés en la sentencia favorable que declare la antijuridicidad de la actuación, como antecedente de una futura acción de responsabilidad civil del estado<sup>116</sup>.

En el ámbito de las detenciones policiales preventivas, se acepta el reconocimiento del interés legítimo en caso de privaciones de libertad efectuadas sin control judicial concomitante, en atención a que el motivo de seguridad pública conlleva en general la estigmatización social del afectado. En cambio, en el caso de las medidas represivas limitativas de derechos reguladas en la StPO, la posición de los tribunales es más restrictiva, aún cuando se ha ido aceptando en razón de lo dispuesto en los artículos 104, II y 19, IV GG. Según el BGH, en sentencia de 7 de febrero de 1980, debe reconocerse el derecho a la acción declarativa en caso de la puesta en libertad del detenido antes de la decisión judicial, y que la absolución o el sobreseimiento de la causa no son suficientes para la rehabilitación en razón de que tales resoluciones no se pronuncian respecto a la licitud de las concretas medidas restrictivas de derechos adoptadas durante el proceso<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 228.

<sup>116</sup> Ibídem, pp. 229-230; ROXIN, *Derecho procesal*, op. cit., pp. 254-256, 320; SCHLÜCHTER, op. cit., pp. 76 y ss.

<sup>117</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 234.

## **Sección Segunda**

### **Diligencias policiales de identificación en el Derecho español**

#### **I. Aspectos generales**

En el Derecho español, las diligencias policiales de identificación están regulada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) y en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC). En la LECrim, la identificación de sujetos sospechosos se vincula a la regulación de la detención policial autónoma, mientras que la identificación de sujetos no sospechosos corresponde a las competencias generales de la Policía judicial en la averiguación de un hecho punible. La LOPSC regula las diligencias policiales de identificación diferenciando dos etapas: el requerimiento *in situ* de identificación, y el requerimiento de acompañamiento a dependencias policiales. La vinculación de la regulación de la LOPSC a finalidades preventivo-policiales, con exclusión de supuestos de identificación de sujetos sospechosos en el contexto de la realización de un proceso penal, de regulación exclusiva en la LECrim, es un argumento que requiere una interpretación de las normas pertinentes.

#### **1. El deber de identificarse**

El art. 12 del Decreto 196/1976, de 6 de Febrero, regulador del Documento Nacional de Identidad (DNI<sup>1</sup>), en la redacción prescrita por el Real Decreto 1245/1985 de 17 de Julio, dispone lo siguiente:

“Todas las personas obligadas a obtener el documento nacional de identidad lo están también a exhibirlo, cuando fueren requeridas para ello por la autoridad o sus

---

<sup>1</sup> El Art. 1 del Real Decreto 196/1976 de 6 de febrero, modificado por el Real Decreto 1245/1985 de 17 de julio señala: “El Documento Nacional de Identidad es el documento público que acredita la auténtica personalidad de su titular, constituyendo el justificante completo de la identidad de la persona. Será imprescindible para justificar por sí mismo y oficialmente la persona de su titular, haciendo fe, salvo prueba en contrario, de los datos personales que en él se consignen. Será obligatorio y gozará de la protección que a los documentos públicos y oficiales otorguen las leyes penales y el presente Real Decreto” (citado por ALONSO PÉREZ, Francisco (coordinador) y otros. *Manual del Policía*, 4ª ed. Madrid, La Ley, 2004, p. 652).

agentes, sin perjuicio de poder demostrar su identidad, por cualquier otro medio, si no lo llevaran consigo”<sup>2</sup>.

Antes de la vigencia de la LOPSC de 1992, la identificación policial se regulaba exclusivamente en la LECrim, que autoriza la identificación de sujetos sospechosos en ciertos casos en que no concurren los presupuestos de la detención preventiva del art. 492 LECrim (art. 493 LECrim), sin facultar a la Policía a conducir al afectado a dependencias policiales. En el caso del sospechoso de cometer una falta, los agentes policiales estaban implícitamente autorizados también, dadas las condiciones anteriores, para efectuar el requerimiento de identificación (art. 495 LECrim). Además, la LECrim contemplaba la identificación a quienes se encontraran en el lugar en que se hubiere cometido un delito (antiguo art. 786.2ª LECrim). En caso de *negativa* del afectado a suministrar sus datos identificatorios, podía ser detenido en base al art. 495 LECrim, si no tuviese domicilio conocido o no prestare fianza suficiente, en razón de la comisión de la falta de ocultación de nombre o domicilio (art. 571 CP antiguo) o de la falta de desobediencia leve a la autoridad (art. 570 CP antiguo). Por otro lado, en el caso de requerimiento de identificación del sospechoso de falta, concurriendo esta vez algún supuesto de detención preventiva del art. 492 LECrim, la imposibilidad de acreditación suficiente del domicilio del sospechoso, permitía su detención según el art. 495 LECrim<sup>3</sup>.

Lo anterior se debe entender sin perjuicio de que la Policía, en el caso de concurrir un supuesto de detención policial, efectuara el requerimiento de identificación e interrogatorio, en el marco de la realización de diligencias policiales de investigación concomitantes a la detención.

Sin embargo, en la praxis policial no era extraña la realización de controles de identidad fuera de los supuestos legales mencionados, así como la conducción a dependencias policiales de quienes no pudieran o no quisieran acreditar su identificación, en razón de la denominada “retención policial”, práctica carente de toda base legal. El intento de justificación de esta práctica, en razón del citado art. 12 del

---

<sup>2</sup> Citado por CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 311.

<sup>3</sup> Vid. *ibídem*, p. 317.

Decreto 196/1976, que establece la obligación de exhibir el DNI, no era suficiente para justificar una privación de libertad, pues se trata de una norma reglamentaria que ni siquiera alude en su texto a la posibilidad de efectuar detención alguna<sup>4</sup>.

La falta de fundamentación legal de estas prácticas, unido al carácter taxativo de los supuestos de detención regulados en la LECrim, motivó a amplios sectores de la Policía a exigir la consagración legal de la facultad de detener con fines de identificación, cuando fuese necesario para cumplir las funciones que la Ley Orgánica 2/1986 (LOFCS) atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, aun cuando no existieren motivos racionalmente bastantes para creer que el sujeto ha participado en la perpetración de un hecho delictivo (circunstancia habilitante para la detención preventiva del art. 492 nº 4 LECrim)<sup>5</sup>.

Como resultado de tales exigencias, la LOPSC incorporó al Derecho español la conducción a dependencias policiales con fines de identificación, dentro de un conjunto de medidas cuyo objetivo principal es la **protección de la seguridad ciudadana**<sup>6-7</sup>.

---

<sup>4</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 318.

<sup>5</sup> Vid. ibídem, p. 319; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., pp. 233-234; MARTÍN PASTOR, José. "Sobre los registros, las inspecciones y las intervenciones corporales, en la jurisprudencia constitucional y en nuestra legislación procesal penal", en *La salud: intimidación y libertades informativas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 85; OLIVA SANTOS, Andrés de, y otros. *Derecho procesal penal*, 8ª Edición. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007, p. 396

<sup>6</sup> Se ha señalado que el concepto de "seguridad ciudadana" no es equivalente al de "seguridad pública", ambos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos en los artículos 104.1 y 149.1.29 de la Constitución española (CE), respectivamente. La STC 33/1982 entiende por "seguridad pública" la "actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas" (sentencia citada por JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *Seguridad ciudadana y derecho penal*. Madrid, Editorial Dykinson, 2006, p. 15), definición complementada por el art. 149.1.29 CE que establece la competencia exclusiva del Estado sobre esta materia (sin perjuicio de la creación de policías por las Comunidades Autónomas) y por la STC 59/1985 y la STC 148/2000, en el sentido de que no toda actividad con estos fines puede ser caracterizada como "seguridad pública", pues de lo contrario ella se vincularía a toda la actividad estatal, y que aunque predominantemente debe entenderse dentro de este concepto la actividad policial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, también se incluyen otras funciones atribuidas a distintos órganos y autoridades administrativas, ibídem, pp. 15-17. Respecto a la "seguridad ciudadana", sin perjuicio de que la LOPSC no la define, JIMÉNEZ DÍAZ, en su análisis de dicha ley, y del referido concepto de seguridad pública, concluye que para el legislador ella no es lo mismo que seguridad ciudadana, pues si la primera remite a una actividad realizada en un marco de competencias, la segunda sería "aquel estado en el cual los ciudadanos gozan de una situación de tranquilidad y estabilidad tal que les permite ejercitar de forma libre y responsable los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente", ibídem, pp. 19-20. En sentido similar, ALONSO PÉREZ y otros, op. cit., p. 595, identificando el concepto de seguridad con la

El legislador español no pretendió consagrar una nueva forma de privación de libertad, sino sólo facultar al agente policial a requerir al sujeto afectado que le “acompañe” a una dependencia policial próxima, comparecencia que, desde el punto de vista del legislador, sería voluntaria. La LOPSC obedece a la creencia de que este acompañamiento no es privativo de libertad, por lo que no fue revestido de garantías, remitiendo a la legislación penal y procesal penal, las consecuencias de la negativa a realizar voluntariamente las medidas de identificación<sup>8</sup>.

## 2. Relevancia iusfundamental

En razón de lo expuesto, es importante un análisis de la Constitución para determinar la injerencia de estas diligencias policiales de identificación en el ámbito de los derechos fundamentales. Por tanto, analizaremos la regulación constitucional del derecho a la libertad personal y el derecho a la intimidad, para luego determinar la

---

ausencia de riesgo y peligro, sostienen que la seguridad ciudadana es, en un sentido amplio, “una situación social en la que no existen riesgos o peligros para los ciudadanos, es decir, que éstos pueden ejercitar libremente sus derechos y libertades sin que exista obstáculo para ello”. Es necesario señalar que la CE asigna a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dos funciones esenciales: la función de Policía Judicial (art. 126 CE), dependiente de los Jueces, Tribunales y del Ministerio Fiscal, en la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca (en especial, artículos 282 y ss. LECrim.); y la función de Policía Administrativa (art. 104 CE), que hace referencia a la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, *ibídem*, p. 29-30.

<sup>7</sup> La Exposición de Motivos del Anteproyecto de LOPSC, afirmó que “la protección de la seguridad ciudadana constituye un binomio inseparable junto al ejercicio de libertades públicas y ambos conceptos representan principios básicos de la convivencia en una sociedad democrática, según se proclama en el Preámbulo de nuestra Constitución, en la que tanto el derecho a la seguridad como el derecho a la libertad se reconocen en pie de igualdad en el art. 17.1 como derechos fundamentales”. El Consejo General del Poder Judicial, en su informe al Anteproyecto, denunció este “error conceptual de relevantes consecuencias”, pues “en efecto, el art. 17.1 equipara la libertad y seguridad; pero la seguridad de que habla no es la seguridad material colectiva o ciudadana, sino la seguridad como garantía de la libertad personal. Por ello, la seguridad ciudadana no puede limitar la libertad individual del mismo modo en que un derecho fundamental limita a otro, porque, repetimos, no es un derecho fundamental. Nada más lejos del ánimo de este Consejo que minusvalorar la importancia de la seguridad material colectiva: sin ella, las libertades son como ruedas que giran en el vacío; más ello no empece a que, normativamente hablando, carezca de la fuerza de los derechos fundamentales, por mucho que sea un legítimo interés constitucional, que ha de ser tenido en cuenta a la hora de configurarla. Las consideraciones que siguen bascularán sobre el binomio libertad-seguridad partiendo de la prevalencia de la libertad, que es la base de todo orden constitucional democrático” (CASAL HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 268; HOYOS SANCHO, *La detención...*, *op. cit.*, pp. 235-236)

<sup>8</sup> CASAL HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 319-320.



relevancia iusfundamental de las diligencias policiales de identificación, desde una perspectiva constitucional.

## **2.1 El derecho a la libertad personal**

### **2.1.1 Regulación constitucional**

La Constitución de 1978, en su art. 17 dispone lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observación de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de “habeas corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”<sup>9</sup>.

Para determinar la relevancia constitucional de las diligencias policiales de identificación es necesario definir el ámbito protegido por el derecho a la libertad personal, respuesta que en el Derecho español está vinculada a la delimitación del concepto de *privación de libertad*.

### **2.1.2. Ámbito de protección del derecho a la libertad personal**

La doctrina y jurisprudencia española han entendido que lo protegido en el art. 17 CE es “la libertad corporal o física de la persona, entendida como libertad de

---

<sup>9</sup> Citado por CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 237-238.

movimiento”<sup>10</sup>. Sin embargo, la CE no protege dicha libertad contra todo ataque en general, sino que otorga protección sólo frente a injerencias que revistan la calidad de “privación de libertad”.

Por otro lado, el art. 17 CE no protege el derecho de una persona a fijar libremente su posición en el espacio físico, sea frente a órdenes de comparecencia, o frente a prohibiciones de acceder o permanecer en un sitio determinado, ni tampoco protege frente a la obligación o prohibición de habitar o trasladarse a una localidad determinada, situaciones relacionadas más bien con la libertad de circulación y residencia consagrada en el art. 19 CE, derecho que constituye una manifestación específica de la libertad general de acción<sup>11</sup>. En consecuencia, el art. 17 CE no está protegiendo el libre desplazamiento de la persona, sino la **libertad de abandonar el lugar en que uno se encuentra**<sup>12</sup>.

El Tribunal Constitucional (TC) ha señalado que el art. 17 CE protege “la «libertad física», la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad personal de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad, que es un valor superior del ordenamiento jurídico –art. 1.1 de la Constitución-, sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución le concede la categoría de derechos fundamentales”<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 240. El Tribunal Constitucional español ha señalado que “la libertad personal protegida por el art. 17.1 CE es la libertad física”, STC 1280/1990, citada por GARCÍA MORILLO, Joaquín. *El derecho a la libertad personal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 33.

<sup>11</sup> Vid. CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 241; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 21 nota 1; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio y otros. *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, p. 157. Una diferencia estructural de la libertad de circulación y residencia, respecto del derecho a la libertad personal, es que la primera exige una referencia externa al sujeto titular del derecho. En cambio, “la libertad personal se refiere a la persona en sí, y por sí considerada”, GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 35.

<sup>12</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., 240-241; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 21.

<sup>13</sup> STC 120/1990, citada por CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 242-243. En contra, GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 37 y ss., entiende la libertad personal como libertad general de acción, y en consecuencia, como un derecho fundamental *matriz* de todos los demás, y un derecho *residual* resultante de la sustracción a la libertad general de todas las libertades específicamente consagradas en la Constitución. Define la libertad personal como “el derecho, constitucionalmente consagrado, de disponer de la propia persona y de determinar la propia voluntad y actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo, siempre que no exista una prohibición constitucionalmente legítima”, vid. *ibídem*, pp. 42-43.

La determinación del ámbito protegido por el art. 17 CE depende de la delimitación del concepto de “privación de libertad”. Y la respuesta de si las diligencias policiales de identificación importan una privación de libertad dependerá de esa definición conceptual<sup>14</sup>.

### 2.1.3. La privación de libertad

La determinación del concepto de privación de libertad parte necesariamente de un dato específico de la regulación: el texto constitucional está amparando la libertad ambulatoria frente a figuras paradigmáticas de privación de libertad: la detención preventiva y la prisión provisional, no refiriéndose a otros supuestos privativos de libertad, estén o no circunscritos a la realización de un proceso penal<sup>15</sup>. En consecuencia, es necesario resolver qué medidas importan una injerencia que pueda ser calificada como privación de libertad.

Es necesario señalar que toda medida privativa de libertad supone su realización en contra de la voluntad del afectado, o sin contar con ella. Sin embargo, en las medidas basadas en una orden de autoridad, no resulta admisible que la aceptación o falta de oposición del afectado a la realización de la medida, sea interpretada como consentimiento justificante de la intervención estatal<sup>16</sup>.

El primer problema que plantea la regulación es la admisibilidad constitucional de supuestos privativos de libertad distintos a las hipótesis reguladas expresamente en el art. 17 CE. Este es un asunto de especial relevancia para el estudio de las diligencias policiales de identificación, en el caso de configurar ellas un caso de privación de libertad. La respuesta en el Derecho español es aceptar la admisibilidad constitucional de otras formas de privación de libertad. El texto alude genéricamente a

---

<sup>14</sup> En contra, GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 43 y ss., entiende que la protección constitucional frente a otras medidas privativas o restrictivas de libertad distintas a la detención preventiva por causa de delito, exige la definición del ámbito protegido por el art. 17 CE en el sentido de libertad general de acción.

<sup>15</sup> La regulación se explica por la importancia histórica de tales medidas y su ejercicio arbitrario en el pasado. Es por esta razón que el derecho a la libertad personal se configura históricamente como un límite al poder estatal, cuyo contenido es en sentido negativo, la exclusión de interferencias injustificadas a la libertad. Ibídem, pp. 30, 254 y ss.; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 22.

<sup>16</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 265-266. Vid. *infra*, nota 24.

la regulación por ley de los “casos” en que es posible privar de libertad a una persona, sin pretensión alguna de establecer un listado taxativo de supuestos constitucionalmente admisibles de privación de libertad, el que necesariamente debiera considerar las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, junto a otros supuestos contemplados en el art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>17</sup>. El rol de los párrafos 2º, 3º y 4º del art. 17 CE es otorgar garantías específicas a los supuestos tradicionales de privación de libertad<sup>18</sup>.

El TC definió un concepto constitucional de privación de libertad en la STC 98/1986, a propósito de la ya aludida “retención policial”, que consistía en privar de libertad a una persona por un periodo de tiempo relativamente corto, cuando los agentes lo estimaban necesario para el ejercicio de sus funciones de prevención o averiguación del delito<sup>19</sup>. En el caso resuelto por el TC, la policía procedió al traslado de dos sujetos a una comisaría, encerrándoles por algunas horas, sin observancia de las garantías constitucionales y legales de la detención, omisión justificada por la policía en razón de que, a su juicio, los afectados no habían sido formalmente

---

<sup>17</sup> Art. 5.1 “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por ley:

- a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.
- b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por ley.
- c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.
- d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.
- e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.
- f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición” (citado por CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 33). GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 61, ha señalado que el listado taxativo del art. 5.1 CEDH, en razón de lo dispuesto en los artículos 10.2 y 96.1 CE, constituye una enumeración exhaustiva de los casos en que una privación de libertad es constitucionalmente admisible, y en consecuencia, no sería posible una privación de libertad no subsumible en el CEDH.

<sup>18</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 323-326; GARCÍA MORILLO, op. cit., pp. 45 y ss.; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., pp. 22-23.

<sup>19</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 318; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 234.

detenidos, porque todavía no se les había realizado la detención, ni comunicado la decisión de detenerles<sup>20</sup>. En contra, el TC señaló que:

“Una recta identificación del concepto de «privación de libertad» que figura en el art. 17.1 de la Constitución, es condición necesaria para la exigencia y aplicación del íntegro sistema de garantías que dispone el referido artículo de la norma fundamental, y en ese sentido hay que subrayar que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad –en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita– queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean...”

“Debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias, entre detención y libertad...”<sup>21</sup>.

En consecuencia, la privación de libertad o “detención” en sentido constitucional, es una situación fáctica, no dependiente de terminologías, ni de las concretas finalidades de la medida en cuestión, que consiste en la real afectación de la libertad personal.

Para la jurisprudencia del TC, los casos paradigmáticos de privación de libertad están determinados por la *reclusión* de una persona, p. ej. la detención preventiva, la prisión provisional, la pena privativa de libertad, el internamiento de enfermos mentales y el arresto domiciliario<sup>22</sup>. Fuera de este grupo de situaciones, el TC se ha pronunciado respecto de otras figuras y su posible injerencia en el derecho a la libertad personal<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 244, 326.

<sup>21</sup> STC 98/1986, citada por URIARTE VALIENTE, Luis y FARTO PIAY, Tomás. *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*. Madrid, La Ley Wolters Kluwer España, S.A., 2007, p. 113.

<sup>22</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 244.

<sup>23</sup> La jurisprudencia constitucional española utiliza el término “restricción de libertad”, con el objeto de dar protección a situaciones en que la limitación a la libertad física es de menor intensidad, o que incluso no encuadra en tales supuestos, por ejemplo, respectivamente, el arresto domiciliario del quebrado y la libertad provisional. La utilización del término se presta a confusiones, sobre todo en razón de su uso en el

Es de especial relevancia para el objeto de esta investigación, la STC 341/1993, a propósito de las diligencias policiales de identificación reguladas en el art. 20.2 LOPSC. El TC calificó como privación de libertad la conducción del afectado a dependencias policiales, y su permanencia en ese lugar con el objeto de lograr su identificación:

“La medida de identificación en dependencias policiales prevista en el art. 20.2 de la LOPSC supone por las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento del requerido hasta dependencias policiales próximas en las que habrá de permanecer por el tiempo imprescindible) una situación que va más allá de la mera inmovilización de la persona, instrumental de prevención o de indagación, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad. Con toda evidencia, estamos, pues, ante uno de «los casos» a que se refiere el art. 17.1 CE, cualquiera que sea la disposición de la persona ante la orden recibida, constatación que, por lo demás, da sentido al carácter de Ley Orgánica de este art. 20.2”<sup>24</sup>.

Por otro lado, el TC ha rechazado el carácter privativo de libertad en otros supuestos, por ejemplo, a propósito de las limitaciones a la libertad ambulatoria

---

contexto del TEDH para excluir supuestos del ámbito de protección del art. 5 CEDH. Vid. *ibídem*, pp. 247-248, 256-257.

<sup>24</sup> El Abogado del Estado había sostenido la voluntariedad de la comparecencia a dependencias policiales, y por tanto, su carácter no privativo de libertad: “obra voluntariamente quien, cumpliendo el deber que el legislador democrático le impone, obedece a los agentes con el fin de evitar la comisión de un delito o falta y la consecuente detención por tal causa”, citado por HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 239 nota 22. El TC desestimó este argumento, señalando que “la situación descrita en este precepto es la de un acompañamiento a los agentes por orden de ellos (requerimiento) hasta «dependencias próximas» [...] y debe hacerse constar que la desatención de aquella orden conminatoria, se imponga o no por la coacción, puede dar lugar a responsabilidades penales o administrativas [...] Siendo esto así, la actitud del requerido que acata la orden policial expresa, claro es, una voluntad (la de no resistirse o no negarse a acompañar a los agentes), pero no necesariamente una voluntad libre en el sentido del art. 17.1 de la Constitución: *volui, sed coactus volui*. La libertad a la que se refiere esta norma constitucional es, en efecto, la de quien orienta, en el marco de normas generales, la propia acción, no la de quien elige entre la obediencia y la resistencia al Derecho o a las órdenes dictadas en su virtud. No cabe hablar, pues, de libre voluntad para excluir la aplicación del art. 17 cuando una de las opciones que se le ofrecen al individuo sea jurídicamente necesaria y la otra entrañe, por lo mismo, una contravención [...] Una privación de libertad no deja de serlo por el mero hecho de que el afectado la acepte”, STC 341/1993, citada por HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 240 nota 27. Vid. también CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 245-246, 335-336.

ocasionadas por el sometimiento a los conductores a una prueba de alcoholemia, mediante el examen del aire espirado<sup>25</sup>.

Del análisis de las sentencias antes referidas, es posible extraer ciertos criterios jurisprudenciales:

- La privación de libertad es una situación de hecho, que no admite zonas intermedias.
- La privación de libertad ocurre con independencia de la denominación o finalidad de la medida.
- La privación de libertad, supone, en razón de circunstancias de tiempo y lugar, un estado que va más allá de la mera inmovilización del afectado, lo que en definitiva, alude a una injerencia de cierta intensidad.

La doctrina española entiende que el ámbito de protección del art. 17 CE comprende tanto figuras paradigmáticas de privación de libertad, como otras de menor intensidad (las que algunos autores denominan “restricciones de libertad”<sup>26</sup>). Con ello,

---

<sup>25</sup> “Ni el así requerido queda, sólo por ello, detenido en el sentido constitucional del concepto, ni la realización misma del análisis entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado [...] la verificación de la prueba que se considera supone, para el afectado, un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito [...] La realización de esta prueba, por lo tanto, así como la comprobación de otro modo por agentes del orden público de la identidad y estado de los conductores no requiere de las garantías inscritas en el art. 17.3 de la norma fundamental, dispuestas específicamente en protección del detenido y no de quienquiera que se halle sujeto a las normas de policía de tráfico”, STC 107/1985 citada por GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Los procesos penales. Cometarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y jurisprudencia*. Barcelona, Ed. Bosch, 2000, p. 96. Posteriormente la STC 22/1988, contradiciendo abiertamente el principio asentado en la STC 98/1986, y complementado posteriormente en la STC 341/1993, sostuvo que la conducción de una persona al recinto policial para la práctica de una prueba de alcoholemia, en base a una norma administrativa, constituía un “sometimiento voluntario”, y que “el sometimiento de los conductores de vehículos a las normas del Código de la Circulación y, por tanto, a las autoridades encargadas de su cumplimiento, en cuanto no desborden el campo de actuación que les es propio, no guardan relación alguna con el derecho a la libertad que consagra y protege el art. 17 de la Constitución”, excluyendo en consecuencia, en base a la finalidad de la medida, la protección constitucional (citada por GIMENO SENDRA, Vicente y LÓPEZ COIG, Juan Carlos. *Los nuevos juicios rápidos y de faltas*. 2da ed. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2004, p. 89). Vid. también CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 248-250.

<sup>26</sup> Vid. por ejemplo, GARCÍA MORILLO, op. cit., pp. 17-18, 99 y ss.; ALONSO PÉREZ y otros, op. cit., p. 248 y ss. Sin embargo, se acusa su falta de utilidad y pertinencia en el contexto constitucional español, prefiriéndose un concepto flexible y amplio de privación de libertad, vid. CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 256-257, 260. HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 22, ha señalado que la libertad personal, por su naturaleza, no

la doctrina adopta el argumento inicial de la STC 98/1986 en cuanto a la no existencia de situaciones intermedias entre detención y libertad. Así GIMENO SENDRA ha señalado que toda privación de libertad, distinta a la pena de prisión o la prisión provisional, importa detención, aun cuando sea insignificante, por lo que el *nomen iuris* es indiferente para estimar o no una infracción al art. 17 CE<sup>27</sup>. Desde este concepto amplio, constituirían privación de libertad las pruebas de alcoholemia, las identificaciones y los cacheos<sup>28</sup> callejeros.

En este sentido, para efectos de determinar la concurrencia de una privación de libertad como situación fáctica, HOYOS SANCHO acusa la irrelevancia del *lugar* en que se efectúe la privación de libertad (aprehensión en lugar abierto, encierro en lugar no abierto mueble o inmueble, etc.), de los *medios* empleados (impedimentos físicos - ataduras, sistemas de seguridad-, amenazas, supresión de la capacidad de decisión mediante el uso de narcóticos, golpes en la cabeza-, etc.), incluso puede la privación de libertad ser itinerante cuando el afectado es conducido o es obligado a acompañar a sus captores mediante violencia o amenaza. Sin embargo, respecto al factor *tiempo*, excluye los supuestos de mínima duración “en que se produce un encontronazo, un breve forcejeo, o se trata de los denominados casos de bagatela”, sin perjuicio de que

---

es susceptible de limitaciones o restricciones, y en consecuencia, no admite situaciones intermedias entre la libertad y su privación.

<sup>27</sup> GIMENO SENDRA y otros, op. cit., p. 22.

<sup>28</sup> La jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) entiende por cacheo el “registro de una persona para saber si oculta elementos que puedan servir de base para la prueba del delito”, STS de 17 de Octubre de 1991, citada por CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 254. Poniendo de manifiesto su relevancia constitucional en tanto afectación del derecho a la libertad personal y del derecho a la intimidad, este autor describe la diligencia de cacheo realizada sobre una persona, en los siguientes términos: “se efectúa una palpación sobre su superficie corporal y un registro de su ropa y de otros «efectos personales», como el vehículo en que circulaba. A veces ella debe despojarse de parte de su ropa para facilitar el registro, es más, en ocasiones el registro se extiende a su ropa interior, por lo que es conducida a algún vehículo o portal cercano, o incluso a comisaría, para preservar la privacidad”, *ibídem*, p. 262. En un sentido restringido, GARCÍA MORILLO, op.cit., p. 227, describe el cacheo como el mero palpamiento superficial de una persona, en búsqueda de armas. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano. “La intimidad corporal como límite de la acción investigadora del Estado”, en *Homenaje a Don Hernández Gil*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 514 distingue entre el cacheo, equivalente a una palpación superficial, y el registro interior de la ropa, bolsos y vehículo del afectado. ALONSO PÉREZ y otros, op. cit., p. 493 y ss. también entiende el cacheo en este sentido restringido de registro superficial o mera palpación, distinguiéndolo del registro corporal propiamente tal, que en caso de importar una intromisión del derecho a la intimidad personal, exigiría el consentimiento del afectado o la autorización del juez competente.



la consumación del delito de detención ilegal se retrotrae al instante en que comienza la privación de libertad<sup>29</sup>.

Otro sector de la doctrina sostiene que los supuestos de mínima intensidad no son privativos de libertad, sin perjuicio de constituir restricciones *in situ* de muy breve tiempo. Coincidiendo con la jurisprudencia del TS español, su aceptación se vincula al ejercicio de parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de las funciones generales de Policía Judicial o de protección de la seguridad ciudadana. Ejemplos de esta restricción de libertad sería el requerimiento de identificación, tanto del sujeto sospechoso que no pudiere ser detenido según el art. 492 LECrim (art. 493 LECrim), del sujeto sospechoso de cometer una falta (art. 495 LECrim) y el requerimiento de identificación de la persona que se encuentre en el lugar en que se cometió el hecho (art. 770.5 LECrim)<sup>30</sup>.

Una tesis intermedia es la defendida por CASAL HERNÁNDEZ, quien sostiene que sin perjuicio de que el ámbito de protección del art. 17 CE está paradigmáticamente vinculado a injerencias que puedan ser equiparadas a la detención preventiva y la prisión provisional, la alusión genérica al derecho a la libertad y la seguridad en el art. 17.1 CE comprende también otras medidas que inciden en este derecho<sup>31</sup>. Desde ya, es inequívoco el carácter privativo de libertad que tiene la conducción a dependencias policiales con fines de identificación, en los términos señalados por la STC 341/1993<sup>32</sup>.

El problema es si los supuestos en que el afectado sólo sufre una breve inmovilización en la vía pública constituyen casos de privación de libertad. En razón de la dificultad en el trazado de límites temporales que permitan la distinción, CASAL HERNÁNDEZ entiende que, por regla general, las diligencias que impidan la libertad de abandono deben ser consideradas privaciones de libertad, optando por una interpretación amplia según el fin de protección del art. 17.1 CE. Sin embargo, el solo hecho de *parar* a un viandante, con el objeto de efectuar un requerimiento de

---

<sup>29</sup> HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 21 nota 1.

<sup>30</sup> ALONSO PÉREZ y otros, op. cit., p. 249-250, siguiendo a HERRERO HERRERO, C. "Detención preprocesal y detención funcional operativa", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. 1519, 1989, pp. 18-20.

<sup>31</sup> Vid. también GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 45 y ss.

<sup>32</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 261.

identificación, mediante la exhibición de la documentación respectiva, o el cacheo consistente en la palpación superficial en busca de armas, no son constitutivas de privación de libertad, en razón de la falta de intensidad en la injerencia en este derecho. Por el contrario, el mantenimiento o retención del afectado en la vía pública, o en su vehículo, mientras se realizan “comprobaciones pertinentes” de la identificación del sujeto, o el cacheo realizado en búsqueda de medios de prueba de un delito, si serían constitutivos de privación de libertad<sup>33</sup>.

#### **2.1.4 Reserva legal de toda privación de libertad**

El art. 17.1 CE ha establecido como garantía general la reserva legal de toda privación de libertad. En consecuencia, debe estar contemplada en una *ley formal*, que debe además cumplir con la exigencia de precisión que impone el principio de legalidad<sup>34</sup>. A su vez, la privación de libertad debe ser realizada en la forma prescrita por la ley, y con observancia de lo establecido en el mismo art. 17 CE<sup>35</sup>.

Es de agregar que la STC 140/1986, en virtud de lo dispuesto en el art. 81.1 CE, ha señalado que las leyes que limiten el derecho a la libertad personal, importan su desarrollo, y en consecuencia, deben tener carácter de ley orgánica<sup>36</sup>.

#### **2.1.5. Reserva judicial de toda privación de libertad**

El principio de reserva judicial exige que sea la autoridad judicial quien decida acerca de la admisibilidad y continuación de una privación de libertad. Su reconocimiento tiene dos consecuencias: la primera, es que toda privación de libertad debe basarse, en principio, en una decisión judicial; la segunda, es el dominio del juez de toda medida privativa de libertad: es él quien debe examinar el cumplimiento de sus presupuestos al momento de tomar su decisión, su labor excede, por tanto, la mera

---

<sup>33</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 263.

<sup>34</sup> La ley “no puede configurar supuestos de privación de libertad [...] que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva” (STC 341/1993 citada por CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 269).

<sup>35</sup> Vid. CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 269-270; GARCÍA MORILLO, op. cit., pp. 53 y ss.

<sup>36</sup> Vid. CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 270-271; GARCÍA MORILLO, op. cit., pp. 56-59; JIMÉNEZ BLANCO y otros, op. cit., p. 126.

ratificación de privaciones de libertad ordenadas por autoridades administrativas<sup>37</sup>. La reserva judicial no se opone tampoco a la licitud de detenciones autónomas administrativas, pues ellas tienen un carácter excepcional y provisionalísimo, y están vinculadas a circunstancias especiales. Ello resulta manifiesto en la regulación de la detención preventiva en el art. 17.2 CE, como medida introductoria y provisional, que no puede prolongarse más allá del tiempo imprescindible para el esclarecimiento del hecho, ni superar el plazo máximo de setenta y dos horas<sup>38-39</sup>.

El TC ha reconocido su vigencia al señalar que en la CE “imperera el principio de exclusividad jurisdiccional en materia de libertad”<sup>40</sup>.

#### **2.1.6. Legitimidad constitucional y respeto al principio de proporcionalidad de toda privación de libertad**

El respeto a las garantías genéricas formales del art. 17 CE no es suficiente para determinar la admisibilidad constitucional de una ley que consagre un supuesto de privación de libertad. El TC ha señalado que ella debe justificarse en la protección de “derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos”, y guardar “proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esa libertad, de modo que se excluyan –aun previstas en la ley-, restricciones de libertad que no siendo

---

<sup>37</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 277.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 279-280.

<sup>39</sup> Si bien el principio de reserva judicial no se consagra expresamente, existiría un reconocimiento implícito en la regulación del art. 17 CE. Una interpretación en sentido amplio y no literal del art. 17.2 CE, hace extensible la puesta a disposición judicial en el plazo máximo de 72 horas a otras privaciones de libertad en razón de un criterio sistemático y teleológico. Asimismo, el art. 17.4 CE ordena al legislador la regulación de un procedimiento cuyo objetivo sea la puesta a disposición judicial de “toda persona detenida ilegalmente”. Por último, el art. 25.3 CE prohíbe a la Administración la imposición de sanciones privativas de libertad. Es en base a este conjunto de normas que la doctrina defiende la vigencia del principio de reserva judicial en la adopción de medidas privativas de libertad. Sin embargo, en comparación a la Ley Fundamental alemana, en España no existe el deber de la Policía de procurar inmediatamente una decisión judicial, sino que la CE entrega al detenido la posibilidad de reclamar dicha intervención judicial (*habeas corpus*), vid. *ibídem*, p. 276

<sup>40</sup> STC 12/1994, citada por CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 278. También la STC 71/1994 ha señalado que la garantía de intervención judicial determina el contenido esencial del derecho a la libertad personal a que alude el art. 53.1 CE. Sin embargo, en razón de la admisibilidad constitucional de otras privaciones de libertad independientes de una decisión judicial, se ha señalado que dicho contenido esencial, en el caso del derecho a la libertad personal, corresponde a las exigencias del principio de proporcionalidad y ponderación de bienes, vid. *ibídem*, p. 273; HOYOS SANCHO, *La detención...* op. cit., pp. 60 y ss.

razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación”<sup>41</sup>. Asimismo, la STC 341/1993 sobre diligencias policiales de identificación, ha señalado que si el art. 17.1 “remite a la ley la determinación de los casos en los que se podrá disponer una privación de libertad [...] en modo alguno supone que quede el legislador apoderado para establecer, libre de todo vínculo, cualesquiera supuestos de detención, arresto o medidas análogas. La ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos [...] y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad”<sup>42</sup>.

La justificación constitucional paradigmática de una privación de libertad es su vinculación a la persecución penal de los delitos. Desde ya, el art. 17 CE hace referencia a dos modalidades de privación de libertad por causa de delito: la detención preventiva y la prisión provisional. Sin embargo, “no sólo la comisión de un delito es título para restringir la libertad”<sup>43</sup>. La legitimidad de esos supuestos (p.ej. detención de extranjeros con fines de extradición, el arresto domiciliario del quebrado, las detenciones castrenses, las detenciones con fines de identificación de tipo preventivo, detención de personas sospechosas de ser portadoras de enfermedades infecto-contagiosas, y el internamiento de enajenados), dependerá de su justificación en la protección de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos<sup>44</sup>.

Sin embargo, no basta con una finalidad de protección constitucionalmente legítima, se requiere también el respeto al **principio de proporcionalidad**, que en sentido amplio o *prohibición de exceso*, sólo admite aquella injerencia en el derecho fundamental que sea adecuada y necesaria para obtener la finalidad constitucionalmente legítima perseguida por el legislador, siempre que tal injerencia se encuentre en una razonable relación con la finalidad perseguida<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> STC 178/1985, citada por PORTILLA, Guillermo. “La práctica de torturas y rigor innecesario contra detenidos y presos en España: análisis de la legislación procesal, penal, administrativa y penitenciaria que le sirve de cobertura”, en *Privación de libertad y derechos humanos*. Barcelona, Icaria editorial, 2008, p. 165.

<sup>42</sup> STC 341/1993, citada por GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 99.

<sup>43</sup> STC 178/1985, caso arresto del quebrado, citada por PORTILLA, op. cit., p. 165.

<sup>44</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 273-274.

<sup>45</sup> Al respecto, vid. HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., pp. 65 y ss.

## 2.2. El derecho a la intimidad personal

El art. 18 de la Constitución de 1978, dispone lo siguiente:

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

La STC 207/1996 de 16 de Diciembre distinguió entre:

- a) *Intervención corporal*: extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial o en su exposición a radiaciones, con el objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado. Afecta el derecho a la integridad física (art. 15 CE).
- b) *Inspecciones y registros corporales*: cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien para la determinación del imputado, o de circunstancias relativas al hecho punible o bien para el descubrimiento del objeto del delito. Afectan el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), **si recaen sobre partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad**<sup>46</sup>.

Respecto a la intimidad corporal, dicha sentencia señaló que “el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que se operan o por los

---

<sup>46</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Mendoza, Ediciones Jurídicas de Cuyo, 2001, p. 319; MARTÍN PASTOR, op. cit., p. 89 y ss.

instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona” (STC 207/1996, siguiendo las SSTC 37/1989, del 15 de febrero y 57/1994 de 28 de febrero)<sup>47</sup>.

Pero el derecho a la intimidad personal no restringe su protección al ámbito de la intimidad corporal. La misma STC 207/1996 señaló que este derecho fundamental, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (...) y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo”<sup>48</sup>.

Desde otro punto de vista, se ha sostenido que actualmente es insuficiente entender el derecho a la intimidad personal como un derecho de defensa (*status* negativo) frente a injerencias indebidas en la esfera privada del individuo, sin contemplar además, su dimensión positiva, como un derecho activo de control sobre el flujo de informaciones que afectan al individuo. De este modo, se entiende incorporado en el derecho a la intimidad personal del art. 18 CE, el derecho a la autodeterminación de la información o derecho a ejercer el dominio sobre los datos personales. La STC 254/1993 ha señalado al respecto que el derecho a la intimidad “adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona”<sup>49</sup>.

### **2.3 Relevancia iusfundamental de las diligencias policiales de identificación en el Derecho español**

En España, la actividad policial excede por mucho la detención propiamente cautelar de sujetos sospechosos. Es habitual que la policía, en el ejercicio de sus

---

<sup>47</sup> STC 207/1996, citada por MARTÍN PASTOR, op. cit., p. 92.

<sup>48</sup> Ídem.

<sup>49</sup> STC 254/1993 citada por CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 316. Se discute en España la autonomía o dependencia de la “libertad informática” respecto del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE; en este último sentido, vid. la STC 292/2000, citada en ANGUITA RAMÍREZ, Pedro. *La protección de datos personales y el derecho a la vida privada. Régimen jurídico, jurisprudencia y derecho comparado*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 59.

funciones, pare a un sujeto, sospechoso o no, a efectos de requerir su identificación, interrogarle brevemente, y proceder a su cacheo y registro, para eventualmente conducirlo a dependencias policiales<sup>50</sup>. Se ha discutido la licitud de tales diligencias, así como su injerencia en los derechos fundamentales, específicamente, el derecho a la libertad personal y el derecho a la intimidad personal.

Antes de la vigencia de la LOPSC de 1992, el problema era la realización de identificaciones y cacheos policiales fuera de los supuestos contemplados en la LECrim –el cacheo ni siquiera tenía regulación legal–, además de los casos de “retención policial”, –que tampoco tenía fundamento legal–. Al respecto, se desarrollaron dos posturas antagónicas:

a) Siguiendo el criterio de la STC 98/1986, se argumentó la inexistencia de una zona intermedia entre libertad y detención, pero entendida ésta en su sentido de medida cautelar personal. En consecuencia, toda actuación policial que representara una injerencia en el derecho a la libertad personal, de no mediar el consentimiento del afectado, exigía la concurrencia de los presupuestos de una detención, y por tanto, la creencia racional y objetivamente fundada de realización de un comportamiento punible, con pleno cumplimiento de sus garantías constitucionales y legales. En caso contrario, se afirmaba la existencia de un caso de detención ilegal.

b) Por el contrario, se exigía principalmente desde sectores policiales, la necesidad de consagrar legalmente la posibilidad de interferir en la libertad personal, sin la existencia de motivos racionalmente bastantes, objetivamente fundados, de realización de un hecho punible, ni la plena vigencia de las garantías constitucionales y legales de este derecho fundamental<sup>51</sup>.

La Sección Cuarta de la Sala Segunda del TC, se pronunció sobre las diligencias de identificación y cacheo, a raíz de la declaración de inadmisibilidad de recursos de amparo por falta de contenido constitucional. Siguiendo el criterio de la STC 107/1985, el TC señaló en las providencias del 26 de noviembre de 1990 (recurso

---

<sup>50</sup> Vid. GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 177.

<sup>51</sup> PORTILLA, op. cit., pp. 162, 167.

de amparo 2252/1990), y las dos del 28 de enero de 1991 (recursos de amparo 2260/1991 y 2262/1991) lo siguiente:

“El derecho a la libertad y como contrapartida a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida por la ley, no puede entenderse afectado por las diligencias policiales de cacheo e identificación, pues aun cuando estas diligencias inevitablemente comportan molestias, su realización supone para el afectado un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado, sin la previa existencia de indicios de infracción contra su persona, en el curso de la actividad preventiva o indagatoria de hechos delictivos que a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incumbe, a tenor de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley 2/1986, de 13 de marzo (...) Esta momentánea paralización de la actividad cotidiana del ciudadano no entraña una privación de la libertad ni atenta contra su derecho de libre circulación, que quedan intactos, tras la práctica de dichas medidas policiales, siempre que éstas se realicen por los funcionarios legalmente autorizados y durante el tiempo mínimo imprescindible para cumplir con el fin que persiguen”<sup>52</sup>.

En 1992, la LOPSC incorporó al ordenamiento jurídico español la conducción a dependencias policiales con fines de identificación. La STC 341/1993 declaró que esta medida importa una privación de libertad, pero no constituye un caso de detención preventiva, y por tanto, no corresponde aplicar sus garantías constitucionales y legales, salvo la de informar las razones de la detención, y la duración por el tiempo imprescindible. Pero omitió la STC 341/1993 pronunciamiento respecto del art. 20.1 LOPSC, que reguló la diligencia de identificación *in situ*, que supone, necesariamente, la inmovilización del afectado por un tiempo determinado, la que usualmente va acompañada del cacheo o registro de la persona afectada.

Existen en doctrina tres posturas respecto a la relevancia iusfundamental de estas diligencias policiales de identificación y cacheo<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Providencia de 28 de enero de 1991, citada por ALONSO PÉREZ y otros, op. cit., p. 835. Vid. también CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 250-251, 364; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., pp. 240 nota 29, 292 y ss.

<sup>53</sup> GARCÍA MORILLO, op.cit., p. 221-230.



a) Siguiendo el criterio de la STC 107/1985 y de las referidas providencias de la Sala Segunda del TC, se sostiene la **diferencia existente entre inmovilización y detención**, unida a la **irrelevancia constitucional de las diligencias de identificación y cacheo/registro**, por constituir ellas un sometimiento no ilegítimo a las normas de policía, con fundamento legal en las normas que regulan la función genérica de prevención e indagación de la Policía (arts. 282 LECrim, 11.1 f) y g) LOFCS) o más recientemente, en el art. 19.2 LOPSC<sup>54</sup>. Esta tesis subyace a la jurisprudencia mayoritaria del TS, que exige además proporcionalidad y racionalidad de la medida (exclusión de arbitrariedad), sin perjuicio de que en ciertos casos, su valoración se haga según la experiencia policial, y justificación ex post en razón del resultado del registro<sup>55</sup>.

El problema, para GARCÍA MORILLO, es que esta interpretación unifica erróneamente la mera parada con el registro sin previa detención<sup>56</sup>.

b) La segunda tesis, siguiendo el criterio de la STC 98/1986, defiende la relevancia iusfundamental de estas medidas, **identificando toda diligencia que afecte en alguna medida el derecho a la libertad personal con la detención como medida cautelar personal**, y en consecuencia, la realización por un agente policial de una parada, identificación, cacheo y registro, son todas situaciones en que el afectado se

---

<sup>54</sup> Vid. ALONSO PÉREZ y otros, op. cit., p. 249-250

<sup>55</sup> Vid. STS de 15 de abril de 1993 (879/1993) y de 1 de febrero de 1995 (88/1995), citadas por GIMENO SENDRA y otros, op. cit., pp. 58, 109-112, vid. también STS de 20 de febrero de 1998, STS 1317/1999 y STS de 6 de octubre de 2000 (1519/2000), citadas por URIARTE VALIENTE y FARTO PIAY, op. cit., pp. 124, 192, 201. Reconociendo una mínima restricción del derecho a la libertad personal, vid. SSTS de 20 de diciembre de 1993 (2870/1993), de 31 de enero de 1994 (163/1994), de 23 de febrero de 1994 (356/1994), de 11 de noviembre de 1997 (1344/1997), citadas por GIMENO SENDRA y otros, op. cit., pp. 55-57, 107-109, 112-116. En este mismo sentido, vid. SSTS de 7 de julio de 1995 y de 23 de febrero de 2003, citadas por URIARTE VALIENTE y FARTO PIAY, op. cit., pp. 92, 203. La jurisprudencia más reciente ha precisado que estas medidas no suponen violación de derechos fundamentales, especialmente respecto del derecho a la intimidad, siempre que la actuación cuente con amparo legal, esté racionalmente justificada y se mantenga dentro de los límites de la proporcionalidad, vid. SSTS de 31 de marzo de 2000 (525/2000), de 19 de febrero de 2003 (253/2003) y de 15 de marzo de 2006 (352/2006), citadas por URIARTE VALIENTE y FARTO PIAY, op. cit., pp. 201-203.

<sup>56</sup> GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 221-222.

encuentra detenido, y por tanto, deben regir todos sus requisitos y garantías constitucionales y legales<sup>57</sup>.

Sin perjuicio de su intención garantista, GARCÍA MORILLO ha criticado la identificación de toda parada con la detención, pues sus grados de afectación al derecho a la libertad personal no son equivalentes, y además, tal equiparación conlleva el indeseable efecto de permitir la realización de medidas intrusivas propias de la detención y de mayor intensidad (como el registro) en los casos en que sólo hay una mera inmovilización. Por otro lado, la vigencia plena de las garantías del detenido importaría la designación de oficio de un abogado en todo supuesto de parada policial, lo cual es inverosímil e impracticable<sup>58</sup>.

c) La tercera postura, resuelve el problema distinguiendo los derechos fundamentales afectados y el grado o intensidad de la injerencia, tomando en consideración las exigencias del principio de proporcionalidad. Parar o inmovilizar, no es detener, pero no por ello se trata de una diligencia irrelevante para los derechos fundamentales<sup>59</sup>.

GARCÍA MORILLO distingue cinco hipótesis diferentes, las que pueden ocurrir acumulativa o indistintamente. La vigencia del principio de proporcionalidad se observa en que siendo diferente la afectación iusfundamental, distintos sean los requisitos exigidos para la aplicación de estas medidas:

**1.- Parada e interrogatorio no imputativo:** Mera inmovilización momentánea del afectado por esta medida, que constituye apenas una intromisión mínima en la libertad de un sujeto. En principio, no requiere causa para su realización, pero si el sujeto afectado se rehúsa, independiente de la autorización legal de esta medida en términos generales por la LOFCS, su legitimidad depende de su justificación: no puede ser

---

<sup>57</sup> Vid. HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., pp. 237 y ss., 241-242, 268-269. Para PORTILLA, op. cit., p. 165, la privación de libertad-detención existe desde el instante mismo en que el ciudadano no consiente la diligencia, concurran o no motivos bastantes de criminalidad, siendo obligatorias las garantías del art. 17 CE. Su justificación legal se encuentra en los artículos 11 y 12 LOFCS.

<sup>58</sup> GARCÍA MORILLO, op. cit., pp. 221-222, 225

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 221.

efectuada arbitrariamente, se exige causa razonable, la que puede ser de menor índole<sup>60</sup>.

**2.- Parada y requerimiento de identificación:** También es una mera inmovilización momentánea que constituye una injerencia mínima en la libertad personal, no privativa de libertad, en razón de su menor intensidad<sup>61</sup>. Requiere causa razonable (que puede ser de menor índole), pues el policía no puede incurrir en arbitrariedad si afecta derechos fundamentales, aunque tal injerencia sea mínima<sup>62</sup>.

Pero la retención del afectado en la vía pública, o en su vehículo, mientras se realizan las “comprobaciones pertinentes” de la identificación del sujeto, importa un mayor grado de afectación del derecho a la libertad personal, que va más allá de la mera inmovilización del afectado (para CASAL HERNÁNDEZ, estas comprobaciones son constitutivas de privación de libertad<sup>63</sup>).

Desde otro punto de vista, el mero requerimiento de información constituye por sí mismo una afectación constitucionalmente relevante del derecho a la intimidad, consagrado en el art. 18.1 CE, en el sentido de control sobre los datos personales o derecho a la *autodeterminación informativa*. En palabras de CASAL HERNÁNDEZ, “la identidad es la «puerta de entrada» de la intimidad, por la cual pueden penetrar las injerencias del poder, y el requerimiento de identificación incide en una de las manifestaciones de la facultad de control sobre los datos personales, el control de su captación”, en razón de que por causa de tal requerimiento “el afectado se ve obligado a salir del anonimato y a suministrar ciertos datos personales”<sup>64</sup>.

**3.- Parada y cacheo:** Requiere la inmovilización de la persona afectada. El problema en esta hipótesis es resolver qué se entiende por cacheo: si corresponde al mero palpamiento superficial en búsqueda de armas (finalidad defensiva) o si se

---

<sup>60</sup> GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 226.

<sup>61</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 263.

<sup>62</sup> GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 226.

<sup>63</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 263

<sup>64</sup> *Ibidem*, pp. 315-316.

entiende por tal el registro de la persona y sus efectos, destinado a buscar medios de prueba de un delito (finalidad investigativa).

La diligencia de cacheo es ampliamente problemática en España, tanto en doctrina como en la jurisprudencia. Se discute su admisibilidad legal, en razón de la inexistencia de texto explícito, al margen del art. 19.2 LOPSC, que opera en circunstancias específicas de comisión de un hecho delictivo causante de grave alarma social. En general, la jurisprudencia del TS sin perjuicio de identificar cacheo y registro, ha sostenido que, en razón de lo dispuesto en el art. 126 CE, 282 LECrim, 11 y 12 LOFCS y 547 LOPJ, “la Policía pueda realizar válidamente actuaciones que supongan una injerencia leve en la intimidad, especialmente en casos de urgencia de la intervención [...] la ley habilita con carácter general a la policía judicial para la realización de actuaciones no enumeradas concretamente ni expresamente descritas legalmente pero en todo caso orientadas a la averiguación de los delitos, y al descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes, asegurando también los efectos del delito y poniéndolos a disposición de la autoridad judicial, siempre dentro de las exigencias que impone el principio de proporcionalidad, y con las limitaciones derivadas de la necesidad de autorización judicial en los casos en los que así lo exija la Constitución o la ley”<sup>65</sup>.

Para quienes sostienen un concepto restringido, el cacheo propiamente tal no requiere detención, siendo causa suficiente de su realización la inmovilización no privativa de libertad, que debe cumplir también con las exigencias de proporcionalidad y motivo racional<sup>66</sup>. FERNÁNDEZ BERMEJO, entendiendo el cacheo en este sentido restringido, defiende su cobertura legal general en el art. 19.2 LOPSC, y su admisibilidad constitucional en razón de su mínimo nivel de afectación de derechos fundamentales<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> STS 1268/2006, de 20 de Diciembre, citada por URIARTE VALIENTE y FARTO PIAY, op. cit., pp. 177-178.

<sup>66</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 263; GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 192, 194-197, 227; MARTÍN PASTOR, op. cit., p. 85.

<sup>67</sup> FERNÁNDEZ BERMEJO, op. cit., p. 514. Vid también MARTÍN PASTOR, op. cit., p. 85

En todo caso, se ha sostenido que resulta inadmisibles en el contexto de un Estado Liberal y Democrático de Derecho la realización de cacheos policiales “para ver qué pasa”, el marco de operaciones policiales de descubrimiento de delitos<sup>68</sup>.

**4.- Parada y registro de la persona y de los objetos que porte.** Ante la sospecha de que un sujeto haya cometido un delito, se le para y registra, con el objeto de encontrar medios de prueba. Esta medida trasciende la mera inmovilización, y constituye una injerencia en la libertad personal que es propia de la detención. Su procedencia está determinada por la existencia de autorización judicial o la presencia de motivos racionales bastantes que justifiquen la detención: si ella está autorizada, también lo está el registro y lo encontrado en razón de él es prueba válida, aunque se refiera a otro delito. Es la causa y no lo hallado lo que justifica la detención. En consecuencia, el registro es constitucionalmente inadmisibles si no ha existido detención, no es que detención sea lo mismo que el registro sino que éste exige detención previa<sup>69</sup>.

La realización del registro personal importará también una injerencia en el derecho a la intimidad personal, cuando recaiga sobre partes íntimas del cuerpo o incida en la privacidad del afectado<sup>70</sup>.

**5.- Conducción a dependencias policiales:** Trasciende la mera inmovilización, constituye una privación de libertad (STC 341/1993).

En consecuencia, en los términos ya expuestos, las diligencias policiales de identificación y cacheo constituyen una afectación constitucionalmente relevante de derechos fundamentales<sup>71</sup>. Aun cuando la LOPSC debe su carácter de ley orgánica a un informe surgido en su tramitación parlamentaria, respecto a la injerencia de esta ley en el “derecho a la libre circulación”, la regulación de las diligencias policiales de

---

<sup>68</sup> Sobre el cacheo, vid. CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 255, 262, 363 y ss.

<sup>69</sup> *Ibíd.*, p. 263; GARCÍA MORILLO, op. cit., pp. 195-196, 227-230. El problema en consecuencia es la determinación de las causas que justifican la detención. Por ejemplo, en España, el TS en el caso Bilbao Donoso, señaló que basta con el tránsito por lugares de alta criminalidad para justificar una detención, criterio distinto al desarrollado por la CS de EE.UU en *Brown v. Texas*, vid. *infra*, Sección 3ª, V, 3.

<sup>70</sup> GARCÍA MORILLO, op. cit., pp. 194-195, 227.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, pp. 190 y ss.

identificación manifiesta serias deficiencias en cuanto a la precisión, proporcionalidad y protección del afectado exigible en razón de su afectación a derechos fundamentales, como veremos en la parte final de esta sección<sup>72</sup>.

## II. La constatación de identidad en la LECrim

### 1. Aspectos generales

La LECrim regula el requerimiento de identificación del sujeto sospechoso en su art. 493, sin perjuicio de que el desarrollo de la detención policial cautelar importe como medidas accesoria la identificación del sujeto<sup>73</sup>. Respecto al sujeto no sospechoso, el requerimiento de identificación se regula en el art. 770.5 LECrim.

---

<sup>72</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 312, 317.

<sup>73</sup> La detención preventiva, en virtud del principio de reserva judicial, es excepcionalmente realizada por la Policía, antes de la intervención de un órgano jurisdiccional, en dos supuestos de naturaleza cautelar, cuya finalidad es asegurar la persona del imputado para su puesta a disposición judicial:

a) En situación de flagrancia (Art. 490 LECrim: "Cualquier persona puede detener: 1º) Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo; 2º) Al delincuente in fraganti". Se ha señalado que ambos numerales pueden ser reunidos en el segundo, pues el primero está haciendo referencia al grado de tentativa punible, vid. OLIVA SANTOS y otros, op. cit., p. 398; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 78-79). En este caso, en cuanto al *fumus comisi delicti*, el título de imputación es el *sorprendimiento en flagrancia*, es decir, la percepción sensorial directa de la perpetración de un hecho punible por un tercero, existiendo además inmediatez temporal (sorprendimiento del sujeto durante la perpetración del acto, o inmediatamente después, existiendo en este caso conexión material directa e inmediata –huellas, instrumentos- entre el hecho producido y la persona o personas a quienes se imputa su comisión) e inmediatez personal o espacial (sorprendimiento del sujeto realizado en el lugar de comisión del hecho, o en sus inmediaciones, y en una relación con el objeto e instrumentos utilizados que evidencien *prima facie* su participación, no siendo incompatible con ello la detención realizada como consecuencia de una persecución iniciada inmediatamente después del descubrimiento, incluso si se realiza lejos del lugar de los hechos y transcurrido ya un tiempo). En cuanto al *periculum libertatis*, corresponde al peligro de fuga u ocultamiento, determinable en razón de la gravedad del hecho y las circunstancias personales y sociales del imputado. Efectuada la detención en flagrancia por particulares y puesto el detenido a disposición de la policía, o realizada desde el inicio por funcionarios policiales, deberán ellos identificar e interrogar al detenido para asegurarse de la existencia de motivos racionalmente bastantes para creer que ha participado en la perpetración de un hecho punible, o para comprobar si se da alguna circunstancia del art. 490 LECrim (que además del supuesto de flagrancia (num. 1º y 2º), alude a la detención del fugado (num. 3º, 4º, 5º, 6º) y la del procesado o condenado en rebeldía (num 7º). Vid. GIMENO SENDRA y otros, op. cit. pp. 35, 63-64; HOYOS SANCHO, Montserrat de. "Análisis comparado de la situación de flagrancia". *Revista de Derecho (Valdivia)*, Dic. 2001, vol. 12, no. 2, pp. 139-147; del mismo, *La detención...*, op. cit., pp. 78 y ss., 163 nota 72.

b) En razón de *notitia criminis* (simple conocimiento o dato que permite creer racionalmente que existe un delito) obtenida a través de denuncia o conocimiento propio de los agentes policiales, cuando el juez no ha iniciado diligencias al respecto, con tal que concurren las dos circunstancias siguientes: 1ª. Que la autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que

## 2. Requerimiento de identificación de sujetos sospechosos cuando la detención no sea procedente

Art. 493 LECrim. “La autoridad o agente de Policía judicial tomará nota del nombre, apellido, domicilio y demás circunstancias bastantes para la averiguación e identificación de la persona del procesado o delincuente a quienes no detuviere por no estar comprendidos en ninguno de los casos del artículo anterior<sup>74</sup>.”

---

presente los caracteres de delito. 2ª. Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él (Art. 492 nº4 LECrim). Si los agentes policiales toman conocimiento de un hecho presuntamente delictivo, deben realizar todas las diligencias necesarias para su comprobación y la averiguación y descubrimiento del delincuente (arts. 13, 269 y 282 LECrim). Si a consecuencia de ello, la Policía obtiene los motivos racionales bastantes a que alude el art. 492 nº4 LECrim, ya sea porque la realización de estas diligencias han dado verosimilitud a la denuncia, o porque el policía por sí mismo, de forma racional ha alcanzado tales motivos bastantes para atribuir participación, deberá encontrar a esa persona y detenerla, informándole los hechos que se le atribuyen, procediendo a la identificación e interrogatorio del sospechoso (arts. 17.2 CE en relación al art. 520 LECrim), . La identificación se entiende en sentido formal (determinación de la identidad del sospechoso, mediante sus datos personales, principalmente a través de la exhibición del DNI) y material (determinación física de la identidad del sospechoso, por medios tales como fotografías, antropometría, dactiloscopia y reconocimiento en rueda o grupo). La identificación permite además conocer la existencia de órdenes de búsqueda y captura pendientes o la existencia de un proceso penal en curso, actuando los agentes en consecuencia. Por lo tanto, la detención por motivos racionales bastantes, permite satisfacer la “necesidad de conocer desde un principio la identidad de la persona con quien se va a dirigir la imputación, así como la exigencia legal y práctica de proceder al interrogatorio del imputado...” (HOYOS SANCHO, *La detención...* op. cit., pp. 162-163). Si al realizar las diligencias de identificación e interrogatorio, se desvirtúan los motivos que tuvo la policía para detener, el afectado deberá ser puesto en libertad inmediatamente, poniendo en conocimiento del juez el atestado en que constan las diligencias efectuadas por la Policía (art. 292 LECrim). Si, por el contrario, se confirman los motivos racionales bastantes, la puesta a disposición judicial del detenido o su libertad depende de la concurrencia de *periculum libertatis* (peligro de fuga u ocultamiento, o peligro de oscurecimiento u obstaculización de la investigación, determinable en razón de la gravedad del hecho y las circunstancias personales y sociales del imputado). Concurriendo *periculum libertatis*, debe el detenido ser puesto a disposición del Juez de la instrucción, quien practicará las primeras diligencias y elevará la detención a prisión o decretará la libertad del detenido según proceda (art. 499 LECrim). Vid. ALONSO PÉREZ y otros, op. cit., p. 245, 367, 369-370; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., pp. 160 y ss., 199.

<sup>74</sup> Artículo 492. La autoridad o agente de policía judicial tendrá obligación de detener:

1º) A cualquiera que se halle en alguno de los casos del art. 490.

2º) Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la prisión correccional.

3º) Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad Judicial.

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente.

4º) Al que estuviere en el caso del número anterior<sup>74</sup>, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes:

Esta nota será oportunamente entregada al Juez o Tribunal que conozca o deba conocer de la causa”.

Es característico del texto legal omitir referencia a la posibilidad de conducir al sospechoso a dependencias policiales con fines de identificación. Según el art. 493 LECrim, en caso de no concurrir los presupuestos que autorizan la detención preventiva, ya sea por inexistencia de motivos racionales bastantes, o porque no existan indicios que permitan presumir que el detenido no comparecerá ante el Juez si es citado (inexistencia de *periculum libertatis*), la Policía Judicial deberá identificar al sujeto sospechoso, exigiendo los datos personales a los que esa norma alude, comunicando al afectado la obligación de comparecer si es citado judicialmente, instruyendo el atestado correspondiente, remitiendo todo lo actuado al Juez competente<sup>75</sup>.

En consecuencia, el art. 493, además de aludir al caso de que el agente “no detuviere”, hace referencia a “los supuestos en que una vez identificado el sospechoso e interrogado acerca de los hechos, no haya de proseguir la detención del mismo por no existir el peligro de que se frustren los fines del proceso a pesar de que persista la imputación del delito”<sup>76</sup>.

### **3. Requerimiento de identificación de sujetos sospechosos en caso de faltas**

Los agentes policiales están facultados implícitamente por el art. 495 LECrim<sup>77</sup> para efectuar el requerimiento de identificación al presunto autor de una falta. Si existieren motivos racionales bastantes de la presunta participación en la comisión de una falta, o el sospechoso fuese sorprendido por la policía en flagrancia, el agente efectuará el requerimiento de identificación. Una vez acreditada la identidad del

---

<sup>1ª</sup> Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

<sup>2ª</sup> Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.

<sup>75</sup> GIMENO SENDRA y otros, op. cit., pp. 83-84.

<sup>76</sup> HOYOS SANCHO, *La detención...* op. cit., p. 166.

<sup>77</sup> Art. 495 LECrim: “No se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviere domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intentare detenerle”.



sospechoso y su domicilio (principalmente mediante la exhibición del DNI) y completo el atestado, se le dejará en libertad, advirtiéndole de la obligación de comparecer ante el Juez cuando sea citado, remitiendo todo lo actuado al Juez competente<sup>78</sup>.

Si como consecuencia del requerimiento, el sospechoso no tuviese domicilio conocido o no pudiere acreditarlo suficientemente, deberá prestar fianza bastante para garantizar la comparecencia ante el Juez<sup>79</sup>. Si no rindiere fianza suficiente, se priva de libertad al sospechoso, detención cautelar justificada en el *periculum libertatis* de que el detenido se sustraiga a la acción de la Justicia<sup>80</sup>.

#### **4. Requerimiento de identificación de sujetos no sospechosos**

Los agentes de Policía están facultados para identificar y tomar los datos personales y dirección a las personas que se encuentren en el lugar en que se cometió el delito (art. 770.5 LECrim<sup>81</sup>). Corresponde al supuesto de identificación de testigos en la LECrim<sup>82</sup>.

Si el requerido se vuelve sospechoso, desde el momento en que se le atribuya participación en un hecho punible, se procederá a su detención si concurriere algún supuesto del art. 492 LECrim, aplicándose al efecto todas las garantías del detenido en la CE y la LECrim<sup>83</sup>.

#### **5. Negativa a identificarse**

---

<sup>78</sup> El fundamento de esta puesta en libertad es la inexistencia de *periculum libertatis*, en razón de la falta de gravedad de los hechos imputados, por lo que es “improbable que el infractor rompa sus hábitos sociales con el fin de ponerse fuera del alcance de la justicia”, y en consecuencia, la detención en caso de faltas es excepcional, ALONSO PÉREZ y otros, op. cit., pp. 246-247. Vid. también HOYOS SANCHO, *La detención...* op. cit., p. 179.

<sup>79</sup> HOYOS SANCHO, *La detención...* op. cit., p. 179 nota 141.

<sup>80</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 317; HOYOS SANCHO, *La detención...* op. cit., p. 179.

<sup>81</sup> Art. 770 “La Policía Judicial acudirá de inmediato al lugar de los hechos y realizará las siguientes diligencias: 5. Tomará los datos personales y dirección de las personas que se encuentren en el lugar en que se cometió el hecho, así como cualquier otro dato que ayude a su identificación y localización, tales como lugar habitual de trabajo, números de teléfono fijo o móvil, número de fax o dirección de correo electrónico”.

<sup>82</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 317; HOYOS SANCHO, *La detención...* op. cit., p. 246.

<sup>83</sup> HOYOS SANCHO, *La detención...* op. cit., p. 261.

Si hubiese negativa del requerido a entregar sus datos identificatorios, puede ser detenido según el art. 495 LECrim, si no tuviese domicilio conocido (circunstancia normal al efectuarse un requerimiento de identificación) o no prestare fianza suficiente, en razón de la realización de la falta de desobediencia leve a la autoridad (art. 634 CP<sup>84</sup> <sup>85</sup>).

### **III. La constatación de identidad en la LOPSC**

#### **1. Aspectos generales**

La LOPSC, en su capítulo III denominado “Actuaciones para el mantenimiento y restablecimiento de la Seguridad Ciudadana”, dispone en el art. 20 lo siguiente:

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible.

3. En las dependencias a que se hace referencia en el apartado anterior se llevará un Libro-Registro en el que se harán constar las diligencias de identificación realizadas en aquéllas, así como los motivos y duración de las mismas, y que estará en todo momento a disposición de la autoridad judicial competente y del

---

<sup>84</sup> Art. 634 CP “Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de 10 a sesenta días”.

<sup>85</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 317.

Ministerio Fiscal. No obstante lo anterior, el Ministerio del Interior remitirá periódicamente extracto de las diligencias de identificación al Ministerio Fiscal.

4. En los casos de resistencia o negativa infundada a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Constituye un presupuesto necesario del requerimiento de identificación por parte de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el desconocimiento de los datos personales del afectado. En consecuencia, la identificación puede estar dirigida a obtener tales datos, o también, a comprobar su correspondencia con la de un sujeto cuya identidad ya esté en poder de la Policía<sup>86</sup>. En razón de lo dispuesto en el art. 9.1 LOPSC<sup>87</sup>, los datos exigidos corresponden a los contenidos del DNI.

La regulación en la LOPSC de las diligencias policiales de identificación, permite distinguir dos etapas: en primer lugar, el requerimiento de identificación efectuado *in situ*, (arts. 20.1 y 19.2 LOPSC) y en segundo lugar, el requerimiento de “acompañamiento” a dependencias policiales con fines de identificación (art. 20.2 LOPSC).

## **2. Primer requerimiento: Identificación *in situ*.**

### **2.1. Supuesto de hecho**

#### **2.1.1. Caso del art. 20.1 LOPSC**

En razón de lo dispuesto en el art. 20.1 LOPSC, los agentes policiales podrán requerir la identificación de una persona cuando “en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención (...) ***fuese necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad***”.

---

<sup>86</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 340-341; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 237 nota 13.

<sup>87</sup> Art. 9.1 LOPSC. Todos los españoles tendrán derecho a que se les expida el Documento Nacional de Identidad, que gozará de la protección que a los documentos públicos y oficiales otorgan las leyes, y que tendrá, por si solo, suficiente valor para la acreditación de la identidad de las personas.

La escasa determinación con que la norma regula el presupuesto fáctico de esta medida (“ejercicio de las funciones de protección de la seguridad”), está remitiendo en general a las funciones generales de la Policía, pues el mismo art. 1 LOPSC, atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la función de “proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, crear y mantener las condiciones adecuadas a tal efecto y remover los obstáculos que la impidan...”. De este modo, la expresión “en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención”, no tiene un real efecto restrictivo para la realización de este requerimiento<sup>88</sup>.

Es por este motivo, que BANACLOCHE ha señalado que el art. 20.1. ha establecido “un deber general de identificación”<sup>89</sup>, lo cual es criticable en razón de su relevancia como afectación de derechos fundamentales<sup>90</sup>.

### **2.1.2. Caso del art. 19.2 LOPSC**

#### **Controles en la vía, lugares o establecimientos públicos<sup>91</sup>**

Art. 19.2 LOPSC. “Para el descubrimiento y detención de los partícipes en un hecho delictivo causante de grave alarma social y para la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas del mismo, se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, en la medida indispensable a los fines de este apartado,

---

<sup>88</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 342.

<sup>89</sup> BANACLOCHE PALAO, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 250 y 251, y 420, citado por CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 342.

<sup>90</sup> En especial desde el punto de vista del criterio de la Comisión Europea de Derecho Humanos en su interpretación del art. 5 CEDH, que ha fundamentado las privaciones de libertad vinculadas a la realización de controles de identidad en el art. 5.1 b) del Convenio, esto es, *asegurar el cumplimiento de una obligación legal* (casos *Mac Veigh, B contra Francia, Reyntjens contra Bélgica*). Siguiendo a CASAL HERNÁNDEZ, la aplicación del art. 5.1 b) CEDH exige concreción y especificidad de la obligación legal, así como su importancia y necesidad. La STC 341/1993, declaró la compatibilidad del traslado del afectado a dependencias policiales según el art. 20.2 LOPSC con el art. 5.1 b) CEDH, en razón de que el deber de identificarse “constituye una “obligación” legal en el sentido dicho, que permite, dadas las circunstancias previstas en este último precepto, asegurar la identificación de las personas afectadas, cuando no haya otro medio para ello, incluso mediante su privación de libertad”, citada por GIMENO SENDRA y otros, op. cit., p. 35. Vid. también CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 122 y ss; PORTILLA, op. cit., p. 166.

<sup>91</sup> Estos controles generales, antes de la vigencia de la LOPSC, carecían de fundamento legal. Se pretendía su justificación en los artículos 11 y 12 LOFCS, que establecen genéricamente las funciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Vid. HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 291 nota 211.

al objeto de proceder a la identificación de las personas que transiten o se encuentren en ellos, al registro de los vehículos y al control superficial de los efectos personales con el fin de comprobar que no se portan sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos. El resultado de la diligencia se pondrá de inmediato en conocimiento del Ministerio Fiscal”

Son dos las medidas que puede realizar la policía en virtud de esta disposición: el control policial y las redadas o *razzias*. El primero corresponde a aquellos puestos de inspección fijos establecidos con el fin de parar y registrar a todo sujeto que pase por el control (vehículos o transeúntes), procediéndose a su identificación, registro y eventual detención. La *razzia* o redada corresponde al “cierre o acordonamiento” de un lugar previamente determinado, por sorpresa, con el objeto de inmovilizar, identificar, registrar y eventualmente detener, a las personas que allí se encuentren<sup>92</sup>.

El control policial a que alude este art., exige la **comisión previa de un delito causante de grave alarma social** (p.ej. robo de un banco, delitos terroristas, tráfico de drogas)<sup>93</sup>. Sin embargo, la praxis policial, como también el TS en su sentencia de 7 de julio de 1995, han interpretado la finalidad de comprobar el porte de sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos, como una autorización general para realizar controles preventivos para luchar contra la delincuencia (por ejemplo, mediante el descubrimiento de porte de drogas), lo cual infringe abiertamente el principio de legalidad, pues la norma exige la comisión cierta y previa de un delito causante de grave alarma social, de cuya existencia haya tenido conocimiento la policía, siendo la finalidad de estos controles el descubrimiento y captura de sus autores y la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas del mismo<sup>94</sup>.

## 2.2. Medidas policiales de identificación

---

<sup>92</sup> HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 292.

<sup>93</sup> Se ha criticado la vaguedad de esta referencia a la grave alarma social como presupuesto de la intervención. Es preferible la normativa alemana que determina específicamente los delitos cuya comisión importa la adopción de estas medidas, exigiendo orden judicial previa o, en caso de urgencia, a posteriori, *ibídem*, pp. 296-297.

<sup>94</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 347, 367 nota 315.

### 2.2.1. Caso del art. 20.1 LOPSC

#### a) Requerimiento de identificación

En razón de lo dispuesto en el art. 20.1, el agente policial está facultado para requerir la identificación de una persona, exigiendo sus datos personales y la exhibición de la documentación correspondiente<sup>95</sup>.

En virtud de lo señalado en el art. 9.1 LOPSC, el DNI, tiene “por sí solo, suficiente valor para la acreditación de la identidad” Sin embargo, *la ley no hace obligatorio el porte de dicho documento*, y por tanto, la identidad puede ser otorgada mediante otros medios (por ejemplo, documentos tales como la licencia de conducir o el pasaporte, o el dicho de terceros). Desde ya, el art. 12 del Decreto 196/1976, en la redacción dada por el Real Decreto 1245/1985, sin perjuicio de establecer la obligación de exhibir el DNI ante requerimiento de la autoridad o sus agentes, permite demostrar la identidad por cualquier otro medio, cuando las personas no lo llevaran consigo. Misma conclusión surge de la redacción del art. 20.2 LOPSC, cuando exige el “no lograrse la identificación por cualquier medio”, como requisito necesario para la conducción del afectado a dependencias policiales. Sin embargo, no se cumple con la identificación si existen indicios de falsedad o adulteración de la documentación exhibida<sup>96</sup>.

#### b) “Comprobaciones pertinentes”

Según lo dispuesto en el art. 20.1 LOPSC, los agentes policiales están facultados para “realizar las comprobaciones pertinentes”<sup>97</sup>. Nuevamente, la falta de

---

<sup>95</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 344.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 344.

<sup>97</sup> La realización *in situ* de comprobaciones pertinentes puede importar, según CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p.263, una privación de libertad. En contra, parte de la doctrina entiende que el resultado privación de libertad ocurre desde que se efectúa el requerimiento de identificación, pues el afectado desde ese momento se ve impedido de la libertad de abandonar el lugar en que se encuentra, sin importar si accede a identificarse voluntariamente o no. Vid. HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., pp. 237 y ss., 241-242, 268-269. Para GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 151, ni el requerimiento de identificación ni las comprobaciones pertinentes constituyen privación de libertad (la que existe para este autor a partir de la conducción a dependencias policiales, o en sus términos, una vez que el afectado es “retenido”), pero sí importan una restricción de libertad “probablemente en la escala de menor grado o intensidad”.

determinación del texto legal es manifiesta, nada dice la ley en qué consisten estas “comprobaciones pertinentes”.

Se ha señalado en doctrina, que la ley está facultando a los agentes policiales a verificar los datos suministrados por el afectado mediante su confrontación con los registros de archivos administrativos, a través de la comunicación del funcionario con dependencias policiales (por ejemplo, consulta a la central de datos para corroborar la autenticidad del DNI o para la verificación de rasgos o circunstancias especiales que permitan la identificación o la exclusión del afectado de las sospechas policiales). Además se ha señalado que dicha comprobación sólo es admisible ante la falta de un documento que por sí mismo acredite la identidad<sup>98</sup>.

También dentro de estas comprobaciones pertinentes, sería posible preguntar a terceros que puedan corroborar la información entregada por el afectado acerca de su identidad<sup>99</sup>.

Se ha discutido la posibilidad de realizar además, en el contexto de las “comprobaciones pertinentes”, dos medidas adicionales, de mayor habitualidad en la actividad policial:

a) Solicitud de antecedentes del afectado, así como la verificación de la existencia de órdenes de búsqueda y captura, u otro requerimiento judicial. Según CASAL HERNÁNDEZ, es admisible sólo en caso que tal información se vincule a la razón que llevó al agente policial a formular el requerimiento, como la presunción de que el afectado sea buscado por la comisión de un delito, pero jamás como medida rutinaria e indiscriminada<sup>100</sup>.

b) Cacheo y registro: La facultad de efectuar una palpación en la superficie corporal del afectado, en búsqueda de armas, bajo circunstancias concretas, está consagrada en el art. 11 LOFCS<sup>101</sup>. También podría la policía efectuar un cacheo

---

<sup>98</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 345; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., pp. 238 nota 20, 251.

<sup>99</sup> HOYOS SANCHO, op. cit., p. 238 nota 20.

<sup>100</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 346.

<sup>101</sup> Ídem; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., pp. 250-251.

superficial con la finalidad de encontrar la documentación del afectado, excluyéndose la búsqueda de otros elementos que permitan lograr su identificación<sup>102</sup>.

Más allá de esa finalidad, la búsqueda de antecedentes probatorios de un delito cualquiera (circunstancia habitual en los requerimientos de información, y en muchos casos, razón principal de su realización<sup>103</sup>), excede los límites que impone el principio de legalidad para la interpretación del art. 20.1. LOPSC. Más aún si se tiene en cuenta la injerencia de esta medida en el derecho a la intimidad, y en el derecho a la libertad personal<sup>104</sup>.

Por otro lado, el TC ha señalado que “la norma no permite en modo alguno interrogar e investigar a la persona sobre más extremos que los atinentes, rigurosamente a su identificación”<sup>105</sup>.

### **2.2.2. Caso del art. 19.2 LOPSC**

#### **Controles en la vía, lugares o establecimientos públicos**

La policía está facultada para, *in situ*, requerir la identificación de quien transite o se encuentre en los lugares en que se efectúe el control policial, y realizar el registro de vehículos y el control superficial de los efectos personales. Además, en base al art. 20.1, la policía podrá también realizar *in situ*, las “comprobaciones pertinentes” a que alude esa norma, en los términos ya comentados<sup>106</sup>.

En relación al registro, advierte HOYOS SANCHO que “no es lo mismo el cacheo que se produce después de practicar la detención de un imputado –finalidad defensiva y en evitación de que oculte vestigios, efectos o pruebas- que éstos que tratamos aquí, cuya finalidad es ver si ha cometido un hecho delictivo, y que por tanto se producen sin

---

<sup>102</sup> HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 238 nota 20.

<sup>103</sup> Tanto el art. 20 como el 19.2 de la LOPSC, constituyen, en la praxis policial, fundamento de la realización de controles indiscriminados de identidad unidos a diligencias de cacheo y registro, lo cual importa una ilegítima injerencia en el derecho a la libertad personal y al derecho a la intimidad, en función del propósito de garantizar la seguridad pública y la lucha contra la delincuencia. Esta práctica ha sido aceptada por parte de la jurisprudencia del TS, en consonancia con las referidas providencias del Tribunal Constitucional. Vid. CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 371.

<sup>104</sup> *Ibíd.*, p. 346

<sup>105</sup> STC 341/1993, citada por GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 155.

<sup>106</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 348.



que previamente existan indicios racionales de criminalidad; se pretende adquirirlos a través del registro de la persona y de las cosas que portare. En cualquier caso, no se autorizan a través de este apartado intervenciones corporales; tan sólo es posible el «control superficial» de la persona o de sus cosas”<sup>107</sup>.

Se ha criticado la facultad entregada a la policía de realizar estos controles generales, masivos e indiscriminados, sin distinguir entre sospechosos y no sospechosos, con el fin de encontrar indicios de criminalidad, pues ello vulnera el principio de proporcionalidad, e importa aceptar la limitación de derechos fundamentales en aras de una pretendida eficacia, no en razón del indicio o sospecha fundada de delito, sino para saber si ese indicio existe<sup>108</sup>.

### **2.3. Negativa a identificarse**

Dispone el art. 20.4. LOPSC que “en los casos de resistencia o negativa infundada a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

En lo que respecta al Código Penal, si la persona sujeta al requerimiento *in situ*, se niega a proporcionar sus datos personales, o a realizar las comprobaciones pertinentes, incurre en la falta de desobediencia leve a la autoridad del art. 634 CP. Sin embargo, el art. 20.4 LOPSC sólo alude a los casos de resistencia o negativa *infundada* a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación. Ello, en razón de que la realización del tipo penal exige que el agente policial actúe en el ejercicio de sus funciones, y en consecuencia, no es constitutivo de falta la negación al requerimiento de información si éste carece de fundamento<sup>109</sup>.

Si el agente estima que el afectado se niega infundadamente al requerimiento efectuado con arreglo a la ley, en el ejercicio de sus funciones, está facultado para

---

<sup>107</sup> HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 291 nota 212.

<sup>108</sup> *Ibíd.*, p. 293.

<sup>109</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 349; En este caso, y existiendo privación de libertad, se realizaría el tipo de detención ilegal por el funcionario requirente, Vid. HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 265.

detener al requerido según lo dispuesto en el art. 495 LECrim, que permite la detención por falta si el infractor no tuviere domicilio conocido (circunstancia habitual en un supuesto de denegación de identidad) y no prestare fianza bastante. En consecuencia, el traslado a dependencias policiales se realiza en razón de la detención regulada por la LECrim, y no del artículo 20.2 LOPSC, que exige *imposibilidad* de la identificación, y por tanto, son plenamente aplicables las garantías del detenido contempladas en la CE y en la LECrim. Sin embargo, en la práctica, la policía en general procede al traslado del afectado según el 20.2 LOPSC, infringiendo con ello lo dispuesto en el art. 20.4 LOPSC, negando en consecuencia la aplicación de las garantías del detenido<sup>110</sup>.

### **3. Segundo requerimiento: “Acompañamiento” a dependencias policiales**

Si no se logra la identificación por cualquier medio en el lugar en que se efectuó el requerimiento, y siendo necesaria la identificación para impedir la comisión de un delito o falta, o para sancionar una infracción, además de los fines del requerimiento inicial<sup>111</sup>, los agentes policiales están facultados para realizar un segundo requerimiento al afectado: el de “acompañamiento” a dependencias policiales próximas, que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible.

#### **3.1. Finalidad de la medida según el art. 20.2 LOPSC**

El art. 20.2 LOPSC asigna un doble objetivo al traslado a dependencias policiales: el primero corresponde al ejercicio de las funciones de indagación o prevención, siempre que el conocimiento de la identidad fuere necesario para el ejercicio de protección de la seguridad (remisión al art. 20.1 LOPSC); el segundo es adicional y exclusivo de la conducción a dependencias policiales: impedir la comisión de un delito o falta o sancionar una infracción.

---

<sup>110</sup> Vid. CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 349; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., pp. 239-240, 265.

<sup>111</sup> La expresión “para impedir la comisión de un delito o falta o al objeto de sancionar una infracción”, debe su incorporación en el texto definitivo a una enmienda propuesta por el PSOE a la versión aprobada que aludía genérica y ambiguamente a la “actividad preventiva e indagatoria” como fundamento del segundo requerimiento policial. CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 329.

**a) Necesidad de impedir la comisión de un delito o falta**

En general, desde un punto de vista preventivo, se ha asignado a las diligencias de identificación un efecto disuasorio de la criminalidad, al generar el temor en el identificado de ser sujeto de averiguaciones en caso de producirse el delito que pretende prevenirse<sup>112</sup>. Sin embargo, esta finalidad, que puede dar un fundamento a la existencia de controles de identidad preventivos, no prejuzga los requisitos que en concreto deben ser exigidos para la realización de esta medida, y que le diferencien de controles de identidad represivos, vinculados a la realización de actos que importan un comportamiento punible.

Por esta razón, el problema es distinguir el presupuesto fáctico que autoriza la conducción a dependencias policiales del art. 20.2. LOPSC, y el presupuesto que autoriza la detención policial regulada en la LECrim.

En razón de que los artículos de la LECrim referidos a los supuestos de detención, en especial, de quien “intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo” (art. 490.1 LECrim), exigen la realización de un comportamiento constitutivo de tentativa punible, y por tanto, jurídicopenalmente relevante por sí mismo, debe predicarse la naturaleza cautelar de los preceptos de la LECrim e interpretar sistemática y teleológicamente el ámbito de aplicación del art. 20.2. LOPSC en el sentido de comprender “actuaciones de un particular que, pese a no sobrepasar el umbral de la tentativa punible, revelen la intención de cometer un acto delictivo”<sup>113</sup>. Se exige en todo caso, la existencia de datos objetivos, no bastando sospechas basadas en aspectos subjetivos tales como el aspecto de una persona<sup>114</sup>. Se exige además la existencia de indicios concretos, no autorizándose en consecuencia, la aplicación de este art. en controles o redadas generales con fines preventivos. Sin embargo, en la

---

<sup>112</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 350.

<sup>113</sup> Ídem. En contra, se ha defendido la tesis de la innecesariedad de este supuesto, entendiendo que la medida incorporada en la LOPSC tiene, en lo constitucionalmente legítimo, naturaleza cautelar (identificación del sospechoso de haber participado en la perpetración de un hecho punible), y en consecuencia, el agente policial debe “constatar la existencia objetiva de motivos racionalmente bastantes para creer que se encuentra ante un delito flagrante o ante la comisión de hechos que integran un supuesto de tentativa punible”, vid. HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 244.

<sup>114</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 350.

praxis policial, la aplicación del art. 20.2 LOPSC se vincula a la prevención general de hipotéticos actos delictivos, como herramienta genérica de lucha frente a una delincuencia indeterminada<sup>115</sup>.

Tampoco resulta aplicable en caso de existir sospechas de delito consumado, pues su finalidad es evitar el peligro de su comisión. La situación del delito consumado se rige por la LECrim.

En resumen, la LOPSC ha incorporado al Derecho español una hipótesis de privación de libertad al configurar una detención con fines de identificación, ante la necesidad de impedir la comisión de un delito o falta, no exigiendo la realización de una tentativa punible, ni actos preparatorios en sí mismos punibles, fortaleciendo de este modo la facultades preventivo-policiales con afectación de derechos fundamentales<sup>116</sup>.

#### **b) Necesidad de sancionar una infracción**

En la STC 341/1993, el Tribunal Constitucional señaló que este supuesto comprende a quien ha incurrido en una infracción administrativa (se excluye la identificación de los testigos de la infracción<sup>117</sup>). La doctrina, ha restringido el alcance del precepto, aplicándolo sólo en el caso de realización de faltas tipificadas en la LOPSC (artículos 23 a 26)<sup>118</sup>.

### **3.2. Medidas policiales de identificación**

El art. 20.2 LOPSC omite señalar las facultades de la Policía al trasladar al afectado a dependencias policiales para su identificación. La norma sólo menciona que

---

<sup>115</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 351. En palabras de ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. “Viaje a la Prehistoria de las garantías: la modernización de la ley Corcuera”, en *Jueces para la Democracia*, 13, 1991, p. 6, citado por HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 243 “es la detención con fines de puro muestreo, de búsqueda indiscriminada de datos de relevancia policial en quien no ofrece *prima facie* indicios de criminalidad. Es la detención no porque haya pasado o esté pasando, sino *para ver qué pasa*”.

<sup>116</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 323.

<sup>117</sup> HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 246 nota 57.

<sup>118</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 353.

las dependencias “cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación”.

Se ha señalado en doctrina que la policía puede:

- Registrar al afectado, en los términos señalados anteriormente (cacheo superficial en búsqueda de armas, y documentación del afectado).
- Corroborar los datos suministrados por el afectado con registros a que acceda la policía, tales como el Servicio del Documento Nacional de Identidad o en el Registro Central de Extranjeros.
- Comunicarse con familiares o conocidos como forma de corroboración de los datos entregados.
- Efectuar medidas de identificación tales como reseñas fotográficas u obtención de huellas dactilares. Al no ser reguladas expresamente en la ley, nada se dice respecto al destino de tales materiales. Se ha señalado que debieran ser destruidos tras constatarse la identidad del afectado<sup>119</sup>.

En razón de que la conducción del afectado con fines de identificación se realiza “a estos solos efectos”, no es procedente la realización de interrogatorios u otras diligencias de investigación más allá de las atinentes para su identificación<sup>120</sup>.

#### **4. Sospecha sobreviniente**

La LOPSC omite referencia a la situación en que el afectado sobre el cual no recaen sospechas de participación en la realización de un hecho punible, al comenzar su identificación, deviene en sujeto sospechoso. HOYOS SANCHO señala que en estos casos corresponde aplicar la LECrim, procediéndose según lo dispuesto en las normas relativas a la detención, con todas las garantías propias de esta medida<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> ALONSO PÉREZ y otros, op. cit., p. 846-847; CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 354; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., pp. 256 y ss.

<sup>120</sup> GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 155.

<sup>121</sup> HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 261.

Asimismo, si en la realización del procedimiento de identificación, se constata la existencia de órdenes judiciales de búsqueda y captura pendientes, la policía también deberá proceder a la detención del requerido<sup>122</sup>.

#### **IV. Garantías del sujeto afectado por la medida**

El art. 20 LOPSC no confiere ningún derecho ni garantía al afectado por las diligencias policiales de identificación. Sin embargo, en la medida que la diligencia policial importe una privación de libertad, en razón de lo dispuesto en su art. 17.1 (“nadie puede ser privado de su libertad sino con la observación de lo establecido en este artículo”), y de su finalidad protectora del derecho a la libertad personal, el afectado dispone de los derechos que consagra la CE en la medida que sean compatibles.

1) Respecto al primer requerimiento de información, el afectado tiene derecho a ser informado por los agentes policiales de las causas y finalidades que motivan la actuación (art. 5.2 b) LOFCS, según el cual los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en todas sus intervenciones, proporcionarán información cumplida y tan amplia como sea posible, sobre las causas y finalidad de las mismas<sup>123</sup>).

Asimismo, en caso de importar las comprobaciones pertinentes *in situ*, una privación de libertad, rige también el art. 17.3 CE y el 520.2 LECrim, en cuanto reconoce al afectado el derecho a ser informado de los derechos que la ley le otorga y de los motivos de la privación de libertad<sup>124</sup>

2) Respecto al segundo requerimiento, que importa una mayor injerencia en el derecho a la libertad personal al importar el traslado a dependencias policiales, el sujeto afectado es titular de los siguientes derechos:

a) Derecho a ser informado de forma inmediata, y comprensible, de las razones de su detención y de los derechos que la ley le otorga (art. 17.3 CE, 520.2 LECrim y 5.2 b)

---

<sup>122</sup> GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 156.

<sup>123</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 345; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 237 nota 12.

<sup>124</sup> No se aplica el derecho a la asistencia letrada en razón de la brevedad de esta medida, pues importaría una innecesaria prolongación de la privación de libertad, vid. CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 297.

LOFCS. Esta comunicación, al igual que en el caso anterior, permitirá al afectado hacer uso de los medios de defensa que otorga la ley<sup>125</sup>. La STC 341/1993 declaró expresamente la aplicación de este derecho al supuesto del art. 20.2 LOPSC<sup>126</sup>.

b) Derecho a que un familiar u otra persona de su confianza sea puesta en conocimiento de la privación de libertad (art. 520.2 d) LECrim)<sup>127</sup>.

c) Derecho a solicitar el *habeas corpus* desde el inicio de la privación de libertad, caso en el que la Policía debe poner inmediatamente en conocimiento del Juez dicha solicitud<sup>128</sup>.

d) Derecho a que la privación de libertad sea puesta en conocimiento de un abogado de confianza y que sea permitida su presencia durante las diligencias de identificación (art. 520 LECrim y 17.3 CE, si bien, no en los términos obligatorios con que la CE garantiza este derecho en el caso del detenido)<sup>129</sup>.

---

<sup>125</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 354-355; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., pp. 249-250. GARCÍA MORILLO, op. cit., pp.118 y ss. ha señalado que la información no sólo debe comprender las razones legales sino que también el fundamento fáctico de la privación de libertad, con el objeto de posibilitar el debate judicial de la legalidad de la detención. Vid. también ALONSO PÉREZ y otros, op. cit., p. 260.

<sup>126</sup> STC 341/1993:“Que el requerido a acompañar a la fuerza pública debe ser informado, de modo inmediato y comprensible, de las razones de tal requerimiento es cosa que apenas requiere ser argumentada, aunque la ley (que exige consten en el Libro-Registro los “motivos” de las diligencias practicadas) nada dice, de modo expreso, sobre esta información, inexcusable para que el afectado sepa a qué atenerse. No cabe derivar este silencio, sin embargo, una permisión legal –que sería contraria a la Constitución- del requerimiento por entero inmotivado o carente de toda información al afectado, sino que es, más bien, el íntegro contenido de este art. 20 el que supone, implícita pero inequívocamente, que los agentes actuantes han de informar debidamente al requerido en los términos expresados”, citada por URIARTE VALIENTE y FARTO PIAY, op. cit., p. 120.

<sup>127</sup> HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 259.

<sup>128</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 356

<sup>129</sup> *Ibídem*, p. 355; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 260. La STC 341/193 señaló que: “las demás garantías dispuestas en el art. 17.3 (exclusión de toda obligación de declarar y aseguramiento de la asistencia de Abogado en las diligencias policiales “en los términos que la Ley establezca”) hallan su preferente razón de ser en el supuesto de la detención preventiva, por lo que no se adecúan enteramente a un supuesto de privación de libertad como el que consideramos. Así es, en efecto, pues la advertencia al afectado sobre su derecho a no declarar no tiene sentido cuando –como aquí ocurre- la norma no permite en modo alguno interrogar o investigar a la persona sobre más extremos atinentes, rigurosamente a su identificación (...) No resulta inexcusable en el mismo sentido que la identificación misma haya de llevarse a cabo necesariamente en presencia o con la asistencia de Abogado, garantía esta cuya razón de ser está en la protección del detenido y en el aseguramiento de la corrección de los interrogatorios a que pueda ser sometido (...) Ninguna de estas garantías constitucionales –recordatorio del derecho a no declarar y asistencia obligatoria de Abogado- son indispensables para la verificación de unas diligencias de

e) Respecto a la duración de la detención, el art. 20 LOPSC no señala límite temporal máximo de esta privación de libertad. Sólo hace referencia al traslado del afectado “por el tiempo imprescindible”<sup>130</sup>. En circunstancias que el límite constitucional de setenta y dos horas (art. 17.2 CE) resulta excesivo como límite temporal legítimo de esta privación de libertad, el criterio de lo “imprescindible” constituye el límite. Sin embargo, su dificultad de aplicación se debe, entre otros factores, a la indeterminación legal de las diligencias a realizar por la policía<sup>131</sup>.

La prolongación de la privación de libertad en base a otra regulación, por ejemplo la LECrim, debe imputar a sus plazos la detención efectuada con fines de identificación<sup>132</sup>.

## V. Control de la actividad policial ilegal

1. **Libro-registro:** Según el art. 20.3 LOPSC, en las dependencias policiales que cuenten con los medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, se debe llevar un libro-registro en el que se harán constar las diligencias realizadas en aquéllas, de sus motivos y de su duración, que estará en todo momento a disposición de la Autoridad Judicial Competente y del Ministerio Fiscal. Ordena además al Ministerio del Interior la remisión periódica de extractos de las diligencias de identificación al Ministerio Fiscal.

Se ha criticado la inutilidad de este precepto como control efectivo de la actividad policial. Se ha señalado que la intervención del Ministerio fiscal, en los excepcionales casos en que es remitido el extracto de diligencias por el Ministerio del Interior, se reduce a un “control tardío de datos prácticamente irrelevantes”<sup>133</sup>.

---

identificación que, vale reiterar, no permiten interrogatorio alguno que vaya más allá de la obtención de los “datos personales” a los que se refiere el repetido art. 9.3 de la LOPSC”, citada por URIARTE VALIENTE y FARTO PIAY, op. cit., p. 120.

<sup>130</sup> El Anteproyecto de la LOPSC establecía un plazo máximo de duración de la medida no superior a seis horas. Vid. GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 157 y ss.; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 257.

<sup>131</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 356; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., pp. 257 y ss..

<sup>132</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 357

<sup>133</sup> *Ibidem*, pp. 332, 357-359.



2. **Habeas corpus:** Su finalidad es la inmediata puesta a disposición judicial de la persona ilegalmente detenida (art. 17.4 CE)<sup>134</sup>. El problema es que normalmente la privación de libertad terminará antes de una decisión judicial<sup>135</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, el *habeas corpus* es un control que puede servir de freno de la actividad ilegal de la policía, incluso siempre es posible que la autoridad judicial actúe rápidamente constituyéndose en el lugar de detención con el objeto de oír a las partes y decidir la licitud de la detención<sup>136</sup>.

3. **Responsabilidad penal por el delito de detención ilegal cometida por funcionario público** (arts. 167 y 530 CP español<sup>137</sup>). La detención también puede ser ilegal si el funcionario público excede el plazo de la detención o infringe las garantías constitucionales o legales (art. 530 CP), o también por falta de ilustración de los derechos al detenido y las razones de su detención (art. 537 CP)<sup>138</sup>.

Es de señalar que la falta de determinación y la ambigüedad en la regulación del art. 20.2 LOPSC atentan contra la posibilidad de imputar responsabilidad penal al agente policial, en razón de que el dolo del delito de detención ilegal exige “la conciencia plena, absoluta y segura que tiene el agente de que la detención que ordena o realiza es ilegal”<sup>139</sup>.

4. **Responsabilidad civil de los autores de la detención ilegal**<sup>140</sup>.

5. **Responsabilidad disciplinaria de los agentes policiales:** la LOFCS regula como infracciones muy graves, el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de sus funciones (art. 27.3a) y el abuso de sus atribuciones y la práctica de tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios y vejatorios a las personas que se encuentren bajo su custodia (art. 27.3c)<sup>141</sup>.

---

<sup>134</sup> GARCÍA MORILLO, op. cit., pp. 237-238.

<sup>135</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 356.

<sup>136</sup> Ídem.

<sup>137</sup> Sobre los problemas interpretativos que importa la regulación de la detención ilegal en los artículos 167 y 530 CP penal español, vid. CASAL HERNÁNDEZ, op. cit. pp. 359-360.

<sup>138</sup> GIMENO SENDRA y otros, op. cit. pp. 77-78.

<sup>139</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 339.

<sup>140</sup> Ibídem, p. 361.

<sup>141</sup> Ídem; vid. también GARCÍA MORILLO, op. cit., pp. 238-239

**6. Responsabilidad patrimonial de la administración:** En razón de que los daños causados obedecen a funciones de policía de seguridad y no de policía judicial, la responsabilidad se fundamenta en el art. 106.2 CE, que a diferencia de la indemnización por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, no distingue entre funcionamiento normal o anormal, exigiendo solamente que el daño sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos<sup>142</sup>

**7. Acción declarativa:** La posibilidad de ejercer una acción cuyo objetivo sea obtener la declaración judicial de ilicitud de la privación de libertad, deriva del art. 106 CE, que encomienda a los tribunales el control de la “legalidad de la actuación administrativa”, del art. 24.1 CE, que consagra el derecho a tutela judicial efectiva, y de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa aplicable supletoriamente al procedimiento especial de la Ley 62/1978 sobre protección jurisdiccional de derechos fundamentales<sup>143</sup>. El hecho de que la privación de libertad haya fenecido antes de la interposición de esta acción, no se opone a la existencia de un interés legítimo en la obtención de la declaración de nulidad de la actuación. En consecuencia, el afectado una vez liberado sin que un juez haya tomado conocimiento de la privación de libertad (en razón de la normal falta de aplicación del *habeas corpus* en este caso), si a su juicio tal detención es ilícita, y ha sido de algún modo denigrado por su realización, o teme su repetición, dispone de la acción declarativa que podría ejercer a través de la vía contencioso-administrativa de la Ley 62/1978<sup>144</sup>.

## **VI. Críticas a la regulación del art. 20 LOPSC**

### **a) Desde el punto de vista de la indeterminación de sus presupuestos y efectos**

Se ha criticado la falta de determinación y certeza exigible en razón de su relevancia iusfundamental. En relación al primer requerimiento de identificación, la alusión a las “funciones de indagación y prevención, cuando fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad”, es de tal generalidad,

---

<sup>142</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 361-362.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 362.

<sup>144</sup> *Ídem*.

ambigüedad e imprecisión, que no hace otra cosa que establecer, como se señaló, un “deber general de identificación”<sup>145</sup>.

Respecto a la finalidad de “impedir la comisión de delito o falta” del requerimiento de acompañamiento a dependencias policiales, no se establece el presupuesto de hecho que autoriza su realización, y que permita su distinción de los supuestos de detención preventiva de la LECrim. Tampoco se regula el grado de conocimiento exigible al agente de policía que realiza el requerimiento, no precisándose si basta la mera intuición policial, o una sospecha racional basada en datos objetivos. Y en relación a la finalidad de “sancionar una infracción”, no se establece si se trata o no de una infracción de naturaleza administrativa, ni que ella sea de aquellas reguladas en la LOPSC, ni tampoco excluye expresamente de este requerimiento de acompañamiento a los testigos de la infracción<sup>146</sup>.

La regulación no especifica las medidas a efectuar por la Policía en base a las “comprobaciones pertinentes” del art. 20.1 LOPSC, ni tampoco las medidas a realizar una vez conducido el afectado a dependencias policiales, lo que incide en la duración de la privación de libertad, y en la injerencia de esta actuación policial en el ámbito de los derechos fundamentales<sup>147</sup>.

## **b) Desde el punto de vista del principio de proporcionalidad**

---

<sup>145</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 329-331.

<sup>146</sup> *Ibídem*, p. 330. La STC 341/1993 al declarar la constitucionalidad del art. 20.2 de la LOPSC, señaló que dicha norma no era imprecisa, pues el traslado a dependencias policiales no correspondía en cualquier caso, sino sólo respecto de “personas no identificadas de las que razonablemente y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal (no de otro modo cabe entender la expresión legal «para impedir la comisión de un delito o falta»), o aquellas igualmente no identificables, que hayan incurrido ya en una infracción administrativa, estableciendo así la Ley un instrumento utilizable en los casos en que la necesidad de identificación surja de la exigencia de prevenir un delito o falta o de reconocer, para sancionarlo, a un infractor de la legalidad”, citada por URIARTE VALIENTE y FARTO PIAY, op. cit., p. 119. Sin embargo, la STC 341/1993 no se refirió a si la infracción a sancionar correspondía sólo a las tipificadas en la LOPSC, ni tampoco resolvió el problema interpretativo entre la detención con arreglo al art. 20.2 LOPSC en su finalidad de “impedir la comisión de un delito o falta” y la detención cautelar de los artículos 490.1 y 492.1 de la LECrim, “al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo”. Vid. CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 337, 339-340.

<sup>147</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 330; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., pp. 252, 256 y ss.

En lo que respecta a la finalidad de impedir la comisión de un delito o falta, se ha criticado la idoneidad de la diligencia de identificación para evitar la realización de un acto contrario a la seguridad pública. Se ha señalado que en estos casos, el procedimiento de identificación es utilizado como excusa para otros fines, tales como la retención policial de manifestantes o la práctica de registros corporales, sin perjuicio que otros han defendido un eventual efecto disuasorio de los controles de identidad<sup>148</sup>.

En relación a la finalidad de sancionar una infracción, se ha criticado la LOPSC por no estar circunscrita a infracciones administrativas de cierta gravedad. Asimismo, se ha criticado con fundamento en el artículo 25.3 CE, que prohíbe a la Administración civil imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen una privación de libertad<sup>149</sup>.

En general, se ha señalado que la ausencia de un límite temporal y la indeterminación del art. 20 LOPSC, atentan contra el principio de proporcionalidad<sup>150</sup>.

### **c) Desde el punto de vista de la omisión de un límite de duración**

El art. 20.2 LOPSC no determinó un plazo máximo de esta privación de libertad, haciendo sólo referencia al “tiempo imprescindible” para el desarrollo de las medidas de identificación. La STC 341/1993 argumentó que dicha norma cumplía con la exigencia constitucional de limitación temporal de toda privación de libertad, al prescribir que la permanencia en dependencias policiales no puede exceder del “tiempo imprescindible”, dando seguridad a los afectados y permitiendo un control jurisdiccional sobre la actuación policial<sup>151</sup>. Señaló además que “el entero sistema de

---

<sup>148</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 334.

<sup>149</sup> La STC 341/1993 negó que la detención establecida en el art. 20.2 LOPSC tuviera carácter sancionatorio. Sin embargo, el principio contenido en el art. 25.3 debiera regir también en la valoración de la constitucionalidad de privaciones de libertad instrumentales a una sanción administrativa, vid. ibídem, pp. 332-333, 338.

<sup>150</sup> Ibídem, pp. 332-333.

<sup>151</sup> “La medida prevista en el artículo 20.2 no puede calificarse de indefinida o ilimitada en cuanto a su duración. Prescribe este precepto que las diligencias de identificación en dependencias policiales no se podrán prolongar más allá del tiempo imprescindible”, expresión análoga, precisamente a la que emplea el propio artículo 17.2 de la Constitución (“tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”) y tal vinculación legislativa de la actuación policial de identificación priva de fundamento al reproche frente a la norma basado en la indefinición

protección judicial de la libertad personal, –muy en particular, el instituto del *habeas corpus* (artículo 17.4 CE)– protegerá al afectado por estas medidas de identificación frente a toda desvirtuación de su sentido y también, por lo tanto, frente a una eventual prolongación abusiva de la permanencia en las dependencias policiales<sup>152</sup>.

Sin embargo, al omitir la determinación de las medidas a realizar para lograr la identificación, existe una manifiesta indefinición temporal que la mera referencia al “tiempo imprescindible” no puede evitar. Por otro lado, la referencia al sistema de protección judicial de la libertad personal y particularmente el *habeas corpus*, es generalmente ineficaz, pues la detención acabará normalmente antes de que esa solicitud sea resuelta<sup>153</sup>.

**d) Desde el punto de vista de los derechos y garantías del afectado, y del control eficaz de la actividad policial**

El art. 20 LOPSC no consagró derecho o garantía alguna al afectado, ni tampoco estableció expresamente un modo de control eficaz de la actividad policial. La constancia en el libro-registro a que hace referencia el artículo 20.3 de la LOPSC resulta insuficiente<sup>154</sup>.

---

temporal de la medida en cuestión. (...) pudo aquí el legislador haber establecido, además, una duración máxima de estas diligencias de identificación, al modo como el propio artículo 17.2 de la Constitución hace respecto de la detención preventiva y en el bien entendido, en todo caso, de que este último límite constitucional (“plazo máximo de setenta y dos horas”) no resulta trasladable, desde luego, al supuesto que consideramos, vista la notoria diversidad de sentido entre la detención preventiva y las presentes diligencias de identificación, que nunca podrían justificar tan dilatado periodo de tiempo...” (STC 341/1993, citada por URIARTE VALIENTE y FARTO PIAY, op. cit., pp. 119-120).

<sup>152</sup> STC 341/1992, citada por URIARTE VALIENTE y FARTO PIAY, op. cit., p. 120.

<sup>153</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 337, 339.

<sup>154</sup> La STC 341/1993 argumentó que la omisión de los derechos que confiere el art. 17.2 y 3 CE, no obstan a la constitucionalidad de aquel precepto, pues ellos se refieren a medidas privativas de libertad de carácter cautelar, constituyéndose en los demás casos en criterios que permiten decidir la constitucionalidad de otras privaciones de libertad, teniendo en cuenta su finalidad, naturaleza y duración, entendiendo asimismo la correspondencia del art. 20.2 LOPSC con tales criterios. Y respecto de los derechos consagrados en el artículo 17.3 CE, argumentó que el íntegro contenido del art. 20 LOPSC supone implícita pero inequívocamente, que los agentes han de informar debidamente al afectado, en los términos de la regulación constitucional, pero que en lo relativo al derecho a la asistencia letrada y el derecho a guardar silencio, hallan su preferente razón de ser en la detención preventiva, no siendo indispensables en el supuesto de privación de libertad establecido en el art. 20.2 de la LOPSC, pues no se permite el interrogatorio del afectado más allá de sus datos personales. Vid., ibídem, pp. 337-338; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., pp. 259-260, 261 y ss.

## Sección Tercera

### Diligencias policiales de identificación en el Derecho estadounidense

#### I. Aspectos generales

En Estados Unidos, la obligación de identificarse ante requerimiento policial se encuentra regulada en las legislaciones estatales, las que determinan las facultades de la policía en dicha materia. Estos son los denominados “estatutos de parada e identificación” (*stop and identify statutes*), que en general, pueden ser definidos como aquellas leyes que obligan a las personas detenidas a que bajo ciertas circunstancias, se identifiquen ante un agente policial.

La intensidad de las leyes de identificación va a variar según cada Estado en particular, así como también las diligencias permitidas a la Policía sin orden judicial. Es por eso que, en primer lugar, para determinar la licitud de los controles de identidad efectuados por la Policía, debemos analizar el marco común del actuar policial, regulado con jerarquía constitucional en la Cuarta Enmienda a la Constitución de Estados Unidos, en relación a las aprehensiones y registros policiales. Posteriormente, analizaremos las varias formas de interacción entre la Policía y los individuos, para terminar con el estudio en concreto del estándar de intervención propio de la identificación policial (detención *Terry*), así como el alcance de la obligación de identificarse determinado por la Corte Suprema en el caso *Hiibel v. Sixth Judicial District Court of Nevada* (2004)<sup>1</sup>.

#### II. La Cuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América.

La actividad policial se encuentra regulada a nivel constitucional en la Cuarta Enmienda a la Constitución de EE.UU (1791), que dispone lo siguiente:

“Enmienda 4. Seguridad contra perquisiciones y secuestros irrazonables: El derecho del pueblo a la seguridad en sus personas, casas, documentos y efectos

---

<sup>1</sup> *Hiibel v. Sixth Judicial District Court of Nevada* 542 U.S. 177 (2004), en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&navby=case&vol=000&invol=03-5554>

contra perquisiciones y secuestros irrazonables no será violado, y no se expedirá ningún mandamiento sino en virtud de causa probable apoyada por juramento o afirmación y que describa con precisión el lugar que debe ser registrado y las personas o cosas que deben ser detenidas o secuestradas”<sup>2</sup>.

La Cuarta Enmienda limita el poder gubernamental en cuanto a su intromisión en la libertad y vida privada de los ciudadanos, sirviendo de resguardo frente a los registros y aprehensiones irrazonables<sup>3</sup>.

Según la Cuarta Enmienda, las autoridades deben tener un permiso escrito de una corte o de un magistrado calificado, para poder registrar (*search*) y aprehender (*seize*) lícitamente, mientras se investiga la actividad criminal. Si no hay una orden, por lo general el registro y aprehensión va a ser irrazonable y consecuentemente inconstitucional, a no ser que nos encontremos ante uno de los supuestos de excepción<sup>4</sup>.

Con la incorporación de la Cuarta Enmienda se “fijó una trascendental restricción al establecer que ninguna orden de arresto puede expedirse si no está basada en una *causa probable* sustentada por juramento o afirmación. Esto no significa que no pueda efectuarse un arresto antes de la orden judicial, sino que su legitimidad dependerá, tanto en el caso de ser expedida por un magistrado como en el de ser efectuada por la policía, de la concurrencia de una *causa probable*”<sup>5-6</sup>.

---

<sup>2</sup> *Constitución de los Estados Unidos de América; anotada con la jurisprudencia*, Tomo II. Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1949, p. 33. En su idioma original: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized” (citada por AMAR, Akhil Reed. *The constitution and criminal procedure: first principles*. New Haven, Yale University Press, 1997. p. 1).

<sup>3</sup> DERMIZAKY PEREDO, Pablo. “El derecho a la intimidad”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 6, n° 001, Talca, Universidad de Talca, 2000, p. 178-180, en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19760113.pdf>.

<sup>4</sup> ABERNATHY, Glenn y PERRY, Barbara. *Civil liberties under the Constitution*, 6ta edición. Columbia, University of South California Press, 1993, p. 41. En relación a los supuestos de excepción, vid. *infra*.

<sup>5</sup> HENDLER, Edmundo. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*. Buenos Aires, AD-HOC, 1996, p. 171.

<sup>6</sup> En la América Colonial las autoridades tenían un poder casi ilimitado en su actuar, se otorgaban órdenes de registro generales, con lo que se permitía a la autoridad irrumpir en la esfera privada de las personas sin mayores controles (vid. DERMIZAKY PEREDO, op. cit., pp. 178-180). En 1756 la Colonia de Massachusetts promulgó una ley que proscribió el uso de órdenes generales, siendo la primera ley

## 1. **Ámbito de aplicación**

La Cuarta Enmienda de la Constitución prohíbe los *registros y aprehensiones irrazonables*. Pero rige sólo respecto de los actos de gobierno, los registros y aprehensiones de particulares no están protegidos por esta norma. Actualmente, varios Estados han aprobado leyes para regular las circunstancias específicas en que un ciudadano puede arrestar a otro<sup>7</sup>.

En cuanto a los actos de gobierno, originalmente la *Bill of Rights*<sup>8</sup> restringía la Cuarta Enmienda sólo al poder del gobierno federal. Pero en *Mapp v. Ohio* (1961)<sup>9</sup>, la Corte Suprema señaló que también era aplicable a los gobiernos estatales por la cláusula del debido proceso contenida en la Decimocuarta Enmienda. Hoy en día esto carece de importancia ya que todas las constituciones de los Estados contemplan una norma análoga<sup>10</sup>.

---

americana que limita el uso del poder de aprehensión. La promulgación de esta ley se genera en respuesta a la Excise Act of 1754, que le entregó a los recaudadores de impuestos poderes ilimitados para interrogar a los colonos respecto del uso de mercaderías y el pago de derechos de aduanas, permitiendo el uso de una orden general (conocida como *writ of assistance*) con la que podían registrar las casas de los colonos y aprehender las mercancías prohibidas o aquéllas en las que no se acreditaba el pago del derecho de aduanas (vid. STEPHENS, Otis H. y GLENN, Richard A. *Unreasonable searches and seizures, rights and liberties under the Law*. California, ABC-CLIO Inc., 2006, pp. 30-34). En enero de 1761 un grupo de comerciantes, liderados por James Otis y Oxenbridge Thatcher, pidieron audiencia en la Corte, solicitando que se ejerciera un control sobre las órdenes generales y denunciaron los abusos de la policía colonial inglesa, pero la Corte falló en su contra. Sin embargo, debido al renombre que adquirió Otis, fue elegido para integrar la Asamblea General de Massachusetts y colaboró con la creación de un proyecto de ley que requería que las órdenes de registro fueran concedidas por un juez o un juez de paz, según información otorgada bajo juramento por cualquier oficial de aduanas, prohibiendo las otras órdenes. El gobernador rechazó esta ley por considerarla contraria a la ley británica y la soberanía del parlamento. Su parecido con el texto de la Cuarta Enmienda es notable. Algunos consideran que este hecho fue el que dio inicio a la independencia norteamericana, lo que posteriormente se vio plasmado en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, la que considerando el peligro que representaban las órdenes generales de registro y aprehensión, prohíbe su uso, siendo un precedente de la Cuarta Enmienda, vid. *ibídem* pp. 34-44.

<sup>7</sup> BERGMAN, Paul y BERGMAN, Sara J. *The criminal law handbook, know your Rights, survive the System*, 10ª edición. California, Consolidated Printers Inc., 2008, p. 37.

<sup>8</sup> Nombre con el que se conocen las primeras diez enmiendas a la Constitución de EE.UU. que rigen desde el 15 de diciembre de 1791. Vid. GUERRERO YOACHAM, Cristián y GUERRERO LIRA, Cristián. *Breve Historia de los Estados Unidos de América*. Santiago, Editorial Universitaria, 1998, p. 84.

<sup>9</sup> *Mapp v. Ohio* 367 U.S. 643 (1961)

<sup>10</sup> STEPHENS y GLENN, *op. cit.*, pp. 56-58.



La Cuarta Enmienda sólo se aplica a la ley penal, no a la ley civil, según se pronunció la Corte Suprema en *Murray v. Hoboken Land* en el año 1855<sup>11</sup>.

En la década de los cincuenta y hasta mediados de los años setenta, la norma se interpretó en el sentido de que los oficiales de policía no estaban autorizados a registrar o aprehender una cosa o persona sin una orden fundada en una causa probable expedida por un juez o *magistrate*<sup>12</sup>, excepto en limitadas circunstancias. Actualmente, se considera que eso tiene un limitado valor en relación a determinar la legalidad de la actuación policial. En la práctica, raramente se busca una orden para realizar una diligencia, y muchos registros y aprehensiones se efectúan con menos que una causa probable. La interpretación más reciente atribuye a la Cuarta Enmienda la intención de fijar un marco de protección de la *razonable expectativa de privacidad de las personas*, ya sea en sus casas, sus papeles, sus cosas o en su misma persona<sup>13</sup>. La Corte Suprema en *New Jersey v. T.L.O.* (1985) señaló que algunos registros y aprehensiones pueden violar la razonabilidad requerida bajo la Cuarta Enmienda, incluso si hay una orden fundada en causa probable y con ámbito delimitado<sup>14</sup>.

La Corte Suprema, en *Katz v. United States* (1967)<sup>15</sup>, señaló que la Cuarta Enmienda protege la *expectativa razonable de privacidad de una persona*, más que cosas, en si misma consideradas, de propiedad del sujeto invadido. Debe cumplirse con el requisito de razonabilidad exigido por la Cuarta Enmienda cada vez que el actuar de las autoridades se vea enfrentado a la razonable expectativa de privacidad de una persona<sup>16</sup>. Sin embargo, la Corte precisó que la Cuarta Enmienda no puede traducirse en un derecho a la privacidad<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> STEPHENS y GLENN, op. cit., pp. 51-54.

<sup>12</sup> Los *magistrate* son ciertos jueces de menor jerarquía que ejercen una jurisdicción limitada (semejante a los jueces de paz): autorizan arrestos, allanamientos o secuestros, toman decisiones sobre excarcelaciones y desarrollan las audiencias preliminares. En ciertos casos de delitos de menor cuantía les compete también conocer el juicio y dictar sentencia. Ante ellos se llevan las denuncias y las personas detenidas. Sin embargo, en ciertos estados, es el juez del tribunal de jurisdicción general quien cumple estas funciones. Vid. HENDLER, op. cit., p. 163.

<sup>13</sup> DRESSLER, Joshua. *Understanding criminal procedure*. Newark, Lexis Nexis, 2002, pp. 6-7, 79.

<sup>14</sup> *New Jersey v. T.L.O.* 469 U.S. 325 (1985), citada en ABERNATHY y PERRY, op. cit., pp. 438-442.

<sup>15</sup> *Katz v. United States* 389 U.S. 347, 350 (1967).

<sup>16</sup> STEPHENS y GLENN, op. cit., pp. 7-9.

<sup>17</sup> DRESSLER, op. cit., p. 79.

De acuerdo a la decisión *Katz v. U.S.*, el estándar de la expectativa razonable de privacidad tiene un componente objetivo y uno subjetivo. Primero, el individuo debe haber exhibido una real (subjetiva) expectativa de privacidad. Segundo, el individuo debe probar que la expectativa de privacidad exhibida es una que la sociedad pueda reconocer como razonable, legítima o justificable (elemento objetivo)<sup>18</sup>. P.ej. sería razonable esperar privacidad respecto a los objetos guardados en el maletero de un automóvil, pero no lo sería respecto a los objetos que se encuentran a plena vista en el asiento trasero del automóvil.

En relación al registro, la norma no da una referencia de lo que debe entenderse por tal, por lo que la jurisprudencia ha debido pronunciarse al respecto. Aunque hasta la fecha no se ha dado una definición del término, si se han entregado elementos para descifrar cuando estamos en presencia de un registro constitucionalmente relevante y cuando no.

Respecto al concepto de registro (*search*) existen dos etapas, siendo la decisión *Katz v. United States* el momento en que se produjo el cambio de criterio<sup>19</sup>. En una primera etapa, se entendía que había un registro cada vez que un oficial policial realizaba una búsqueda en la propiedad privada de una persona, sin distinción alguna<sup>20</sup>. Después de *Katz*, se entiende que sólo existe un registro relevante para la Cuarta Enmienda cuando la Policía realice una búsqueda en la propiedad o persona de un individuo y que éste lo considere privado, reuniendo los elementos requeridos. En consecuencia, no todas las acciones por las que las autoridades obtienen información o evidencia de una persona constituyen un registro relevante para la Cuarta Enmienda. Las actividades del gobierno importan la protección de la Cuarta Enmienda sólo cuando la información o evidencia en cuestión fue obtenida en un registro, de acuerdo al significado otorgado por esa misma disposición<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> “As Justice Harlan explained, the *reasonable expectation of privacy* standard has a subjective and an objective component. First, the individual must have *exhibited an actual (subjective) expectation of privacy*. Second, she must prove that the expectation she exhibited is one that *society is prepared to recognize as reasonable* or – to use the Court’s variants – *legitimate or justifiable*” (DRESSLER, op. cit., p. 98). Vid. también STEPHENS y GLENN, op. cit., pp. 7-9.

<sup>19</sup> Vid. DRESSLER, op. cit., p. 98.

<sup>20</sup> Ídem.

<sup>21</sup> BERGMAN y BERGMAN, op.cit., p. 38.

Respecto a la aprehensión (*seizure*), existen dos acepciones, una relativa a la aprehensión de cosas y la otra relativa a la aprehensión de personas.

a) En la *aprehensión de cosas* se invade el interés posesorio de esa persona en su propiedad. Materialmente está referida a la confiscación de objetos de propiedad privada llevada a cabo por un oficial de policía<sup>22</sup>.

b) La *aprehensión de personas* es difícil de definir, ya que la Cuarta Enmienda no da indicios de qué debe entenderse por aprehensión.

En un primer momento se señaló que el concepto de aprehensión estaba referido al arresto<sup>23</sup>. Sin embargo, en 1968, la Corte Suprema en *Terry v. Ohio*<sup>24</sup> vino a subsanar esta omisión, señalando que una persona puede estar aprehendida en situaciones de encuentros con la Policía más breves y menos invasivas que el arresto<sup>25</sup>.

En *Terry v. Ohio*, la Corte Suprema sostuvo que no toda interacción entre un oficial de policía y un individuo implica una aprehensión: sólo cuando el policía, por medios de fuerza física o muestras de autoridad, restringe de algún modo la libertad de marcharse de un individuo (libertad de abandono), se puede concluir que estamos en presencia de una aprehensión<sup>26</sup>.

De acuerdo con lo anterior, se puede entender que una persona ha sido aprehendida por un oficial cuando éste la restringe físicamente o cuando le ordena

---

<sup>22</sup> DRESSLER, op. cit., pp. 130-132.

<sup>23</sup> El "arresto" es coincidente con nuestra detención: una persona está arrestada cuando es retenida por la autoridad competente para ser conducida ante el tribunal. "A person is *arrested* when he is taken into custody by lawful authority, for the purpose of holding him in order to answer for a criminal charge. In constitutional terms, an arrest constitutes a *seizure* of the person, as that term is used in Fourth Amendment jurisprudence" (DRESSLER, op. cit., p. 169)

<sup>24</sup> *Terry v. Ohio*, 392 U.S.1 (1968), en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=392&invol=1>

<sup>25</sup> DRESSLER, op. cit., pp. 130-132.

<sup>26</sup> "In *Terry*, the Chief of Justice stated that a *seizure* occurs *when a police officer accosts an individual and restrains his freedom to walk away*. In slightly different language, *Terry* also states that *only when the officer, by means of physical force or show of authority, has in some way restrained the liberty of a citizen may we conclude that a seizure has occurred*" (DRESSLER, op. cit., pp. 295)

detenerse para poder catearlo o interrogarlo en la calle y, según las circunstancias propias del caso, una persona razonable creería que no es libre de irse<sup>27</sup>.

En consecuencia, la aprehensión también incluye detenciones de breve duración. Sin embargo, una aprehensión no ocurre sólo porque la autoridad interroga a una persona en un lugar público. La regla de exclusión no va a impedir que las respuestas voluntarias a las preguntas sean ofrecidas posteriormente como evidencia en un juicio criminal subsecuente<sup>28</sup>. Por otro lado, una persona no ha sido aprehendida si no se ha limitado su libertad de movimiento. La autoridad no puede detener, ni siquiera momentáneamente, sin bases razonables y objetivas, y la negativa del individuo a escuchar o responder no va a proporcionar esas bases necesarias<sup>29</sup>.

## **2. Requisitos de la actividad policial lícita según la Cuarta Enmienda**

### **2.1. La razonabilidad**

La Cuarta Enmienda prohíbe los registros y aprehensiones “irrazonables”. ¿Pero qué se entiende por irrazonable? El problema es de importancia, pues, como se señaló, la Corte Suprema ha dicho que estas diligencias pueden ser irrazonables incluso si la orden está fundada en una causa probable y tiene su ámbito delimitado<sup>30</sup>.

El requisito de la razonabilidad se aplica no sólo al registro en combinación a una aprehensión, sino que también a un registro sin aprehensión y a una aprehensión sin registro. Se ha dicho que la razonabilidad es el núcleo de la Cuarta Enmienda<sup>31</sup>.

La razonabilidad obliga a considerar la naturaleza y extensión del interés gubernamental envuelto, incluido el interés general de la prevención del crimen, la preocupación del oficial por su seguridad, el interés en la privacidad y dignidad del ciudadano y la magnitud en que la diligencia policial invade esos intereses.

---

<sup>27</sup> Vid. BERGMAN y BERGMAN, op. cit., pp. 14-15.

<sup>28</sup> Vid. ABERNATHY y PERRY, op. cit., pp. 41-44.

<sup>29</sup> BERGMAN y BERGMAN, op. cit., pp. 13-15 y 38-39.

<sup>30</sup> *New Jersey v. T.L.O.* 469 U.S. 325 (1985), citada en ABERNATHY y PERRY, op. cit., pp. 438-442.

<sup>31</sup> “The core of the Fourth Amendment, as we have seen, is neither a warrant nor probable cause, but reasonableness” (AMAR, op. cit., p. 31)

Este requisito no presenta mayores problemas cuando se realiza una aprehensión o registro con orden judicial, ya que será el juez quien analizará los intereses en juego y resolverá cual debe primar, después de sopesar concienzudamente los factores del caso en particular. Esta es la regla general, debido a que ofrece las mayores garantías de respeto a los derechos del individuo<sup>32</sup>.

El conflicto se presenta en las actuaciones policiales sin orden previa. Como se señaló, la Cuarta Enmienda protege a las personas frente a los registros y aprehensiones irrazonables, y como garantía de razonabilidad, establece como condición la orden judicial previa. Pero la Corte Suprema ha admitido aprehensiones de rutina que por cumplir con el requisito de razonabilidad se pueden llevar a cabo sin orden previa (por ejemplo, en casos en que hay causa probable de suponer que una ofensa criminal se cometió o está siendo cometida), por lo que el requisito de la razonabilidad no debe confundirse con el requisito de orden judicial previa<sup>33</sup>.

El requisito de la orden judicial previa no es absoluto y la razonabilidad del actuar policial dependerá de las circunstancias que rodean el caso en particular. Así por ejemplo, parece evidente que a raíz de una persecución, el policía pueda llevar a cabo un registro sin una orden previa, pero que de igual modo debe ser razonable y estar fundado en una causa probable. De acuerdo con esto, en las situaciones de excepción en las que la Policía está autorizada a actuar sin una orden judicial, el factor de la razonabilidad va a adoptar una radical significancia.

En Terry v. Ohio, la Corte Suprema evaluó la razonabilidad de la actividad procesal comparándola con una actividad que ordinariamente hubiera requerido una orden. El oficial de policía debe justificar su actuación, debe ser capaz de determinar específicamente los hechos que, en conjunto a inferencias racionales sobre esos

---

<sup>32</sup> "We have repeatedly said that a warrant authorized by a neutral and detached judicial officer is a *more reliable safeguard against improper searches* that the hurried judgment of a law enforcement officer engaged in the often competitive enterprise of ferreting out crime" (DRESSLER, Joshua y THOMAS, George. *Criminal Procedure: principles, policies and perspectives*. Saint Paul, West Group, 1999, p. 193)

<sup>33</sup> BERGMAN y BERGMAN, op. cit., pp. 37-38.

hechos, razonablemente justifican la intromisión<sup>34</sup>. En otras palabras, si el policía hubiera requerido una orden judicial previa, debiera haber especificado los hechos y las inferencias racionales sobre ellos que justifican razonablemente la intromisión. Igualmente, en la revisión judicial posterior a la actividad policial sin orden previa, deberá igualmente informar los hechos y las inferencias racionales sobre ellos, en que habría fundamentado su petición.

La Corte Suprema enfatizó que los tribunales deben emplear un estándar objetivo; deben considerar si los hechos disponibles para el oficial al momento de la aprehensión o el registro justifican la creencia, en un hombre razonablemente cauteloso, de que la acción tomada es la apropiada<sup>35</sup>.

Este punto resulta bastante controversial, pues como señala PIZZI, “hay que reparar que en este caso, como en muchos en el ámbito de la Cuarta Enmienda, la *razonabilidad* se determina a su vez por un criterio de *razonabilidad*. Declarar razonable una confiscación descansa en si el agente de Policía creyó razonablemente que se había cometido un crimen. Pero todo lo que el agente tiene sobre el terreno para tomar la decisión es su propio criterio sobre lo que es razonable creer a partir de los hechos (...) incluso los jueces pueden discrepar sobre qué es lo que razonablemente puede inferirse a partir de los hechos y circunstancias de un caso concreto”<sup>36</sup>.

## **2.2. La causa probable**

La causa probable existe cuando, de acuerdo al conocimiento personal del agente de policía, los hechos y circunstancias de las que tiene racional y confiable información, son suficientes por sí mismos para garantizar a una persona razonablemente cautelosa la creencia de que, en el caso de la aprehensión, una

---

<sup>34</sup> “In justifying the particular intrusion the police officer must be able to point to specific and articulable facts which, taken together with rational inference from those facts, reasonably warrant the intrusion” (Terry v. Ohio)

<sup>35</sup> “Would the facts available to the officer at the moment of the seizure or the search warrant a man of reasonable caution in the belief that the action taken was appropriate?” (Terry v. Ohio)

<sup>36</sup> PIZZI, William. *Juicios y mentiras: crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*. Madrid, Editorial Tecnos, 2004, p. 56.

ofensa ha sido cometida y que la persona arrestada fue quien la cometió, y, en el caso de un registro, un objeto específicamente descrito para ser incautado va a ser encontrado en el lugar a ser registrado<sup>37</sup>.

Debe haber razones legales suficientes para creer que el registro es necesario. En *Carrol v. United States* (1925)<sup>38</sup> la Corte Suprema determinó que la causa probable de registro es flexible, tiene como estándar el sentido común, y por lo tanto va a variar con el tiempo<sup>39</sup>.

Respecto a la aprehensión, la causa probable debe existir antes de realizarse, la evidencia descubierta con posterioridad o que se obtiene a raíz de una aprehensión no puede ser utilizada *ex post* para justificarla<sup>40</sup>.

Debido a que existen numerosas excepciones al llamado “requisito de orden judicial previa”, la Corte ha especificado que incluso las aprehensiones y registros sin orden deben estar apoyadas en una causa probable<sup>41</sup>.

### **2.3. El juramento o afirmación y la descripción precisa del lugar a registrar o la persona o cosa a aprehender**

El ámbito de los registros y las aprehensiones va a estar limitado de acuerdo a la información específica que entregue la Policía al tribunal competente, dando juramento o afirmación sobre la veracidad de las circunstancias expuestas. Mediante el juramento o la afirmación, que se efectúa ante la autoridad judicial, se delimitan las diligencias a realizar por la Policía, o sea, la intensidad de la intromisión y los lugares a

---

<sup>37</sup> “*Probable cause* exist when the facts and circumstances within an officer’s personal knowledge, and of which she has reasonably trustworthy information, are sufficient in themselves to warrant a person of reasonable caution in the belief that: (1) in the case of an arrest, an offense has been committed and the person to be arrested committed it; and (2) in the case of a search, a specifically described item subject to seizure will be found in the place to be searched” (DRESSLER, *op.cit.*, p. 142)

<sup>38</sup> *Carrol v. United States* 267 U.S. 132 (1925)

<sup>39</sup> Vid. al respecto ABERNATHY y PERRY, *op. cit.*, pp. 53-54; BERGMAN y BERGMAN, *op. cit.*, pp. 42-43.

<sup>40</sup> STEPHENS y GLENN, *op. cit.*, pp. 9-12.

<sup>41</sup> “In recognizing various exceptions to its so-called warrant requirement, the modern Court has routinely said that even warrantless searches and seizures ordinarily must be backed by *probable cause*” (AMAR, *op. cit.*, p. 17)

registrar o la persona a aprehender sólo va a ser válida en la medida que estén contenidos en la orden judicial<sup>42</sup>.

Por otra parte, en el caso de una actuación sin una orden judicial, específicamente en el caso de una detención Terry, el ámbito del registro debe estar justificado por las circunstancias que llevan al policía a realizarla, ya que un registro que parte siendo razonable puede terminar vulnerando la Cuarta Enmienda debido a una intensidad y ámbito intolerable<sup>43</sup>.

### **3. Excepciones al principio de la orden judicial previa**

Existen casos en que el actuar de la policía no debe estar precedido por la obtención de una orden judicial. En primer lugar, cuando el afectado consiente en que se realice la diligencia policial, pues es un principio elemental arraigado en la tradición norteamericana que el individuo pueda renunciar a sus derechos constitucionales, siempre y cuando lo haga con pleno conocimiento, de manera clara y voluntaria. En segundo lugar, existen también una serie de circunstancias que debido a sus particulares características justifican que se realice un registro o una aprehensión sin una orden judicial previa<sup>44</sup>.

En relación al registro, se ha dicho a grandes rasgos que “la Corte ha reconocido dos excepciones básicas al requisito de contar con una orden de cateo: se puede ejecutar sin orden legal el cateo relacionado con un arresto legítimo y el de un vehículo en movimiento”<sup>45</sup>.

En relación a la aprehensión, en cambio, se puede efectuar un arresto por un crimen (*felony*) sin una orden judicial previa. Sin embargo se requiere una orden para el caso de los simples delitos a no ser se realice ante la presencia del oficial<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Vid. BERGMAN y BERGMAN, op. cit., pp. 42, 45.

<sup>43</sup> Nos referimos al llamado *pat-down search* o *frisk* que será explicado más adelante. Sobre en qué consiste y sus diferencias con el registro, vid. ibídem, pp. 57-59.

<sup>44</sup> Ibídem, pp. 47-52; STEPHENS y GLENN, op. cit., pp. 12-15

<sup>45</sup> WITT, Elder. *La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales*. México, Editorial Gernika, 1995., p. 241.

<sup>46</sup> “Today, most statutes provide that the police may make a felony arrest without a warrant. However, a warrant is required for a misdemeanor arrest unless the offense occurs in the officer’s presence. As



La jurisprudencia ha ido elaborando un catálogo de situaciones en las que la Policía está autorizada para llevar a cabo diligencias sin una orden judicial previa. Algunas de estas hipótesis son<sup>47</sup>:

a) A plena vista: el oficial puede aprehender los objetos que están a plena vista si tiene causa probable para creer que se trata de artículos contrabandeados.

b) A campo abierto (*open fields*): en ese caso no puede existir una razonable expectativa de privacidad.

c) *Curtilage* (área cerrada que rodea a la vivienda): está protegida por la Cuarta Enmienda ya que se considera una extensión de la casa y por lo tanto goza de su misma protección, pero se puede llevar a cabo vigilancia aérea debido a que el cielo sobre el terreno es generalmente de acceso público.

d) Circunstancias exigentes: Constituye el fundamento de muchas excepciones. Suponen falta de tiempo, lo que hace impracticable para la Policía solicitar una orden de registro. En concreto, están referidas a aquellas situaciones en las que el policía tiene fundamento razonable para creer que hay una necesidad inmediata de proteger su vida o su propiedad, o la vida o propiedad de otros. El registro no está motivado por el intento de asociar una emergencia con el área o el lugar de registro.

e) Vehículo motorizado: existe una reducida expectativa de privacidad. No pueden ser detenidos y registrados al azar, debe haber causa probable. Las cosas a plena vista pueden ser aprehendidas y las áreas que potencialmente pueden esconder armas pueden ser registradas. Con causa probable los policías pueden registrar cualquier área del vehículo, pero no a los pasajeros si no existe causa probable o ellos mismos otorgan su consentimiento. En *Arizona v. Gant* (2009)<sup>48</sup> la Corte Suprema declaró que un oficial necesita una orden antes de registrar un vehículo motorizado con posterioridad al arresto de uno de los ocupantes, a no ser que al tiempo del registro, la

---

discussed below, however, warrantless arrest in some circumstances are unconstitutional, notwithstanding common law and statutory precedent” (DRESSLER, op. cit., p. 170)

<sup>47</sup> Vid. al respecto, ABERNATHY y PERRY, op. cit., pp. 43-44, 47; BERGMAN y BERGMAN, op. cit., pp. 52-74; STEPHENS y GLENN, op. cit. pp. 12-15.

<sup>48</sup> *Arizona v. Gant* 556 U.S. \_\_\_\_ (2009), en: <http://supreme.justia.com/us/556/07-542/>

persona arrestada se muestre insegura y esté a distancia alcanzable del compartimento de pasajeros del vehículo, o los agentes tengan razones para creer que la evidencia del crimen por el que están arrestando, se encuentra en el automóvil.

f) Registro incidental a un arresto lícito: se fundamenta en evitar que el individuo que fue aprehendido destruya la evidencia o pueda ocupar un arma contra los oficiales de policía. “la Corte ha sostenido que es razonable, cuando la policía arresta a un sospechoso, que revise a la persona y, hasta cierto límite, los alrededores inmediatos, incluso sin orden de cateo. Los jueces han considerado que esos cateos son necesarios para proteger la vida de los oficiales que hacen el arresto, evitar que el fugitivo escape e impedir la destrucción de las pruebas”<sup>49</sup>.

g) Registros en las fronteras o sus equivalentes (p.ej. un aeropuerto internacional): no se requiere una orden judicial previa ni una causa probable, por lo general se hacen al azar, pero cuando se entrometen en la dignidad personal e intereses privados (por ejemplo, desnudando al afectado, o examinando sus cavidades corporales) debe fundamentarse en una sospecha razonable.

h) Situaciones bajo dependencia o cuidado ajeno: La Corte Suprema ha dicho que los registros en las escuelas públicas no requieren de una orden previa si los policías tienen fundamentos razonables para creer que encontrarán evidencia de actividades ilegales<sup>50</sup>; los funcionarios públicos pueden ser registrados en búsqueda de evidencia de faltas relacionadas al trabajo<sup>51</sup>; para registrar una celda de prisión no se requiere causa probable; y aunque un empleado puede tener la razonable expectativa de privacidad en su oficina y computador, el empleador puede consentir el registro sin infringir los derechos de la Cuarta Enmienda del empleado<sup>52</sup>.

i) Situación posterior al 11 de septiembre de 2001<sup>53</sup>: A raíz de los ataques terroristas del año 2001 en Estados Unidos, mediante actividad netamente

---

<sup>49</sup> WITT, op. cit., p. 254.

<sup>50</sup> New Jersey v. T.L.O. 469 U.S. 325 (1985)

<sup>51</sup> Samson v. California 547 U.S. 843 (2006)

<sup>52</sup> United States v. Ziegler 474 F.3d 1184 (2007)

<sup>53</sup> Vid. ANGUIA RAMÍREZ, op. cit., p. 21; STEPHENS y GLENN, op. cit., p. 46.

administrativa, se han autorizado diligencias policiales sin orden judicial previa que importan la afectación de derechos constitucionales, Es así como el 14 de Marzo de 2003, la administración Bush, a través de un memorándum estableció que la Cuarta Enmienda no se aplica a las operaciones militares domésticas, y que cualquier vigilancia de la Agencia de Seguridad Nacional (National Security Agency) a un ciudadano norteamericano que mantenga comunicaciones telefónicas internacionales, es ajena a ésta protección. Además, en agosto de 2008, la Corte de Revisión de la Vigilancia a la Inteligencia Internacional (Foreign Intelligence Surveillance Court of Review) falló que el Presidente y el Congreso tienen la autoridad de intervenir y grabar llamadas telefónicas internacionales e interceptar correos electrónicos sin una orden judicial previa.

#### **4. La Regla de Exclusión**

Constituye una de las formas en que se refuerza en la práctica la protección de la Cuarta Enmienda. De acuerdo con la regla de exclusión, la evidencia obtenida mediante una violación de derechos constitucionales del acusado, es generalmente inadmisibile como prueba durante el juicio criminal<sup>54</sup>.

La regla de exclusión se adoptó en el caso *Weeks v. United States* (1914)<sup>55</sup> Antes de eso, toda la evidencia, independiente de cómo se hubiera obtenido, era admisible. Posteriormente, en *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920)<sup>56</sup> la Corte estableció que los datos resultantes de la evidencia obtenida ilegalmente eran inadmisibles en juicio como los *frutos del árbol envenenado*. El fundamento de esta jurisprudencia es reforzar la protección otorgada por la Cuarta Enmienda, ya que la regla de exclusión sirve para disuadir a los agentes policiales de vulnerar los derechos constitucionales del sospechoso<sup>57</sup>.

##### **4.1. Desarrollo jurisprudencial<sup>58</sup>**

---

<sup>54</sup> HENDLER, op. cit., p. 200.

<sup>55</sup> *Weeks v. U.S.* 232 U.S. 383 (1914)

<sup>56</sup> *Silverthorne Lumber Co. V. U.S.* 251 U.S.385 (1920)

<sup>57</sup> ABERNATHY y PERRY, op. cit., pp. 63-73.

<sup>58</sup> Ídem.

En *United States v. Calandra* (1974)<sup>59</sup>, la Corte Suprema decidió que el Gran Jurado puede usar supuestas pruebas ilícitas para interrogar a un testigo, ya que afirmar otra cosa interferiría con la independencia de éste; el asunto de la ilegalidad del registro debe ser juzgado en un procedimiento subsecuente, después de que el imputado haya sido acusado.

En *United States v. Leon* (1984)<sup>60</sup> en cambio, la Corte aplicó la regla de la buena fe, según la cual la evidencia aprehendida por oficiales confiando de buena fe en la orden judicial, es admisible aún cuando posteriormente se tenga conocimiento de que la orden es defectuosa. Sin embargo, la evidencia va a ser excluida si un oficial, deshonesto o negligentemente prepara una declaración jurada para conseguir una orden, si el magistrado competente le falta neutralidad o si a la orden le falta su especificación.

Es importante tener en consideración que este caso sólo se aplica a las órdenes de registro, no existe claridad en la doctrina si la excepción de buena fe se aplica a aprehensiones sin orden previa en otros contextos. Recientemente la Corte afirmó en *Arizona v. Evans* (1995)<sup>61</sup> y *Herring v. U.S.* (2009)<sup>62</sup> que la regla de exclusión no se aplica a la evidencia encontrada debido a negligencia respecto a bases de datos del gobierno, siempre y cuando el oficial que hace el arresto haya confiado de buena fe en la base de datos y la negligencia no haya dominado su actuar.

En *Segura v. United States* (1984)<sup>63</sup> se resolvió que la evidencia ilegalmente encontrada sin una orden previa es admisible si ella es encontrada después y legalmente aprehendida, basándose en información independiente del registro ilegal.

Ese mismo año, en *Nix v. Williams*<sup>64</sup> la Corte Suprema falló que la evidencia ilegalmente aprehendida sin una orden previa es admisible si el organismo acusador

---

<sup>59</sup> *United States v. Calandra* 414 U.S. 338 (1974)

<sup>60</sup> *United States v. Leon* 468 U.S. 897 (1984)

<sup>61</sup> *Arizona v. Evans* 514 U.S. 1 (1995)

<sup>62</sup> *Herring v. United States* 555 U.S.\_\_(2009), en: [http://www.oyez.org/cases/2000-2009/2008/2008\\_07\\_513](http://www.oyez.org/cases/2000-2009/2008/2008_07_513)

<sup>63</sup> *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984).

<sup>64</sup> *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984)

puede probar que la evidencia hubiera sido encontrada y aprehendida por medios legales, sin basarse en evidencia o información obtenida ilegalmente.

#### **4.2. Críticas**

La regla de exclusión, desde su consagración por la Corte Suprema, ha generado diversas críticas en doctrina<sup>65</sup>, principalmente por las consecuencias prácticas que muchas veces no se condicen con la infracción y, según se ha dicho, operan como una venganza que no resarce la infracción ocasionada, contradiciendo criterios de justicia. HALL y GLUECK, han dicho que la exclusión de la evidencia no puede justificarse como protección o recompensa al acusado, o castigo a los agentes de policía por el registro ilegal o aprehensión. No protege al imputado del registro o aprehensión, ya que el acto ilegal ya se cometió<sup>66</sup>.

Desde otro punto de vista, PIZZI, poniendo énfasis en lo que llama una manifestación de la obsesión judicial por la infalibilidad<sup>67</sup>, ha criticado la prohibición absoluta de la utilización en juicio de elementos probatorios obtenidos con infracción de derechos constitucionales, proponiendo un uso moderado de la regla de exclusión para evitar una crisis en el sistema procesal penal de Estados Unidos.

En sus términos, “un sistema de enjuiciamiento criminal en el que se inadmiten pruebas que contienen información fiable, obtenidas por agentes de Policía que actuaron de buena fe pero mediante actos que sólo a posteriori se declararon irrazonables, independientemente de lo irrelevante que puede haber sido la irregularidad cometida o lo grave que puede haber sido el delito o delitos cometidos, abandonando en consecuencia la pretensión de determinar de forma precisa la culpabilidad del acusado, tiene su orden de prioridades seriamente alterado. Los costos que una regla tan rígida supone para la honestidad y la integridad del sistema

---

<sup>65</sup> Tampoco es un tema pacífico en la jurisprudencia, vid. al respecto ABERNATHY y PERRY, op. cit., pp. 65-69.

<sup>66</sup> “Exclusion of the evidence cannot be justified as affording protection or recompense to the defendant or punishment to the officers for the illegal search and seizure. It does not protect the defendant from the search and seizure, since that illegal act has already occurred” (HALL, Livingstone y GLUECK, Sheldon. *Cases on criminal law and its enforcement*. Saint Paul, West Publishing Co., 1958, p. 504)

<sup>67</sup> PIZZI, op.cit., p. 53.

son enormes”<sup>68</sup>. Agrega que “en la cuestión del tratamiento procesal de las pruebas irregularmente obtenidas como mecanismo de protección de los ciudadanos frente a los abusos de la Policía, no se trata de que los países opten entre todo o nada. Muchos países tienen sistemas más equilibrados que el estadounidense, por ejemplo optando por la inadmisión en casos de abusos graves y por la admisibilidad cuando la violación cometida por la Policía es de poca entidad en comparación con la gravedad del delito”<sup>69</sup>. Es así como, a su parecer, se compatibilizaría de mejor manera la persecución penal y la protección de las garantías constitucionales de las personas.

### III. Tipos de encuentros entre la Policía y los individuos

En Estados Unidos, dentro del marco de actuación de la Cuarta Enmienda, la interacción entre policías e individuos puede dividirse en tres categorías; encuentro consensual, detención (*detention*) y arresto (*arrest*).

#### 1. Encuentro consensual

Un policía se acerca a una persona y le hace una pregunta. En esta situación, la persona no está obligada a identificarse ni a contestar la pregunta, y se puede ir en cualquier momento<sup>70</sup>.

Por lo general las cortes de justicia han considerado *encuentro ciudadano* toda situación entre un policía y un individuo en que aquél no haya transmitido todavía un mensaje que sea conforme a una detención. Este tipo de interacción no está amparada por la Cuarta Enmienda, ya que si una persona se mantiene libre de ignorar el interrogatorio del policía, el gobierno no se ha entrometido en la libertad de esa persona o en su privacidad y en consecuencia, no ha habido una aprehensión de acuerdo a la Cuarta Enmienda<sup>71</sup>.

La jurisprudencia ha afirmado la importancia de lo anterior, pues si entendiéramos todo encuentro entre un ciudadano y la Policía como una aprehensión,

---

<sup>68</sup> PIZZI, op.cit., p. 73.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>70</sup> BERGMAN y BERGMAN, op. cit., pp. 13-14.

<sup>71</sup> *Ibidem*, pp. 13-15.

no sólo no se acrecienta ningún interés protegido por la Cuarta Enmienda, sino que además, se imponen restricciones completamente irreales a una serie de legítimas y necesarias prácticas policiales<sup>72</sup>.

## 2. *Detention*

Una persona se encuentra detenida cuando, en vista de las circunstancias, un individuo razonable creería que no es libre para irse<sup>73</sup>.

La Policía puede detener brevemente a alguien si tiene la *sospecha razonable* de que el individuo cometió, está cometiendo o está a punto de cometer un delito. Muchas leyes estatales explícitamente consagran esta facultad, sin embargo, la decisión de Terry v. Ohio la estableció independiente de si está contemplada o no en la legislación local<sup>74</sup>.

En estos casos, la Policía puede realizar un registro limitado (*frisk*) en busca de armas, si razonablemente se tiene la sospecha de que la persona está armada y es peligrosa. “A partir de un precedente del año 1968 la Corte Suprema de los Estados Unidos convalidó una medida restrictiva de menor implicancia que un arresto: la detención por un tiempo breve con fines de identificar o palpar de armas a una persona”<sup>75</sup>.

La Policía puede hacerle preguntas al detenido, pero normalmente éste no está obligado a responder. Es por esto que muchas legislaciones estatales tienen leyes de parada e identificación (*stop and identify*) que explícitamente requieren que la persona

---

<sup>72</sup> “Moreover, characterizing every street encounter between a citizen and the police as a *seizure*, while not enhancing any interest secured by the Fourth Amendment, would impose wholly unrealistic restrictions upon a wide variety of legitimate law enforcement practices. The Court has on other occasions referred to the acknowledge need for police questioning as a tool in the effective enforcement of the criminal laws” (United States v. Mendenhall Supreme Court of the United States 446 U.S. 544 (1980) en DRESSLER y THOMAS, op. cit., p. 362)

<sup>73</sup> ABERNATHY y PERRY, op. cit., p. 41.

<sup>74</sup> Ídem.

<sup>75</sup> HENDLER, op. cit., p. 171.

que fue detenida bajo las condiciones de una parada Terry se identifique ante el oficial de policía, e incluso algunas contemplan que provea información adicional<sup>76</sup>.

### **3. Arrest**

En los casos en que el oficial tenga una *causa probable* para creer que la persona cometió un delito, podrá arrestarla. En algunos Estados se requiere que el policía informe a la persona la causa del arresto<sup>77</sup>.

“La Suprema Corte nunca ha aplicado a los arrestos –la incautación de la propia persona- el requisito de la orden judicial que se contempla en la Cuarta Enmienda de manera tan estricta como lo ha aplicado a los cateos. Ha utilizado la regla del Derecho consuetudinario a los arrestos, aprobando que los oficiales ejecutores de la ley efectuarán arrestos sin orden judicial en casos de crímenes cometidos en su presencia o de otros delitos en los que exista una base razonable para ello”<sup>78</sup>.

Después de realizar el arresto, la Policía puede registrar a la persona, sus pertenencias y los alrededores.

Dependiendo de la jurisdicción en que se realice, el arrestado va a estar o no obligado a entregar su nombre a los oficiales; pero si la Policía quiere interrogarlo, deberá informar de su derecho a permanecer en silencio, efectuando las “advertencias Miranda”<sup>79</sup>.

## **IV. La Detención Terry, Terry Stop o Stop and Frisk**

### **1. Aspectos generales**

---

<sup>76</sup> BERGMAN y BERGMAN, op. cit., pp. 13-14.

<sup>77</sup> *Ibidem*, pp. 78-82.

<sup>78</sup> WITT, op. cit., p. 251.

<sup>79</sup> Las *Miranda warnings* son las advertencias que debe hacer el oficial de policía sobre el catálogo de derechos que la Quinta Enmienda entrega a una persona que se encuentra en una situación de custodia policial. Deben ser comunicadas al arrestado al momento de llevarse a cabo esta diligencia, de lo contrario adolece de inconstitucionalidad. Adquiere este nombre debido al famoso caso *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966). Vid. BERGMAN y BERGMAN, op. cit., pp. 21-33.



La detención Terry está vinculada a la práctica policial de parar a una persona, impedir que prosiga su camino y cachearla (*stop and frisking*), procedimiento que no constituye arresto (que garantiza el derecho a guardar silencio), ni registro (*search*), pues el cacheo (*pat-down search* o *frisk*) consiste sólo en la palpación superficial de la ropa del afectado, para encontrar un arma, sin posibilidad de introducir las manos dentro de la vestimenta, a menos que encuentre algo sospechoso<sup>80</sup>.

En EE.UU., en determinadas circunstancias, las autoridades policiales tienen permitido realizar estos registros limitados, sin orden previa, cuando hay un nivel de sospecha inferior a la causa probable. En el caso Terry v. Ohio, la Corte Suprema decidió que si un policía observa una *conducta inusual* que lo lleva a la razonable creencia *de que una actividad criminal se está tramando* y que la persona sospechosa tiene un arma y es actualmente peligrosa para el policía u otros, puede llevar a cabo un cacheo para determinar si la persona está cargando un arma<sup>81</sup>.

Para poder realizar el cacheo, el policía debe ser capaz de detallar los hechos específicos que tomados en relación a inferencias racionales sobre esos hechos, razonablemente justifiquen esa acción, no bastando una vaga corazonada. Este tipo de registro debe ser temporal y el interrogatorio debe estar limitado al propósito de la detención<sup>82</sup>.

## **2. Caso Terry v. Ohio**

En John W. Terry v. State of Ohio, la Corte Suprema declaró que la prohibición de registros y aprehensiones irrazonables de la Cuarta Enmienda no es infringida cuando un policía detiene a un sospechoso y lo registra sin una causa probable de arresto, si es que el oficial tiene una *sospecha razonable* de que la persona cometió, está cometiendo o está a punto de cometer un delito.

### **2.1. Hechos del caso**

---

<sup>80</sup> GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 185.

<sup>81</sup> ABERNATHY y PERRY, op. cit., pp. 48-52.

<sup>82</sup> Ídem.

La noche del 31 de octubre de 1963, un policía, en una calle que había patrullado por muchos años, ve a dos hombres parados en una esquina en actitud sospechosa (iban y venían alternativamente por una misma ruta, parando para mirar detenidamente una ventana de una tienda). Después de un rato, se les acerca un tercer hombre que se va rápidamente luego de una breve conversación. El policía sospecha que “consiguieron un trabajito”, por lo que los sigue y los ve reunirse nuevamente con el tercer hombre frente a la tienda a un par de cuadras.

El policía se les acerca, se identifica como tal y pregunta sus nombres. Los hombres mascullan algo, por lo que el policía gira a Terry y catea sus ropas superficiales y siente una pistola en el bolsillo del abrigo. Trata de sacar el arma pero no puede, por lo que ordena a los tres individuos que entren a la tienda, le quita el abrigo a Terry, toma la pistola y les ordena que se paren contra la pared con las manos en alto. Cachea a los otros dos y encuentra una pistola en el abrigo de Chilton, otro de los hombres. Los tres fueron llevados a la comisaría y Terry y Chilton acusados de cargar armas ocultas.

La defensa presentó mociones para suprimir el uso de las armas incautadas como evidencia, basándose en que el registro y posterior aprehensión eran una violación de la Cuarta Enmienda. La Corte denegó la moción argumentando que el policía tenía causa para creer que Terry y Chilton estaban actuando de manera sospechosa, por lo que el interrogatorio estaba justificado y que además, el oficial, para su propia seguridad, tiene derecho a cachear las ropas superficiales si es que tiene causa razonable para creer que están armados<sup>83</sup>.

## **2.2. Importancia del fallo**

En Terry v. Ohio, la Corte Suprema tuvo que determinar, para efectos de la Cuarta Enmienda, cuándo una persona es *aprehendida* y qué constituye un *registro*.

En relación a la aprehensión, se desechó la idea de que un *stop and frisk* quedaba fuera del ámbito de protección de la Cuarta Enmienda, declarándose que si el

---

<sup>83</sup> FERDENICO, John y otros. *Criminal procedure for the criminal justice professional*, 10ª edición. California, Wadsworth Cengage Learning, 2008, pp. 360-364.

agente policial abordaba a un individuo y restringía su libertad de irse, se había aprehendido a esa persona<sup>84</sup>.

Respecto del registro, la Corte declaró que sostener que la cuidadosa exploración de las ropas superficiales de una persona en busca de armas no constituya registro, es artificioso, pues sólo existiría una diferencia terminológica. Sin embargo, como el policía había registrado sólo las ropas superficiales del detenido, el registro estaba razonablemente relacionado a la preocupación por su propia seguridad. “La única justificación del registro (...) es la protección del oficial de policía y de otros en las cercanías, y debe estar limitado en su ámbito a una intrusión razonable, diseñada para descubrir pistolas, cuchillos, garrotes u otros instrumentos ocultos para el asalto del oficial de policía”<sup>85</sup>. En consecuencia, en la decisión *Terry* quedó establecido que un policía puede, para su propia seguridad, realizar una búsqueda superficial de las ropas externas de la persona si es que tiene la razonable sospecha de que la persona está armada<sup>86</sup>.

Respecto a las preguntas realizadas por la policía, en la opinión concurrente, el juez White afirmó que no hay nada en la Constitución que impida a un policía dirigir preguntas a cualquiera en las calles. En ausencia de circunstancias especiales, la persona a quien se acercó el policía no puede ser parada y cacheada, y podrá el sujeto rehusarse a cooperar, continuando con su camino. Sin embargo, concurriendo las circunstancias apropiadas, la persona puede ser brevemente detenida contra su voluntad, mientras se le dirigen preguntas pertinentes. Por supuesto que la persona detenida no está obligada a contestar, las respuestas no pueden ser forzadas y negarse a contestar no constituye fundamento para un arresto, aunque puede alertar al oficial la necesidad de continuar con la observación<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> “Whenever a police officer accost an individual and restrains his freedom to walk away, he has *seized* that person” (Terry v. Ohio)

<sup>85</sup> “The sole justification of the search (...) is the protection of the police officer and others nearby, and it must therefore be confined in scope to an intrusion reasonably designed to discover guns, knives, clubs or other hidden instruments for the assault of the police officer.” (Terry v. Ohio)

<sup>86</sup> FERDENICO y otros, op. cit., pp. 398-403.

<sup>87</sup> “There is nothing in the Constitution wich prevents a policeman from addressing questions to anyone on the streets. Absent special circumstances, the person approached may not be detained or frisked but may refuse to cooperate and go on his way. However, given the proper circumstances, such as those in this

En conclusión, la Corte consideró que a Terry se le había aprehendido y realizado un registro, pero que no existía infracción de la Cuarta Enmienda debido a que no era irrazonable. “La Corte Suprema ha fallado que la práctica policial de detener a sospechosos y cachearlos para verificar si portan armas constituye un cateo razonable que se encuentra dentro de los límites de la Cuarta Enmienda. El alto tribunal determinó que esas revisiones son permisibles, aunque carezcan de orden judicial o, incluso, de información suficiente para fundamentar la causa probable del arresto”<sup>88</sup>.

Por otro lado, definiendo el criterio jurisprudencial en lo referente a la libertad de movimiento, la Corte interpretó que el alcance de la Cuarta Enmienda no se reduce al arresto formal o al traslado a la comisaría, sino que comprende también medidas como la inmovilización y la palpación de la superficie corporal de una persona, rechazando en consecuencia, el argumento según el cual estas medidas sólo importan “*a mere minor inconvenience*”. Para la Corte, tal intento pretendía “excluir del juicio de constitucionalidad los estadios iniciales del contacto entre la policía y los ciudadanos”, lo que rechazó, pues es innegable que “cuando un agente de policía aborda a una persona y restringe su libertad de marcharse –*freedom to walk away*– la ha aprehendido (*seized*)”. Por tanto, para la Corte Suprema, la práctica *stop and frisk* no es constitucionalmente distinto de la *seizure* protegida por la Cuarta Enmienda, pues ésta incluye también aprehensiones que no consistan en el traslado a la comisaría y la persecución criminal, es decir, un arresto en la terminología tradicional. En consecuencia, aún cuando la Policía no está en la necesidad de arrestar en todas las circunstancias, incluso en esta etapa inicial se exige la razonabilidad (causa razonable) de la Cuarta Enmienda, lo cual requiere que la actuación policial debe fundarse en hechos concretos, suficientes para presumir que el afectado está perpetrando o va a

---

case, it seems to me the person may be briefly detained against his will while pertinent questions are directed to him. Of course, the person stopped is not obliged to answer, answers may not be compelled, and refusal to answer furnishes no basis for an arrest, although it may alert the officer to the need for continued observation” (Terry v. Ohio).

<sup>88</sup> WITT, op. cit., p. 243.

perpetrar un delito. Y en consecuencia, la simple buena fe del agente policial no es suficiente<sup>89</sup>.

La relevancia de esta sentencia radica en establecer que la regla de exclusión tiene sus limitaciones, pues su significado es proteger a las personas de registros y aprehensiones irrazonables con el fin de obtener evidencia en su contra, pero no de los registros y aprehensiones con otros propósitos<sup>90</sup>. Sin embargo, cabe precisar que si bajo el pretexto de una detención Terry se encuentra evidencia de un delito (por ejemplo si al realizar el cateo se encuentra droga en los bolsillos), ésta no podrá ser usada como evidencia a no ser que se cumpla con los requisitos exigidos por la Cuarta Enmienda.

### **3.     Ámbito de extensión de una detención Terry.**

Como dijimos anteriormente, una detención Terry es de menor intensidad que un arresto, por lo que se debe precisar su ámbito de extensión.

La detención Terry se puede realizar cuando el oficial de policía observa una actitud sospechosa en un individuo: se exige un mínimo nivel de justificación para efectuar una diligencia que “lleva envuelta una breve detención de personas sospechosas de actividad criminal. La Corte más de una vez ha afirmado que la justificación de una aprehensión en menos de causa probable se debe a la brevedad de la detención”<sup>91</sup>, sin embargo, no hay una clara delimitación de tiempo en una detención Terry<sup>92</sup>.

En este sentido, la Corte ha afirmado que la *sospecha razonable* es evidentemente menos exigente que la *causa probable* y que requiere menos pruebas,

---

<sup>89</sup> Vid. CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 264; GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 185 y ss.

<sup>90</sup> BERGMAN y BERGMAN, op. cit., pp. 57-59.

<sup>91</sup> “Terry involved a very brief detention of persons suspected of criminal activity. The Court has more than once stated that the justifiability of a seizure on less than probable cause is predicated in part on the brevity of the detention” (DRESSLER, op. cit., p. 311)

<sup>92</sup> FERDENICO y otros, op. cit., pp. 365-370.

ya que la detención Terry por su naturaleza acepta el riesgo de que los oficiales pueden detener (y/o cachear) a personas inocentes<sup>93</sup>.

En este tipo de detención, tanto la aprehensión como el registro deben realizarse en la calle. Si el policía trasladara al sospechoso a otro lugar para una investigación más profunda, una corte puede tratar esa aprehensión como equivalente a un arresto, exigiendo causa probable<sup>94</sup>.

En cuanto al registro, éste debe estar estrictamente circunscrito a las circunstancias que justificaron su inicio. El propósito del registro Terry es limitado, determinar si el sospechoso está armado. A diferencia del registro incidental al arresto, no se justifica por la necesidad de prevenir la desaparición o destrucción de evidencia<sup>95</sup>.

La manera apropiada de llevar a cabo un registro preventivo (de protección) depende de los hechos del caso, pero la Corte ha aprobado la siguiente técnica: un cateo de la superficie de la ropa del sospechoso, razonablemente diseñado para descubrir armas que pueden ser usadas en contra del policía, y cuando se palpa un objeto contundente que se sienta como un arma, realizar un registro completo bajo la ropa para remover el arma<sup>96</sup>.

Con posterioridad, el “estándar Terry” (*stop and frisk* o simplemente *Terry stop*) se hizo extensivo a otro tipo de detenciones temporales de personas, como por ejemplo a las detenciones de vehículos (*traffic stop*). Las autoridades han entendido que cuando es necesario para la sociedad y no hay otros medios efectivos disponibles, la intromisión en la privacidad de las personas en este tipo de diligencia es mínima y

---

<sup>93</sup> “Since Terry, the Court has stated that the *reasonable suspicion* standard is *obviously less demanding than that for probable cause*. It requires *considerably less* proof of wrongdoing than proof by a ponderance of the evidence. As the Court has recently put it, *Terry accepts the risk that officers may stop (and/or frisk) innocent people*. All that is required to justify a Terry-level search or seizure is *some minimal level of objective justification*” (FERDENICO y otros, op. cit., p. 299)

<sup>94</sup> FERDENICO y otros, op. cit., p. 312.

<sup>95</sup> “Moreover, the procedure used by the officer to project himself must be strictly circumscribed (in manner) by the exigencies which justify its initiation. Specifically, the purpose of the Terry search is limited: to determine whether the suspect is armed. Unlike a search incident to an arrest, a Terry-type search is not justified by any need to prevent the disappearance or destruction of evidence of crime” (Ibídem, p. 297)

<sup>96</sup> Ídem

por eso se ha aceptado el uso de casetas de control para motoristas e incluso peatones (*checkpoints*), circunstancia usual en las fronteras y pasos fronterizos<sup>97</sup>.

#### 4. Otras decisiones de la Corte Suprema respecto al *stop and frisk*

Terry v. Ohio es el precedente en el que se basa la doctrina del *stop and frisk*, pero no es el único pronunciamiento en esta materia<sup>98</sup>:

a) **Michigan v. Long** (1983)<sup>99</sup>: Un conductor cae en una zanja y la policía nota que está bajo la influencia de alguna sustancia. Llevan a cabo un cateo Terry y no encuentran armas, por lo que hacen un registro por protección (*protective search*) y descubren marihuana en el auto. Long es arrestado por posesión. Se extiende Terry v. Ohio para permitir los registros en los compartimientos de los automóviles durante una parada con sospecha razonable<sup>100</sup>.

b) **Florida v. Royer** (1983)<sup>101</sup>: Dos policías encubiertos se acercan al demandante en el aeropuerto porque calza con el perfil de un acarreador de droga, se identifican y solicitan su pasaje de avión y licencia de conducir. Los nombres de estos documentos no corresponden, por lo que le piden que los acompañe a una habitación. Sin su consentimiento retiran su equipaje y, si bien el afectado no autorizó el registro, les facilita la llave para que abran la maleta, en la que los policías encuentran marihuana. La Corte sostuvo que lo trasladaron sin su consentimiento a un cuarto pequeño mientras retenían documentos de valor para él y lo mantuvieron en ese lugar sin causa probable, por lo que su consentimiento está viciado por la custodia ilegal ya que una persona razonable creería encontrarse arrestada. Es decir, es legal para las autoridades marcar y acercarse a personas basado en sus comportamiento, pero no pueden retener o registrar sin una causa probable o la correspondiente orden judicial.

---

<sup>97</sup> ABERNATHY y PERRY, op. cit., pp. 48-52.

<sup>98</sup> Vid., en detalle, FERDENICO y otros, op. cit., pp. 360-434.

<sup>99</sup> Michigan v. Long, 463 U.S. 1032 (1983), en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=463&page=1032>

<sup>100</sup> En la apelación se falló que se aplicó mal la parada Terry, pues se arrestó por posesión de drogas, pero se mantuvo que el registro preventivo de Terry es extensible al compartimento del auto al alcance de la mano del conductor.

<sup>101</sup> Florida v. Royer, 460 U. S. 491 (1983) en <http://supreme.justia.com/us/460/491/case.html>

c) **United States v. Place** (1983)<sup>102</sup>: Un día viernes por la tarde el señor Place llamó la atención de los agentes policiales en el aeropuerto de Miami, razón por la que le exigen que se identifique, y en vista de la eminente partida del avión, lo dejan abordar y alertan a la DEA<sup>103</sup> para que lo registre en el aeropuerto de Nueva York. A su arribo, un perro policial olfateó la maleta y detectó la presencia de narcóticos, por lo que retuvieron el equipaje hasta el día lunes, para poder pedir una orden judicial de registro. Una vez que se les concedió la orden abrieron la maleta y descubrieron más de un kilogramo de cocaína. En esa ocasión el tribunal supremo estimó que el olfateo de un perro especialmente entrenado para estos efectos no constituye un registro en el sentido de la Cuarta Enmienda, sino que constituye una situación sui generis.

d) **Florida v. J.L.** (2000)<sup>104</sup>: La policía recibe un llamado diciendo que hay un hombre negro vestido con una camisa escocesa que está portando un arma. Cuando los oficiales llegan, ven que hay tres hombres afroamericanos, pero sólo uno con una camisa escocesa, por lo que llevan a cabo un registro y descubren el arma. El tribunal sostuvo que las autoridades no pueden detener y catear a un ciudadano basado en un dato anónimo, describiendo sólo un comportamiento inocente y que tampoco hace predecir suficientemente las futuras acciones del sujeto.

e) **Illinois v. Wardlow** (2000)<sup>105</sup>: Patrullando un área conocida por el tráfico de drogas, unos oficiales de policía observan a Wardlow en el sector con una bolsa, quien se aleja apresuradamente. Los oficiales le piden que se detenga, realizando un cateo en busca de armas, y al encontrar una, Wardlow es arrestado. La Corte de Illinois encontró que huir de una sirena policial en un barrio de alta criminalidad no es señal suficiente para crear una sospecha razonable.

---

<sup>102</sup> United States v. Place, 462 U.S. 696 (1983) en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=462&invol=696>

<sup>103</sup> Drug Enforcement Administration (Agencia del Departamento de Justicia de Estados Unidos encargado de la lucha contra las drogas).

<sup>104</sup> Florida v. J. L., 529 U.S. 266 (2000) en <http://supreme.justia.com/us/529/266/>

<sup>105</sup> Illinois v. Wardlow 528 U.S. 119 (2000) en <http://supreme.justia.com/us/528/119/case.html>



f) **United States v. Drayton** (2002)<sup>106</sup>: Unos oficiales suben a un autobús y avisan que están haciendo un control de rutina en busca de armas y drogas. Se acercan a unos individuos y piden su consentimiento para llevar a cabo un cateo, a lo que acceden. Al realizar esta diligencia descubren objetos pegados a los muslos que parecen ser droga, por lo que los detienen y en ese registro descubren que se trata de cocaína. La defensa solicita que se suprima la cocaína como evidencia ya que el consentimiento no era válido, lo que en primera instancia es rechazado, pero conociendo de la apelación la Corte de Distrito establece que el consentimiento es inválido ya que los pasajeros del bus no se sentían libres de desobedecer las órdenes de los policías.

## V. El requerimiento de identificación policial

### 1. El deber de identificarse

Como se señaló, cuando una persona es detenida (*Terry stop*), la Policía puede formular preguntas al detenido, en los términos ya expuestos. Sin embargo, no existe a nivel federal una ley que obligue a un sujeto a identificarse cuando ello sea requerido por el agente policial durante el desarrollo de esa detención. Es por esta razón que las legislaciones estatales han ido promulgando “leyes de parada e identificación” (*stop and identify laws*) que explícitamente obligan a quien se encuentra sometido a una detención Terry a entregar su identificación al oficial de policía<sup>107</sup>, e incluso en ciertos casos a que proporcione información adicional<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> *United States v. Drayton* 536 U.S. 194 (2002) en <http://supreme.justia.com/us/536/194/>

<sup>107</sup> BERGMAN y BERGMAN, op. cit., pp. 13-14.

<sup>108</sup> A pesar de su pretensión de uniformidad, la Uniform Arrest Act de 1942 no tiene vigencia en todos los Estados. La Uniform Arrest Act prescribe en su Sección 2 que un oficial de paz puede parar a cualquier persona de quien razonablemente sospeche que comete un delito, y puede exigirle su nombre, dirección, qué está haciendo y adónde se dirige. Cualquier persona así interrogada que dé respuestas insatisfactorias puede ser detenida para mayores interrogatorios por no más de dos horas. Esa detención no es un arresto ni debe ser grabada. En su idioma original “Section 2 of the Uniform Arrest Act provides for questioning and detention of suspects. A peace officer may stop any person abroad whom he reasonably suspects of committing a crime, and may demand his name, address, business abroad, and where he is going. Any person so questioned making unsatisfactory answers may be detained and further questioned and investigated for not over two hours. Such detention is not an arrest and shall not be so recorded. (...) Of course, making questioning legal imposes upon the person questioned no duty to reply,

Las leyes de parada e identificación tienen su origen en las leyes de vagancia, cuya constitucionalidad fue cuestionada por la Corte Suprema, por ejemplo, en el caso *Papachristou v. Jacksonville* (1972)<sup>109</sup>, en que se señaló que estas leyes eran imprecisas, lo que importaba dejar al arbitrio de la Policía realizar o no la diligencia de identificación<sup>110</sup>.

La decisión No. 03-5554 de la Corte Suprema de Nevada consigna que “las leyes de parada e identificación por lo general combinan elementos de las tradicionales leyes de vagancia con disposiciones cuyo objetivo es regular el comportamiento policial en el curso de una detención investigativa. Los estatutos varían de Estado en Estado, pero todos permiten a un oficial preguntar o requerir a un sospechoso que revele su identidad”<sup>111</sup>.

En el caso *Hiibel v. Sixth Judicial District Court of Nevada* (2004), la Corte Suprema sostuvo, en una decisión de cinco votos contra cuatro, que la ley de identificación de Nevada no violaba la Constitución de EE.UU. En este sentido, señaló que los Estados y las localidades tienen el poder de establecer leyes que obliguen a las personas a identificarse cuando se encuentren sometidas a una detención Terry<sup>112</sup>. Hasta el presente año 2009, veinticuatro Estados han promulgado leyes de *stop and identify*<sup>113</sup>.

---

for that would be unconstitutional” (ORFIELD, Lester. *The criminal procedure, from arrest to appeal*. Nueva York, University Press, 1947, pp. 24-25).

<sup>109</sup> *Papachristou v. Jacksonville* 405 U.S. 156 (1972)

<sup>110</sup> “Vagrancy laws that permitted officers to require people to demonstrate that they had good reason to be where they were, engaged in whatever conduct they were engaged in, were struck down by the Supreme Court in *Papachristou v. Jacksonville*. The Court found vagrancy statutes to be unconstitutionally vague, as they provide police officers with too much discretion regarding whom to stop and question and what standards to apply before making an arrest” (GINN, Beverly. *Chief's Counsel: Stop-and-identify laws*, en: [http://policechiefmagazine.org/index.cfm?fuseaction=display\\_arch&article\\_id=382&issue\\_id=92004](http://policechiefmagazine.org/index.cfm?fuseaction=display_arch&article_id=382&issue_id=92004))

<sup>111</sup> “Stop-and-identify statutes often combine elements of traditional vagrancy laws with provisions intended to regulate police behavior in the course of investigatory stops. The statutes vary from State to State, but all permit an officer to ask or require a suspect to disclose his identity” (The identity project (IDP). *Nevada Hiibel. The Surveillance State* (official website of Dudley Hiibel), en: <http://www.papersplease.org/hiibel/index2.html>)

<sup>112</sup> FERDENICO y otros, op. cit., pp. 386-389.

<sup>113</sup> Alabama (Ala. Code §15-5-30), Arizona (Ari. Rev. Stat. Tit. 13, Ch. 24-12(2005)), Arkansas (Ark. Code Ann. §5-71-213(a)(1)), Colorado (Colo. Rev. Stat. §16-3-103(1)), Delaware (Del. Code Ann. Tit 11, §1902, 1321(6)), Florida (Fla. Stat. §856.021), Georgia (Ga. Code Ann. §16-11-36(b)), Illinois (Ill. Comp. Stat. Ch.725 §5/107-14), Indiana (Indiana Code §34-28-5-3.5), Kansas (Kan. Stat. Ann. §22-2402(1)), Louisiana

Por otro lado, la Corte Suprema afirmó en *Hiibel* que el detenido no está obligado a entregar una identificación escrita y que cumple su obligación con sólo decir su nombre.

Desde otro punto de vista, antes de *Hiibel* no existía claridad respecto de si un sujeto detenido podía ser arrestado y acusado por su negativa a identificarse. La jurisprudencia estaba dividida entre las Cortes de Apelación de Circuitos Federales que lo había aceptado en ocasiones, y la Corte Suprema, que dos veces había rechazado expresamente pronunciarse al respecto<sup>114</sup>. Algunas leyes de *stop and identify* no obligan a que el detenido se identifique, pero permiten que la negativa sea considerada, junto a otros factores, para determinar si existe causa probable para un arresto<sup>115</sup>.

Por otro lado, aún no es claro si una ley de identificación puede obligar a una persona a dar su nombre después de haber sido arrestada. Pero en la práctica, el policía puede retrasar el arresto hasta que el individuo le proporcione su nombre. Hay Estados que tienen leyes que específicamente requieren que el arrestado dé su nombre e información biográfica<sup>116</sup>, e incluso algunas cortes estatales han sostenido que la negativa constituye obstrucción a un oficial público<sup>117-118</sup>.

## 2. Caso *Hiibel v. Sixth Judicial District Court of Nevada*

---

(La. Code Crim. Proc. Ann. Art 215.1 (A)), Missouri (Mo. Rev. Stat. §84.710(2)), Montana (Mont. Code Ann §46-5-401), Nebraska (Neb. Rev. Stat. §171.123), Nevada (Nev. Rev. Stat. §171.123), New Hampshire (N.H. Rev. Stat. Ann. §594:2), New Mexico (N.M. Stat. Ann. §30-22-3), New York (N.Y. Crim. Proc. Law §140.50), North Dakota (N.D. Cent. Code §29-29-21), Ohio (Ohio Rev. Code §2921.29(2006)), Rhode Island (R.I. Gen. Laws §127-1), Utah (Utah Code Ann §77-7-15), Vermont (Vt. Stat. Ann. Tit 24§1983), Wisconsin (Wis. Stat. §968.24).

<sup>114</sup> FERDENICO y otros, op. cit., pp. 386-389.

<sup>115</sup> BERGMAN y BERGMAN, op. cit., pp. 13-15.

<sup>116</sup> El Código Penal de Texas en el Título 8 del §38.02(a) establece: “Una persona comete una ofensa si intencionalmente se rehúsa a entregar su nombre, domicilio o fecha de nacimiento a un oficial de paz que ha legalmente arrestado a la persona y solicitado esa información” (“A person commits an offense if he intentionally refuse to give his name, residence address, or date of birth to a peace officer who has lawfully arrested the person and requested the information”).

<sup>117</sup> *People v. Quiroga* (1993) 16 Cap.App 4<sup>o</sup> 961; *Burkes v. State* (Fla. 2d DCA 1998) Case No. 97-00552.

<sup>118</sup> GINN, op. cit.

## **2.1. Hechos del caso**

El 21 de mayo de 2000, el Departamento del Sheriff de Nevada recibió una denuncia de que un hombre había atacado a una mujer en una camioneta roja y gris. Poco después, el policía que respondió al llamado encontró una camioneta que se adecuaba a la descripción, estacionada al costado del camino. Un hombre estaba fumando cerca del automóvil y una joven mujer estaba sentada dentro de él. Al acercarse el oficial, pudo ver marcas en el maicillo detrás de la camioneta, lo que por su experiencia significaba que el vehículo había hecho una parada brusca y repentina.

El policía le explica al hombre que había recibido una denuncia y que la estaba investigando, por lo que le pide que se identifique. El hombre alegó que no existía motivo por el que debiera identificarse y ante la insistencia del policía, reaccionó con agresividad a la solicitud, increpando al oficial sobre qué crimen se le estaba acusando, ante lo cual el oficial respondió que sólo necesitaba su identificación para efectos de la investigación de la denuncia. El requerido se negó en reiteradas ocasiones a identificarse, hasta que el policía le explicó que si persistía en su negativa iba a tener que arrestarlo por interferir con el curso de una investigación policial. El hombre afirmó que no iba a colaborar por que no había cometido ningún crimen y entonces el policía procedió a realizar el arresto.

El sujeto fue identificado en la comisaría como Dudley Hiibel, dueño de la camioneta, y la joven mujer como su hija Mimi de 17 años. Fue acusado de resistirse, demorar u obstruir a un oficial público en el cumplimiento o intento de cumplimiento de un deber, falta penada con una multa de doscientos cincuenta dólares (originalmente también se le acusó de violencia intrafamiliar, pero su hija no corroboró la denuncia).

Hiibel se rehusó a pagar la multa y fue encontrado culpable en el juicio en su contra. Apeló el fallo ante la Sexta Corte de Distrito de Nevada, que confirmó la sentencia. Volvió a apelar ante la Corte Suprema de Nevada, argumentando que el requerimiento de identificarse ante la sola solicitud de cualquier oficial de policía, violaba la prohibición de registros y aprehensiones irrazonables de la Cuarta Enmienda y el derecho a la no autoincriminación de la Quinta Enmienda. La Corte Suprema de

Nevada rechazó el recurso, por lo que Hiibel solicitó el pronunciamiento de la Corte Suprema de EE.UU.<sup>119</sup>.

## 2.2. Normativa aplicable

En el caso Hiibel hay dos leyes estatales involucradas. La primera es el Nevada Revised Statutes 171.123<sup>120</sup>, ley de identificación que autoriza a detener a una persona si es que existe la sospecha razonable de que cometió, está cometiendo o va a cometer un delito. La persona debe identificarse, pero puede no entregar otro tipo de información. La segunda es el Nevada Revised Statutes 199.280<sup>121</sup>, que tipifica el delito de resistirse, demorar u obstruir a un oficial público en el cometido de su oficio<sup>122</sup>.

## 2.3. Importancia del fallo

El máximo tribunal sostuvo que durante una detención Terry, o en otras palabras, cuando un oficial tiene la sospecha razonable de que está ocurriendo actividad criminal<sup>123</sup>, un policía puede requerir a la persona que proporcione su

---

<sup>119</sup> Vid. Hiibel v. Sixth Judicial District Court of Nevada 542 U.S. 177 (2004), en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&navby=case&vol=000&invol=03-5554>

<sup>120</sup> NRS 171.123: Temporary detention by peace officer of person suspected of criminal behavior or of violating conditions of parole or probation: Limitations.

1. Any peace officer may detain any person whom the officer encounters under circumstances which reasonably indicate that the person has committed, is committing or is about to commit a crime.

2. Any peace officer may detain any person the officer encounters under circumstances which reasonably indicate that the person has violated or is violating the conditions of his parole or probation.

3. The officer may detain the person pursuant to this section only to ascertain his identity and the suspicious circumstances surrounding his presence abroad. Any person so detained shall identify himself, but may not be compelled to answer any other inquiry of any peace officer.

4. A person must not be detained longer than is reasonably necessary to effect the purposes of this section, and in no event longer than 60 minutes. The detention must not extend beyond the place or the immediate vicinity of the place where the detention was first effected, unless the person is arrested.

<sup>121</sup> NRS 199.280: Resisting public officer. A person who, in any case or under any circumstances not otherwise specially provided for, willfully resists, delays or obstructs a public officer in discharging or attempting to discharge any legal duty of his office shall be punished:

1. Where a dangerous weapon is used in the course of such resistance, obstruction or delay, for a category D felony as provided in NRS 193.130.

2. Where no dangerous weapon is used in the course of such resistance, obstruction or delay, for a misdemeanor.

<sup>122</sup> GINN, op. cit.

<sup>123</sup> "If an officer possesses specific, articulable reasons for requesting a suspect's name, the state can criminalize the suspect's refusal to answer. Although the Court indicated the possibility of future as-applied challenges to such prosecutions under the Fifth Amendment, such challenges are unlikely to succeed, and

nombre. Si hay una ley estatal que obliga a esa persona a entregar su identidad, quien no cumpla con esa obligación puede ser arrestado<sup>124</sup>.

“La Corte hizo notar que hacer preguntas es una parte ordinaria e importante de la investigación policial, incluyendo preguntar a una persona por su identificación. La sola solicitud de identificación no implica la Cuarta Enmienda. Citando una serie de decisiones de la Corte Suprema, la Corte estableció que es *claro que las preguntas respecto a la identidad del sospechoso son parte rutinaria y aceptada de muchas de las paradas Terry* y que *obtener el nombre de un sospechoso en el curso de una detención Terry sirve a importantes intereses de gobierno*. La Corte hizo notar que el nombre de una persona puede hacer que el oficial tome conciencia de si el ofensor es buscado o tiene una historia de violencia o enfermedad mental o una historia de cometer un particular tipo de delito”<sup>125</sup>.

La Corte Suprema sostuvo que las leyes estatales que obligan a los sujetos sospechosos a identificarse durante las investigaciones policiales, no infringen la Cuarta Enmienda ni tampoco la Quinta Enmienda a la Constitución, en razón de que no se trata de registros irrazonables, ni tampoco importan autoincriminación. Aún más, establece que bajo el título de *Terry v. Ohio*, la mínima intrusión en la privacidad del sospechoso y la legítima necesidad de la policía de disipar rápidamente la sospecha de que un individuo está comprometido en la actividad criminal, justifica requerir al sospechoso que se identifique<sup>126</sup>.

---

the Court should have acknowledged explicitly the rule it has created: that the Constitution does not constrain the government from seizing information about an individual's identity during a *Terry* stop” (*Fourth and Fifth Amendments — Stop-and-Identify Statutes, Harvard Law Review Volumen 118:248, pp. 286-287*, en: [http://www.harvardlawreview.org/issues/118/Nov04/Leading%20Cases/Hiibel\\_v\\_District\\_CourtFTX.pdf](http://www.harvardlawreview.org/issues/118/Nov04/Leading%20Cases/Hiibel_v_District_CourtFTX.pdf))

<sup>124</sup> GINN, op. cit.

<sup>125</sup> “The Court noted that asking questions is an ordinary and important part of any police investigation, including asking a person for identification. The mere request for identification does not implicate the Fourth Amendment. Citing a series of Supreme Court decisions, the Court stated that it is *clear that questions concerning a suspect's identity are a routine and accepted part of many Terry stops* and that *obtaining a suspect's name in the course of a Terry stops serves important government interest*. The Court noted that a person's name may make the officer aware of whether the offender is wanted or has a history of violence or mental illness or a history of committing a particular type of crime” (ibídem)

<sup>126</sup> Ibídem; FERDENICO y otros, op. cit., pp. 386-389.

a) Respetto de la Cuarta Enmienda

Ya con anterioridad la Corte Suprema había establecido que “la interrogación relacionada a la identidad o la solicitud de identificación por la policía no constituye por sí misma una aprehensión de la Cuarta Enmienda”<sup>127</sup>.

En *Hiibel*, la Corte consideró además el hecho de que en Nevada existe una ley de identificación que permite a los oficiales detener a cualquier persona que se encuentre bajo circunstancias que indiquen razonablemente que una persona ha cometido, está cometiendo o está a punto de cometer un delito. La persona sólo puede ser detenida para determinar su identidad y las circunstancias sospechosas que rodean su presencia. La ley requiere que la persona detenida se identifique, pero no la obliga a responder otras preguntas que le haga el oficial de policía<sup>128</sup>.

Afirmó también que dicha ley sólo exige que el sospechoso divulgue su nombre, y en consecuencia, puede cumplir con esto sin entregar ningún tipo de documentación, por lo que las limitadas exigencias de esta disposición no pugnan con la Constitución. Las preguntas relacionadas a la identidad de una persona son rutinarias y aceptadas como parte de una detención Terry; saber la identidad de una persona ayuda a despejar las sospechas y dirigir la atención a otro sospechoso y por lo demás, saber el nombre del sospechoso puede confirmar rápidamente si es que tiene órdenes pendientes por otros delitos<sup>129</sup>.

La Corte sostuvo que revelar el nombre constituye una intrusión menor, no se puede sostener que sea una invasión de privacidad. Requerir la identificación es mucho menos invasivo que realizar un cacheo físico en una persona, que está permitido en una detención Terry<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> “Specifically, the Supreme Court has held that *interrogation relating one’s identity or a request for identification by the police does not by itself, constitute a Fourth Amendment seizure*” (Immigration and Naturalization Service v. Delgado 466 U.S. 210 (1984), citada por DRESSLER, op. cit., p. 133)

<sup>128</sup> FERDENICO y otros, op. cit., pp. 386-389; GINN, op. cit.

<sup>129</sup> GINN, op. cit.

<sup>130</sup> “The court asserted the disclosure of a name is a minor intrusion: “[t]o hold that a name, which is neutral and non-incriminating information, is somehow an invasion of privacy is untenable... Requiring identification is far less intrusive than conducting a pat down search of one’s physical person,” which is permitted during *Terry* stops. The court also found the stop-and-identify law to be narrowly written and applicable only in

Esto no es pacífico en la doctrina, por ejemplo, JAMIE STULIN ha señalado que: “La decisión *Hiibel* permite que la negativa de un sospechoso a cooperar transforme una detención *Terry*, basada solamente en una sospecha razonable, en causa probable de un arresto [...] En *Hiibel*, la Corte sostiene [...] que la negativa del sospechoso a proporcionar una identificación constituye bases para un arresto bajo una ley estatal de identificación. Por consiguiente, con *Hiibel*, la Corte erosiona las protecciones de la Cuarta Enmienda al hacer borrosas las líneas entre sospecha razonable y causa probable”<sup>131</sup>.

La solicitud por la identidad tiene relación inmediata con el propósito, razón y necesidades prácticas de una detención *Terry*, y la amenaza de una sanción criminal ayuda a asegurar que la solicitud de identificación no se va a convertir en inútil<sup>132</sup>.

#### b) Respetto de la Quinta Enmienda

La Bill of Rights agregó a la Constitución de EE.UU la Quinta Enmienda, en la que quedó establecida la garantía de no ser compelido, en un proceso criminal, a dar testimonio contra uno mismo.

Recién en 1964, varió la interpretación que sólo la consideraba aplicable en el ámbito federal y se impuso su vigencia en todas las jurisdicciones, por la aplicación extensiva de la cláusula del debido proceso (Decimocuarta Enmienda)<sup>133</sup>.

Poco después, la Corte Suprema resuelve el caso *Miranda v. Arizona* (1966)<sup>134</sup>, y “de acuerdo con este famoso precedente, cuando una persona que se halla bajo

---

situations where an officer has an articulable suspicion that a person is involved in criminal activity, and thus is constitutional” (HOFMANN, Marcia. *Hiibel v. Sixth Judicial District Court of Nevada: Identification and Anonymity post -9/11*, p. 3, en: [http://www.idtrail.org/files/Hofmann\\_Hiibel.pdf](http://www.idtrail.org/files/Hofmann_Hiibel.pdf))

<sup>131</sup> “The *Hiibel* decision allows a suspect’s refusal to cooperate to transform a *Terry* stop, based solely on reasonable suspicion, into probable cause to arrest. (...) In *Hiibel*, the Court holds the exact opposite, concluding that a suspect’s refusal to provide identification furnishes a basis for arrest under a state “stop and identify” statute. Thus, with *Hiibel*, the Court has eroded Fourth Amendment protections by blurring the lines between reasonable suspicion and probable cause” (STULIN, JAMIE. *Does Hiibel redefine Terry? The latest expansion of the Terry doctrine and the silent impact of terrorism on the Supreme Court’s decision to compel identification*, p. 1466, en: <http://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/54/stulin.pdf?rd=1>)

<sup>132</sup> FERDENICO y otros, op. cit., pp. 386-389; GINN, op. cit.

<sup>133</sup> ABERNATHY y PERRY, op. cit., pp. 85-92.



custodia policial es interrogada, tiene que ser informada de: a) su derecho a guardar silencio; b) que lo que diga puede ser usado en su contra; c) su derecho a contar con un abogado presente durante el interrogatorio; d) su derecho a asesorarse con el abogado antes de hablar; e) la posibilidad de tener un abogado pagado por el Estado en caso de carecer de recursos. Posteriores precedentes de la misma Corte precisaron algunos alcances de la doctrina establecida en *Miranda*. Por ejemplo, que debe entenderse como custodia policial la situación de una persona si, debido a la presencia policial, no puede retirarse del lugar, cualquiera éste sea”<sup>135</sup>. De esta doctrina también se deriva la prohibición de extraer inferencias a partir del silencio.

En *Hiibel*, la Corte sostuvo que el requerimiento policial de identificación no afecta el derecho a la no autoincriminación, ya que Hiibel no tuvo un real y apreciable temor de que su nombre fuera usado para incriminarlo o que pudiera constituir una conexión en la cadena de evidencia para efectuar un juicio criminal en su contra<sup>136</sup>. El nombre es un atributo único por definición, pero es común a todas las personas, por lo que revelarlo es tan insignificante dentro del espectro de cosas que sólo podría llegar a ser incriminatorio en circunstancias inusuales<sup>137</sup>.

Esto concuerda con un fallo anterior<sup>138</sup> que había establecido que *Miranda* no se aplica a la información biográfica necesaria para completar el registro policial (“*booking*”), debido a que la enmienda sólo prohíbe la información testimonial, incriminatoria y forzada, y el nombre por sí mismo no es incriminatorio<sup>139</sup>.

---

<sup>134</sup> *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966)

<sup>135</sup> HENDLER, op. cit., p. 176.

<sup>136</sup> “The privilege against self-incrimination applies only to a communication that is testimonial, compelled, and incriminating. Clearly, asking a person to state his or her name or to produce proof of identity is conduct that is testimonial in nature. Just as clearly, the Nevada statute compels the testimony, the statement to an officer of a person’s name” (GINN, op.cit.)

<sup>137</sup> “The majority also concluded that the stop-and-identify statute does not violate a person’s constitutional protection against self-incrimination — at least, in the absence of any indication that his identity actually could be used against him in court. The majority noted, “[o]ne’s identity is, by definition, unique; yet it is, in another sense, a universal characteristic. Answering a request to disclose a name is likely to be so insignificant in the scheme of things as to be incriminating only in unusual circumstances” (HOFMANN, op. cit., p. 5)

<sup>138</sup> *United States v. Hubbell* 530 U.S. 27 (2000)

<sup>139</sup> BERGMAN y BERGMAN, op. cit., p. 168.

“Las advertencias *Miranda* son requeridas si una persona está privada de su libertad de acción en una *forma significativa*. La palabra clave es *significativa*. Una persona no está en custodia para los propósitos de *Miranda* meramente porque su libertad de movimiento ha sido reducida por la Policía, si ha sido aprehendido en el sentido de *Terry v. Ohio* de la Cuarta Enmienda”<sup>140</sup>.

### 3. Otros fallos sobre leyes de identificación

En **Brown v. Texas** (1979)<sup>141</sup> el tribunal sostuvo que la ley de parada e identificación vigente en Texas violaba la Cuarta Enmienda por que permitía a los oficiales detener sin “hechos específicos y objetivos que establezcan una sospecha razonable de que el sospechoso está envuelto en una actividad criminal”, es decir, sin cumplir con el mandato constitucional de sospecha razonable<sup>142</sup>. En particular, la Corte señaló que el hecho de que el agente policial requiera de identificación a un viandante sin una sospecha, constituye una aprehensión (*seizure*), declarando que su realización en base al tránsito por un lugar de alta incidencia de tráfico de droga, había sido ilegítima, porque la policía ha de tener sospecha razonable basada en hechos específicos de que el individuo está implicado en una actividad criminal y no puede determinarse por las características del lugar<sup>143</sup>.

En el caso **Berkemer v. McCarty** (1984)<sup>144</sup> la Corte declaró que durante una detención *Terry*, un oficial puede hacer ciertas preguntas para determinar la identidad de un sospechoso y tratar de obtener información que valide o disipe la sospecha del oficial de policía. Sin embargo, la sentencia consideró que el detenido no está obligado a responder y que el oficial no requiere dar las *advertencias Miranda* durante una detención *Terry* ya que por su propia naturaleza, el periodo de detención es corto y que

---

<sup>140</sup> “Miranda warnings are required if a person is deprived of his freedom of action *in a significant way*. The key word is *significant*. A person is not in custody for purposes of *Miranda* merely because his freedom of movement has been curtailed by the police, i.e. that he has been *seized* in a Fourth Amendment *Terry v. Ohio* sense of that term” (DRESSLER, op. cit., p. 482)

<sup>141</sup> *Brown v. Texas* 443 U.S. 47 (1979)

<sup>142</sup> “In *Brown v. Texas*, a Texas stop-and-identify statute was found to be unconstitutionally vague because it permitted stops that were not based on the constitutionally mandated standard of reasonable suspicion” (GINN, op. cit.)

<sup>143</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 264; GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 230.

<sup>144</sup> *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420, 439 (1984)

cualquier declaración no debiera resultar incriminatoria, pero si el detenido es obligado a realizar cualquier tipo de declaración, se le debe respetar su derecho a la no autoincriminación<sup>145</sup>.

Posteriormente, en el año 2005, la Corte Suprema de Colorado sostuvo en **Dempsey v. People** (2005)<sup>146</sup> que resistirse a proporcionar la identificación es un elemento que en la totalidad de las circunstancias puede constituir obstrucción en la labor de un oficial de policía, incluso cuando no se ha usado interferencia física. Cabe precisar que en lo relevante, la llamada “*ley de obstrucción*” de Colorado establece que “una persona comete obstrucción a un oficial (...) cuando al usar o por medio de amenazas de usar violencia, fuerza o interferencia física, o un obstáculo, esa persona conscientemente obstruye, afecta o dificulta la aplicación de la ley penal o la preservación de la paz por un oficial de paz, actuando bajo el alero de su autoridad oficial”<sup>147</sup>.

En **State of Connecticut v. Paul Aloï** (2007)<sup>148</sup> un policía requirió a un individuo sospechoso de vandalismo su identificación, a lo que se negó vehementemente. El hombre es arrestado por interferir con la labor del oficial de Policía, lo que es negado por la defensa, argumentando que el solo hecho de no proporcionar su identificación no implicaba una obstrucción al oficial. La Corte sostuvo que “la conducta puede ser verbal como no verbal ya que tiene la intención de interferir con un agente en el cumplimiento de su deber y que rehusarse a cumplir una legítima solicitud de un policía es equivalente a interferir con este”

En el caso **Babwah**<sup>149</sup> se sostiene que un sospechoso no puede ser arrestado para la investigación de materias diferentes a aquellas que respaldaron la detención,

---

<sup>145</sup> ABERNATHY y PERRY, op. cit., p. 99.

<sup>146</sup> Dempsey v. People No. 04SC362 (2005)

<sup>147</sup> Colorado Revised Statutes § 18-8-104 (1): “A person commits obstructing a peace officer (...) when by using or threatening to use violence, force, physical interference, or an obstacle, such person knowingly obstructs, impairs or hinders the enforcement of the penal law or the preservation of the peace by a peace officer, acting under color of his or her official authority”

<sup>148</sup> State of Connecticut v. Paul Aloï SC 17350 (2007), en: <http://www.jud.ct.gov/external/supapp/Cases/AR/Ocr/CR280/280CR137.pdf>

<sup>149</sup> Citado en SALTZBURG, Stephen y CAPRA, Daniel. *American criminal procedure: cases and commentary*. Saint Paul, West Group, 1999, p. 24.

en ausencia de sospechas fundadas respecto de esas materias. Pero ¿qué pasa si al sospechoso simplemente se le pregunta sobre otro crimen mientras la detención inicial está terminando? La Corte Suprema respondió a esta pregunta en **Ohio v. Robinette** (1996)<sup>150</sup>, afirmando que Robinette había consentido voluntariamente el registro, rechazando cualquier criterio previamente admitido sobre el requisito de que el sospechoso sea informado de que la detención terminó y es libre para irse.

#### **4. Las leyes de identificación después del 11 de septiembre de 2001**

Después de los ataques terroristas acaecidos el 11 de septiembre de 2001, se ha producido un aumento considerable de las leyes estatales que establecen la obligación de identificarse<sup>151</sup>. Esto se debe a que “la demanda gubernamental de identificación se ha transformado en una creciente propuesta común para asegurar la seguridad pública. Esta idea se basa en la teoría de que conocer lo más posible sobre una persona disminuye la posibilidad de que haga daño, o quizás haga notar a la sociedad de que puede ser peligroso y permite a los oficiales de la ley a reaccionar de acuerdo con esto”<sup>152</sup>.

Si bien la identificación es de gran utilidad para ciertas prácticas policiales, también hay que considerar que implica una carga para los habitantes, ya que deben renunciar a disfrutar de los derechos de libertad de expresión, movimiento y asociación de manera anónima<sup>153</sup>. Es por esto que debe existir un balance entre la intromisión estatal y el beneficio que esto acarrea a toda la sociedad, a este respecto se ha discutido latamente desde mucho antes de los ataques terroristas. ORFIELD ha

---

<sup>150</sup> Ohio v. Robinette 519 U.S. 33 (1996)

<sup>151</sup> No sólo aumentaron las leyes de identificación, sino que la Cuarta Enmienda fue limitada por la USA Patriot Act del 26 de Octubre de 2001, legislación apresuradamente aprobada por el Congreso de EE.UU. para la “guerra contra el terrorismo” que suspendía los derechos consagrados en ella. Aquí se ve claramente reflejado el conflicto entre libertad y orden. Vid. STEPHENS y GLENN, op.cit., p. 46.

<sup>152</sup> “Since the September 11, 2001 terrorist attacks, government demands for identification have become an increasingly common proposal to ensure public safety. This idea is based on the theory that knowing as much as possible about a person decreases the likelihood that he will do harm, or perhaps put society on notice that he could be dangerous and allows law enforcement to react accordingly” (HOFMANN, op.cit., p. 1)

<sup>153</sup> “However, routine identification may affect an individual’s right to be free from unreasonable searches, as well as the rights to engage in free speech, movement and association. Compelled identification also impinges upon a person’s ability to enjoy these rights anonymously” (idem)

señalado que “la limitación es, sin embargo, muy ligera; parece ser en el interés público y hace que la ley esté en conformidad con la práctica”<sup>154</sup>.

La discusión quedó de manifiesto en la decisión del caso *Hiibel*, en que la Corte reconoció que el interés involucrado era el anonimato, de hecho señaló que “es fundamental en una sociedad democrática la aptitud de deambular libre y anónimamente, si así lo elegimos, sin ser obligado a divulgar información al gobierno sobre quienes somos o lo que estamos haciendo”. Sin embargo, hizo notar que la invasión de privacidad del gobierno no viola garantías constitucionales mientras sea razonable, y la Corte de Nevada decide que cualquier intrusión en la privacidad bajo una ley de identificación es razonable, cuando se sopesan los beneficios de la aplicación de la ley y la seguridad pública<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> “Arguably, such detention conflicts with the traditional political idea to the effect that individuals who have committed no wrong shall be absolutely unmolested. The limitation is, however, very slight; it seems to be in the public interest; and it causes the law to be in conformity with the practice” (ORFIELD, op. cit., p. 25)

<sup>155</sup> “The Nevada Supreme Court recognized the interest at stake in *Hiibel* implicated anonymity. The court noted that it is “[f]undamental to a democratic society [that we have] the ability to wander freely and anonymously, if we so choose, without being compelled to divulge information to the government about who we are or what we are doing.” However, noting that a government invasion of privacy does not violate constitutional guarantees as long as it is reasonable, the court decided that any intrusion on privacy under the stop-and-identify law is reasonable when weighed against the benefits to law enforcement and public safety. “Knowing the identity of a suspect allows officers to more accurately evaluate and predict potential dangers that may arise during an investigative stop,” the court explained. The threat of terrorism was a particularly compelling justification for requiring identification” (HOFMANN, op. cit., p. 3)

**CAPÍTULO II**  
**EL CONTROL DE IDENTIDAD: ASPECTOS GENERALES**

## Sección Primera

### El deber de identificarse ante requerimiento policial

#### I. Introducción

El control de identidad ha sido definido como un “procedimiento mediante el cual los funcionarios policiales (Carabineros e Investigaciones) están facultados para solicitar la identificación de cualquier persona, sin la necesidad de una orden previa del Ministerio Público”<sup>1</sup>. Los supuestos legales de procedencia, su duración y las facultades que poseen los agentes policiales no corresponden a la regulación del Código Procesal Penal original (CPP), por lo que es necesario estudiar su desarrollo histórico para entender la regulación vigente del control de identidad.

En esta sección analizaremos la existencia en nuestra legislación de un deber de identificarse ante requerimiento policial, vinculando dicho imperativo a los requisitos establecidos en el CPP.

#### II. El deber de identificarse ante requerimiento policial

La *identificación* “consiste en comprobar la individualidad de la persona humana, en verificar que ésta es la misma que se pretende o supone”<sup>2</sup>. En el contexto del desarrollo del proceso penal, se ha señalado que “la identificación del ciudadano es un presupuesto necesario de la persecución penal en la que se trata de llegar a averiguar una legitimación pasiva (la de quien sea el delincuente) (...) Así pues, aunque sea contemplando solamente el proceso penal futuro, una identificación del sujeto pasivo es absolutamente necesaria”<sup>3</sup>. Para GARCÍA MORILLO, la justificación del requerimiento policial de identificación es que, “en determinadas circunstancias, resulta conveniente, para proteger bienes y valores constitucionales, determinar la identidad

---

<sup>1</sup> CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*, 3era ed. Santiago, Lexis Nexos, Junio 2007, p.99.

<sup>2</sup> VODANOVIC, Antonio y otros. *Tratado de Derecho Civil. Parte preliminar y general*, t. I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 442.

<sup>3</sup> FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *La identificación de personas desconocidas*. Madrid, Civitas, 1992, p. 45, citado por HOYOS SANCHO, *La detención...* op. cit., p. 163 nota 70.

de una persona, al objeto de actuar contra ella si tal cosa fuere precisa”<sup>4</sup>. Por estas razones, es necesario para la investigación policial constatar la identidad de quien se tenga sospechas de participación en un hecho punible o que pueda entregar información útil para su investigación.

También se ha justificado la medida de identificación policial desde un punto de vista preventivo. Para algunos, el conocimiento de la identidad por los agentes de la Policía inhibe al sujeto a realizar su acción peligrosa. Para otros, sin embargo, su rol en la prevención del peligro es escaso, y por tanto, su función es servir de base a la aplicación de medidas más severas e idóneas para impedir la consumación o continuación del peligro (por ejemplo, el traslado del sujeto por un tiempo determinado a una unidad policial)<sup>5</sup>.

En relación al deber de identificarse, el art. 496 n° 5 CP establece una falta en los siguientes términos:

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

La sanción penal requiere la existencia de un mandato legal específico de manifestar ciertos datos personales ante el requerimiento de identificación. Sin embargo, la norma penal expresamente alude a “la autoridad o a persona que *tenga derecho para exigir que los manifieste*”, y en consecuencia, es preciso determinar quién, y bajo qué supuestos, está facultado para obligar a un individuo a identificarse<sup>6</sup>. No todo requerimiento de identificación es *per se* lícito, sino sólo aquel realizado por quien tiene derecho a exigir la identificación.

---

<sup>4</sup> GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 142.

<sup>5</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 205.

<sup>6</sup> En este mismo sentido, vid. GODOY MARILLÁN, Carlos. La identificación humana dentro del proceso penal: ventajas del sistema dactiloscópico sobre los otros sistemas de identificación humano en nuestro ordenamiento jurídico. Memoria de prueba, profesor guía Jorge Ugarte Abrego. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal, 2008, p. 29.



Históricamente, el deber de identificación se regulaba por el Decreto Ley (DL) N° 26 del Ministerio del Interior, de 18 de noviembre de 1924, que establece un servicio de identificación personal obligatorio, según el sistema de Juan Vucetich y la descripción morfológica de Alfonso Bertillon. En su art. 8º, dicho DL dispone que “corresponde a la Policía de Seguridad velar por el fiel cumplimiento de la presente lei, quedando facultada para exigir, cuando lo estime por conveniente, y a cualquier persona, la libreta o carnet correspondiente; el solo hecho de negarse a ello, constituye una infracción, que será castigada con una multa de veinte a sesenta pesos, conmutable en un día de prisión por cada veinte pesos” (sic).

La regulación es criticable. Como se analizará en la sección segunda de este capítulo, el requerimiento policial no es irrelevante para los derechos fundamentales, y en consecuencia, la regulación debe cumplir con el mandato de determinación derivado del principio de legalidad, lo que no ocurre si el supuesto de procedencia es simplemente “cuando la Policía lo estime conveniente”.

El citado art. 8º DL N° 26 ha sido íntegra y tácitamente derogado por el CPP. En relación al control de identidad, el art. 85 CPP regula quien es la autoridad facultada para efectuar el requerimiento de identificación (funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile), y los supuestos en que dicha medida es procedente: 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 pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad.

Asimismo, el art. 91 CPP autoriza a la policía a requerir la identificación del imputado incluso sin presencia del defensor, en el contexto de las declaraciones que efectúe el imputado ante la policía. Por otro lado, el art. 194 inc. 2º CPP autoriza al fiscal del Ministerio Público a requerir la identificación del imputado, debiendo éste responder las preguntas que se le dirigieren al respecto, en el contexto de su declaración ante el fiscal. Es de importancia precisar que estas normas se refieren

expresamente a la identificación requerida en el contexto del interrogatorio policial o fiscal, del sujeto que posea la calidad de imputado, es decir, la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa de ejecución de la sentencia (art. 7º CPP).

En consecuencia, el deber de identificarse está regulado, en relación a sus presupuestos de procedencia, por los arts. 85, 91 y 194 inc. 2º CPP, y su incumplimiento está sancionado por la falta del art. 496 nº5 CP, tal como lo dispone la remisión expresa del inc. 5º del art. 85 CPP, que establece que si una persona sometida a control se niega a acreditar su identidad, oculta su verdadera identidad o proporciona una falsa, se procederá a su detención como autora de la falta prevista en el artículo 496 Nº 5 CP. Sin perjuicio de que la referencia a la falta se introdujo mediante reforma legal por la Ley Nº 19.942 de abril de 2004, entendemos que sólo importa una reiteración expresa e innecesaria de la excepcional detención por faltas regulada en el art. 134 inc. 4º CPP, y no una nueva conminación penal a la negativa a identificarse, pues la existencia de la falta es anterior a la entrada en vigencia del CPP<sup>7</sup>.

En relación al deber legal de identificarse, concurriendo sus requisitos, no es posible la negativa del requerido en razón del derecho a guardar silencio (art. 93 letra g CPP). Señala FAIRÉN que “la resistencia a la identificación no puede admitirse como forma de autodefensa, pues constituiría una maniobra dilatoria y obstaculizadora de la marcha del procedimiento. La defensa del imputado debe realizarse utilizando los medios legales puestos a su disposición, como su propio interrogatorio, sus alegaciones, etc.”<sup>8</sup>.

En concordancia con ello, el art. 194 inc. 2º CPP establece el deber del imputado de proporcionar su completa identidad, no pudiendo negarse a contestar las

---

<sup>7</sup> Según consta en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, el Senado, en el primer trámite legislativo de la Ley 19.696, había aprobado un texto para el art. 85 que incluía la sanción con la falta del art. 496 Nº 5 CP, lo que posteriormente fue eliminado por la Cámara de Diputados por estimarse evidente. Vid. Historia de la Ley Nº 19.696, en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19696/HL19696.pdf>, pp. 1281-1282.

<sup>8</sup> FAIRÉN GUILLÉN, op. cit., p.46, citado por HOYOS SANCHO, *La detención...* op. cit., p. 163 nota 70.

preguntas que formulare el Ministerio Público respecto de su identificación. Asimismo, el art. 91 CPP establece que el interrogatorio policial del imputado sólo podrá realizarse en presencia del defensor, salvo cuando las preguntas se limiten a constatar la identidad del sujeto.

Sin perjuicio de lo anterior, entendemos que es posible la negativa cuando el requerimiento de identificación sea contrario a Derecho, pues en este caso, el funcionario no está autorizado a exigir la identificación del individuo, constituyendo dicho requerimiento un procedimiento ilegal<sup>9</sup>.

### **III. Desarrollo histórico-legislativo del control de identidad**

#### **1. Antecedentes: La detención por sospecha**

El control de identidad es una figura nueva dentro de nuestro ordenamiento jurídico procesal, que reemplazó al derogado procedimiento de detención por sospecha<sup>10</sup>. El origen de esta institución se inspira en legislaciones europeas y latinoamericanas que con diversas denominaciones, otorgan a la Policía la facultad de solicitar la identificación de un ciudadano, con fines de prevención e investigación de los delitos<sup>11</sup>.

La detención por sospecha era una privación de libertad transitoria, con fines de prevención especial, que se regulaba en los actualmente derogados números 3º y 4º del art. 260 del Código de Procedimiento Penal (CdPP), en los siguientes términos:

“Art. 260.- Los agentes de policía estarán obligados a detener a todo delincuente de crimen o simple delito a quien se sorprenda infraganti. Están, además, autorizados para detener:

---

<sup>9</sup> En ese sentido, vid. la sentencia del BVerfG de 7 de marzo de 1995, citada *supra*, Cap. I, Secc. 1ª, I, 1.

<sup>10</sup> “Nuestro Código Procesal Penal establece el control de identidad como una forma alternativa a la infame «detención por sospecha», que constituyó en el pasado una fuente profusa de arbitrariedad y discriminación en nuestro país” (HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, t. I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 380)

<sup>11</sup> ROMERO MUZA, Rubén. *Control de identidad y detención. Doctrina y Jurisprudencia*, 2ª edición. Santiago, Editorial Librotecnia, 2007, p. 33.

3° Al que anduviere con disfraz o de otra manera que dificulte o disimule su verdadera identidad y rehusare darla a conocer<sup>12</sup>.

4° Al que se encontrare a deshora o en lugares o en circunstancias que presten motivo fundado para atribuirle malos designios, si las explicaciones que diere de su conducta no desvanecieran las sospechas<sup>13</sup>.

Los numerales 3 y 4 debían complementarse con el art. 270 CdPP, que disponía que la autoridad policial ante quien eran conducidos los aprehendidos, debían mantener la detención o ponerlos en libertad, según las explicaciones que diesen de su conducta y los antecedentes que motivaren las detenciones<sup>14</sup>.

La Ley N° 19.567 de 1 de julio de 1998, eliminó esta figura, modificando el art. 260 CdPP junto a la derogación del art. 270 CdPP. La moción presentada por los diputados Juan Pablo Letelier, Carlos Montes, Adriana Muñoz, Andrés Palma y Mario Devaud buscaba eliminar la atribución policial de detener según los referidos numerales 3° y 4°, argumentando que esta facultad policial se había desvirtuado, existiendo casos de privación de libertad por la mera apariencia física de los imputados o por transitar a altas horas de la noche. Se criticaba el texto legal, en razón del tenor sumamente amplio de su redacción, que permitía subjetivas interpretaciones que ocasionaban arbitrariedades, desigualdades y discriminaciones, especialmente respecto de jóvenes y personas de sectores pobres de la población. Igualmente la consideraban una vulneración al principio de inocencia, generando una contradicción entre la legislación interna y los tratados internacionales vigentes. Se criticaba además el concepto de seguridad ciudadana y de orden público imperante, vinculados cultural e históricamente a tareas represivas, que se apartaban de una cultura de respeto a los DD.HH. en un Estado democrático, acercándose a criterios de persecución propios de un Derecho penal de autor<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> El tenor de este numeral fue incorporado en 1989 por la Ley 18.857. Anteriormente decía “al que ande disfrazado y rehúse darse a conocer”.

<sup>13</sup> ROMERO MUZA, op. cit., pp. 35-36.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 36-37.

La Ley N° 19.567, incorporó al CdPP la nueva figura del control de identidad (art. 260 bis), que facultaba a las policías a requerir la identificación de cualquier persona en casos fundados, como los de existir indicios de haber cometido un delito, que en caso de negativa a acreditarla o si no le había sido posible hacerlo, sería conducida a la unidad policial más cercana para fines de identificación; si tampoco era posible identificarla, se le tomarían huellas digitales para los mismos fines<sup>16</sup>.

En la discusión en el Parlamento, se planteó el problema de si la nueva institución correspondía en el fondo a la detención por sospecha, siendo la modificación un cambio simplemente formal para mantener la figura salvando las críticas que diversos sectores habían formulado. En la discusión en Sala en la Cámara de Diputados durante la tramitación de la Ley N° 20.253, revivió este mismo debate. El Ministro de Justicia, Isidro Solís, señaló al respecto que “como Ejecutivo, creemos que no es posible asimilar esta institución a lo que era la detención por sospecha –que quede, a lo menos, en la historia fidedigna del establecimiento de la ley-. Es un error sostenerlo, porque, mañana, incluso, se podría invocar como un elemento informante o parte del espíritu de la ley. El estándar que se exige a la policía es fijo y claro: debe justificar en su accionar la existencia de indicios de haberse cometido o prepararse para cometer un delito. Por lo tanto, esta institución no tiene ninguna cercanía con lo que fue la detención por sospecha (...)”<sup>17</sup>.

## **2. La regulación del control de identidad en el Código Procesal Penal original**

El art. 85 CPP surge a raíz de una indicación del senador Cordero, en el contexto de la tramitación parlamentaria de la Ley N° 19.696 (Código Procesal Penal)<sup>18</sup>. Se consideró que la Ley N° 19.567 al incorporar el control de identidad al CdPP,

---

<sup>16</sup> ROMERO MUZA, op. cit., p. 37-38.

<sup>17</sup> Historia de la Ley N° 20.253, en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20253/HL20253.pdf>, p. 180.

<sup>18</sup> El texto propuesto por el senador Cordero era el siguiente:

“Control de Identidad. La policía podrá solicitar la identificación de cualquier persona, en caso fundado, 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

había generado algunas dificultades prácticas, tales como la indeterminación de los documentos que debían exhibirse y la exigencia de fianza a una persona respecto de la cual no había imputación alguna, porque en caso de haberla, pasaban a aplicarse las reglas generales<sup>19</sup>.

Se tuvo en consideración un informe de la Dirección General de Carabineros de Chile referido principalmente a tres aspectos: la obligación de dar a conocer a los detenidos sus derechos; la derogación de la detención por sospecha, y la eliminación de los delitos de vagancia y mendicidad<sup>20</sup>. En cuanto al segundo de estos temas, señalaba el informe que su eliminación dificultaba la labor preventiva y creaba una sensación de impunidad tanto entre los delincuentes (que sabían que solamente se podría controlar su identidad) como en el público (que observaba como los sospechosos quedaban libres sin que pudiera tomarse medidas en su contra)<sup>21</sup>.

El Ejecutivo propuso mantener en el CPP los criterios de la Ley N° 19.567, pero también “exigir que los documentos que permiten la identificación deben ser emitidos por autoridad pública, por cuanto otros documentos podrían ser objeto de falsificación con mayor facilidad, y suprimir la posibilidad de exigir fianza si no se imputaba delito alguno, reconociendo que subsistía el problema de la persona que no lograba

---

cercana, y deberá ponerla en libertad una vez comprobado su domicilio. Si no tuviere domicilio en la localidad deberá rendir 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.

Asimismo, la Policía quedará facultada para detener, para los fines señalados precedentemente, a quien habiendo establecido su identidad, no diere explicaciones satisfactorias de la conducta que sirvió de fundamento al control de identidad.

El ejercicio abusivo de esta facultad o la negativa a dar facilidades para permitir la identificación serán sancionados disciplinariamente por la respectiva superioridad de la institución a la cual pertenezca el funcionario infractor” (Historia de la Ley N° 19.696, op. cit., p. 1115).

<sup>19</sup> Vid. PFEFFER URQUIAGA, Emilio. *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, 1ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 108; ROMERO MUZA, op. cit., p. 38.

<sup>20</sup> Informe de 19 de febrero de 1999 que evaluó la aplicación práctica de las principales reformas contenidas en la Ley N° 19.567, en Historia de la Ley 19.696, op. cit., p. 1280.

<sup>21</sup> Historia de la Ley N° 19.696, op. cit., pp. 1280-1281. Vid. también PFEFFER URQUIAGA, op. cit., pp. 108-109; ROMERO MUZA, op. cit., p. 39; SALAS ASTRAIN, Jaime. *Problemas del proceso penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales*. Santiago, Librotecnia, 2009, pp. 165-167.

identificarse o que se negaba a hacerlo, pues esta situación correspondía a una falta contemplada en el Código Penal que, por lo mismo, no justificaba la detención”<sup>22</sup>.

“El Senado discutió la forma más adecuada de buscar un equilibrio entre las necesidades derivadas de la conservación de la seguridad pública y el respeto a los derechos de las personas en el contexto de este Código, cuya finalidad era la aplicación de la ley penal, mediante la investigación y el juzgamiento de los hechos delictivos, y no propiamente dar reglas para prevenir la comisión de delitos”<sup>23</sup>. Se discutió si podía acreditarse la identidad mediante testigos, aceptándose su procedencia en razón de la ventaja de dejar consignada la identidad de los testigos, para el caso en que la identificación resultare falsa. Si no resultaba posible la identificación por esos otros medios, la persona podía autorizar por escrito que se le tomaran fotografías y huellas dactilares, datos que sólo podían ser utilizados para fines de identificación.

La duración de la diligencia fue objeto de opiniones discrepantes, fijándose un plazo de 4 horas, lo que algunos consideraron excesivo, sosteniendo que 2 horas era suficiente para la comprobación de la identidad, otros lo consideraban muy corto en los casos en que hubiera que comprobar el domicilio<sup>24</sup>.

El Senado no fue partidario de fijar una sanción disciplinaria para el funcionario que no dé cumplimiento a estas obligaciones, porque se aplicaría la normativa institucional que contempla los procedimientos y sanciones pertinentes. Tampoco consideró necesario, por considerarlo obvio, señalar expresamente que si del control de identidad aparece que existe una orden de detención pendiente, deberá quedar detenido el afectado, o si surgieran antecedentes que permitan imputarle algún delito que no fuere flagrante, el deber de la policía de informar al fiscal para que consiga la orden de detención del juez competente de acuerdo a las normas generales<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Historia de la Ley 19.696, op. cit., p. 1281. Vid. también PFEFFER URQUIAGA, op. cit., p. 109; ROMERO MUZA, op. cit., p. 39.

<sup>23</sup> Historia de la Ley 19.696, op. cit., p. 1281. Vid. también PFEFFER URQUIAGA, op. cit., p. 109; ROMERO MUZA, op. cit., p. 39.

<sup>24</sup> Historia de la Ley 19.696, op. cit., p. 1282.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 1282-1283.

La Cámara de Diputados rechazó el texto aprobado por el Senado para concordar la norma con el art. 260 bis CdPP vigente en ese momento<sup>26</sup>. El texto finalmente aprobado fue el siguiente:

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 pudiese 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.

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.

### **3. Modificación del art. 85 CPP por la Ley N° 19.789 de 30 de enero de 2002**

La Ley N° 19.789 es el resultado de las principales conclusiones y recomendaciones de la Comisión de Evaluación de la Implementación de la Reforma

---

<sup>26</sup> El texto aprobado por el Senado, en relación al supuesto de hecho del control de identidad, hacía referencia a un crimen, simple delito o falta. También señalaba que en caso de negativa, se debía responder por la falta establecida en el art. 496 n° 5 CP. Vid. PFEFFER, op. cit., p. 109, nota 124.



Procesal Penal constituida por el Ministro de Justicia de la época, José Antonio Gómez, durante el segundo semestre de 2001<sup>27</sup>. En relación al control de identidad, existían críticas a la regulación original, en razón de los siguientes problemas prácticos:

- a) Improcedencia del control de identidad respecto de un sujeto del cual se tuviere sospecha que hubiera participado en una falta o se dispusiera a cometerla.
- b) Insuficiencia del plazo de 4 horas en caso de que el sujeto se negara a entregar su verdadera identidad, diera una falsa o simplemente no se identificara, ya que el Servicio de Registro Civil e Identificación no alcanzaba a mandar la información dentro de ese plazo.
- c) Sólo se podía realizar un registro al controlado cuando lo aceptara voluntariamente, lo que importaba un riesgo para la seguridad o integridad del policía, ante la eventualidad de que el sujeto se encontrara armado<sup>28</sup>.

El Mensaje del Ejecutivo propuso facultar a la policía a examinar las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se trata de controlar, de manera de resguardar a los funcionarios policiales que efectúen dicho procedimiento de posibles ataques y permitir la averiguación acerca de la existencia de evidencia del ilícito pesquisado. Además, extiende el control a los casos en que haya indicios de la comisión de una falta; hace obligatorio para el ciudadano controlado la toma de huellas digitales; y amplía la permanencia de las personas sujetas al control hasta ocho horas en total<sup>29</sup>.

La Comisión de Constitución del Senado aprobó ampliar el control de identidad a las faltas, por estimar que resulta justificado para prevenir o reprimir aquellas que provocan mayor alarma. Concordaron en que en la actualidad existen ciertas cargas que afectan al ciudadano por el sólo hecho de vivir en sociedades que son complejas desde el punto de vista de la seguridad, y que reclaman privilegiar el bien común por sobre posibles alegaciones de afectar la privacidad o intimidad de las personas. Por lo mismo se admitió también la posibilidad de que la Policía registre las vestimentas,

---

<sup>27</sup> HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, op.cit., t. I, p. 591-592.

<sup>28</sup> ROMERO MUZA, op. cit., p. 41-42.

<sup>29</sup> Historia de la Ley 19.789, en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19789/HL19789.pdf> , p. 27

equipaje o el vehículo del controlando de identidad<sup>30</sup>, y que ante la imposibilidad de acreditar su identidad, fuese posible la toma de sus huellas digitales<sup>31</sup>.

En la discusión parlamentaria respecto a la tramitación de la Ley N° 19.789, se expusieron interesantes argumentos respecto al sentido y finalidad del control de identidad.

a) Respecto a la facultad de registro, el Mensaje del Ejecutivo señalaba que “de lo que se trata, con este proyecto de ley, es de permitirle a la policía que en el contexto de un control de identidad, pueda proceder al examen de las vestimentas, equipaje o vehículo, de manera de resguardar a los funcionarios policiales que están efectuando dicho procedimiento de posibles ataques que pudiesen ser efectuados por quien se encuentra bajo este control, además de permitir la averiguación acerca de la existencia de evidencia del ilícito pesquisado (...) con esta ampliación de las facultades policiales se persigue aumentar la eficacia de la persecución penal, teniendo en consideración la existencia de los resguardos adecuados a la protección y amparo de los derechos ciudadanos de todos”<sup>32</sup>.

Sin embargo, el texto enviado al Congreso, aludía sólo a la finalidad defensiva (protección de la seguridad de los funcionarios policiales), como constaba en el inciso 2° propuesto por el Ejecutivo: “tratándose del control de identidad de una persona respecto de la cual existan indicios de que hubiere cometido un delito o se aprestare a cometerlo, siempre que se estimare que del control de identidad pudiese resultar para el éxito de la diligencia o para la seguridad del agente policial, podrá procederse al registro de sus vestimentas o equipaje”<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> “En lo que se refiere a la segunda modificación (nuevo segundo inciso), los representantes del Ejecutivo sostuvieron que con ella se buscaba terminar con el absurdo que se producía ante el hecho de que al efectuar el control de identidad, la policía se abstenía de practicar registros porque al no existir una facultad expresa para ello, no sentía estar autorizada para revisar las ropas, el equipaje o el vehículo de la persona controlada. Señalaron que tal interpretación había significado no detener a personas que portaban armas o drogas porque al momento del control, exhibían sus documentos de identificación, o que los mismos agentes sufrieran asaltos o agresiones por quienes conducidos al cuartel para los efectos de identificación, utilizaban las armas que portaban entre sus ropas” (Historia de la Ley 19.789, op. cit., p. 76).

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>32</sup> Mensaje de S.E. el Presidente de la República, citado por ROMERO MUZA, op. cit., pp. 44-45.

<sup>33</sup> ROMERO MUZA, op. cit., pp. 45-46

El proyecto aprobado por el Congreso no recogió la redacción que expresamente consagraba la finalidad defensiva, pues en el debate parlamentario se acordó dar la posibilidad de que el registro cumpliera además una “finalidad preventiva de los delitos que pudieren cometerse”, retomando de este el modo el objetivo inicial del Mensaje<sup>34</sup>.

b) Respecto del destino de las huellas digitales recabadas durante el procedimiento: La diputada Pía Guzmán justificó la destrucción de las huellas dactilares tomadas al sujeto cuya identidad se controla, pues no tienen fines investigativos sino sólo identificatorios, señalando la preocupación de que pudieran quedar guardadas en algún dossier a título de antecedentes residuales o información residual. Agregó que en el Derecho comparado se destruyen para evitar la constitución de archivos separados de los expedientes judiciales que pudieran dar lugar a seguimientos, chantajes y situaciones incorrectas respecto de personas inocentes. El diputado Ignacio Walker hizo presente que el texto original propuesto por el Ejecutivo, contemplaba la destrucción de tales huellas una vez practicada la identificación y propuso reponerlo al final del inciso aprobado por el Senado<sup>35</sup>.

c) Respecto del delito de abuso contra particulares y el límite máximo de duración del procedimiento de identificación: Por una sugerencia del Ministro de Justicia, la Comisión de Constitución del Senado incluyó expresamente la advertencia de que el abuso en estos procedimientos puede configurar, por parte de los policías, el delito de vejación injusta o apremios ilegítimos o innecesarios, previsto y sancionado en el art. 255 CP. Al mismo tiempo, considerando los argumentos técnicos respecto de la necesidad entre cuatro y seis horas para comprobar las huellas digitales, estuvo de acuerdo en reducir a seis horas el plazo máximo de duración del procedimiento, respecto del plazo de ocho horas propuesto por el Ejecutivo<sup>36</sup>. En el Segundo Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados, se justificó el plazo de seis horas también

---

<sup>34</sup> ROMERO MUZA, op. cit., pp. 45-48.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 52-53.

<sup>36</sup> Historia de la Ley 19.789, op. cit., p. 27.

por razones técnicas relacionadas con el Servicio de Registro Civil, pues la entrega de la identificación de las huellas demoraba entre cuatro a seis horas<sup>37</sup>.

El texto finalmente aprobado fue el siguiente:

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 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, el policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla.**

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**.

**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.

---

<sup>37</sup> ROMERO MUZA, op. cit., p. 53.

#### 4. **Modificación del art. 85 CPP por la Ley Nº 19.942 de 15 de abril de 2004**

El proyecto comenzó por Mensaje del Presidente, que recogía dos mociones parlamentarias presentadas con anterioridad. En esa ocasión se señaló que los objetivos eran fortalecer las facultades de la Policía, facilitar la diligencia y la actuación de éstas ante denuncias de comisión de delitos sin necesidad de orden judicial previa, solucionar los problemas de aplicación práctica y uniformar las normas relativas al control de identidad en el CPP y en CdPP<sup>38</sup>.

La modificación se refirió a los siguientes aspectos<sup>39</sup>:

- a) La solicitud de identificación dejó de ser una facultad para las Policías y pasó a ser una cuestión imperativa si las personas se encuentran en los casos del art. 85 CPP.
  
- b) Señala que el conjunto de diligencias a que da lugar no podrá exceder de 6 horas, una vez transcurridas, la persona deberá ser puesta en libertad, salvo que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa o se niega a acreditar su identidad, casos en que la Policía detendrá al controlado de identidad como autor de la falta prevista y sancionada en el art. 496 n°5 CP, debiendo 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 24

---

<sup>38</sup> ROMERO MUZA, op. cit., p. 55.

<sup>39</sup> Durante el debate el Diputado Walker preguntó sobre la posibilidad de facultar a las Policías para realizar allanamientos preventivos. Indicó haber consultado con Carabineros sobre las deficiencias que percibían en la aplicación del nuevo sistema, recibiendo como respuesta que en materia de control de identidad, se necesitaba contar con más facultades, pero que el Gobierno consideraba que se acercaba mucho al sistema de detención por sospecha. El Diputado Bustos recordó que las leyes se aplican a todos y no sólo a la delincuencia, por lo que resultaba necesario resguardar los equilibrios entre los derechos de los ciudadanos y las facultades y el poder del Estado y de las Policías. Sostuvo que ir más allá, sería contradecir los principios en que se sustenta el Estado de Derecho, que necesariamente debe ser garantista. Estimaba que establecer un sistema de allanamiento preventivo, sería ir demasiado lejos, distinto sería en el caso de flagrancia y que las deficiencias no podían subsanarse por la vía de crear problemas a los derechos de los ciudadanos. Historia de la Ley 19.942, en <http://recursoslegales.bcn.cl/jspui-rl/bitstream/10221.3/3847/1/HL19942.pdf>, pp. 15-16.

horas, contado desde el momento de la detención, y si nada manifestare, la Policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial dentro de ese mismo plazo<sup>40</sup>.

c) También modificó el art. 260 bis CdPP, para concordarlo con las reformas al CPP, de manera que el control de identidad se aplicara uniformemente en todo el país.

El texto aprobado fue el siguiente:

**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 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.

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.

**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**

---

<sup>40</sup> CHAHUÁN SARRÁS, op. cit., p. 98.

**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 24 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 identificación de una persona en **conformidad a los incisos precedentes**, 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.

## **5. Modificación del art. 85 CPP por la Ley Nº 20.253 “Agenda Corta Antidelincuencia”, de 14 de Marzo de 2008**

La “Agenda Corta Antidelincuencia”<sup>41</sup> persigue dos objetivos primordiales: por un lado modificar el Código Procesal Penal y del Código Penal en materia de seguridad ciudadana y reforzar las atribuciones preventivas de las policías, y por otro, liberar a Carabineros de las funciones administrativas para que dediquen más tiempo al resguardo de la ciudadanía. Con este fin, el 7 de julio de 2006 el Ejecutivo envió al Congreso dos proyectos de ley, que posteriormente se convirtieron en las leyes Nº 20.253 y 20.227.

---

<sup>41</sup> La denominación “Agenda Corta Antidelincuencia” utilizada por especialistas, políticos y medios de comunicación social, obedece a que el proyecto sólo se refirió a los problemas inmediatos de la persecución penal, y no a las políticas públicas de seguridad ciudadana y a la prevención del delito en sus causas. El Mensaje del Ejecutivo de la Ley 20.253 señala expresamente que “el Gobierno cree que es indispensable dar respuestas complejas al fenómeno de la delincuencia, tanto en lo que dice relación con sus causas como con las deficiencias que el sistema de enjuiciamiento criminal pueda tener, y que impiden su adecuado control. Naturalmente, es de esa segunda preocupación que el presente proyecto de ley se hace cargo” (Historia de la Ley 20.253, op. cit., p. 7). Vid. PIEDRABUENA, Guillermo. *Ley 20.253 Agenda Corta Antidelincuencia*. Santiago, Legis Chile, 2008, p. 8.

En el Mensaje de la Ley Nº 20.253 se justificó la necesidad de reforma en razón de que “la ciudadanía da señales de temor subjetivo ante el actuar de la delincuencia, que hace necesario introducir mejoras en el sistema, destinadas a reprimir con mayor energía al delito y disminuir esa sensación de terror”<sup>42</sup>.

El Mensaje del Ejecutivo, en relación al control de identidad, explicitó la facultad de las policías de revisar la existencia de órdenes de detención pendiente y de detener en ese caso, así como la facultad de detener si a consecuencia del registro de las ropas, equipaje o vehículo aparecen indicios de haberse cometido un delito<sup>43</sup>.

Por la relevancia de esta reforma, expondremos algunos aspectos importantes de la discusión parlamentaria.

#### **a) Modificación al inciso primero del art. 85**

Se hicieron dos modificaciones, en primer lugar se facultó a las Policías, para que sin orden previa del fiscal, pudiesen solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados en que, según las circunstancias, *estimaren que existan indicios* 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 delito o falta. Por otro lado, se agregó como supuesto de procedencia el hecho que el controlado se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad.

Ambas modificaciones fueron producto de indicaciones presentadas en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados durante el primer trámite constitucional. Los diputados Burgos y Walker propusieron sustituir la frase “*tales como la existencia de un indicio de*” por la siguiente “*en que, según las circunstancias la Policía estimase en su apreciación que*”<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Historia de la Ley 20.253, op. cit., p. 5.

<sup>43</sup> Historia de la Ley 20.253, op. cit., p. 10.

<sup>44</sup> “El señor Walker justificó el texto propuesto señalando que la indicación era “el resultado de conversaciones sostenidas con algunos fiscales, quienes sostuvieron que algunos jueces, en la audiencia de control de la detención, se mostraban muy exigentes para los efectos de determinar si efectivamente hubieron indicios acerca de la comisión del delito”. El sostuvo que estos “jueces consideraban que un



La segunda modificación fue propuesta por los diputados Turres, Cardemil, Eluchans, Monckeberg Bruner, Monckeberg Díaz y Ward, y buscaba establecer una nueva hipótesis para que los agentes de Policía pudiesen realizar un control de identidad, frente a un sujeto que “*se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad*”<sup>45</sup>.

#### **b) Modificación al inciso segundo del art. 85**

La modificación de esta disposición fue propuesta por el Ejecutivo en el Mensaje. Otorga expresamente la facultad a la Policía de detener al controlado de identidad si a propósito del registro se verificaba una hipótesis de flagrancia. Además se facultaba para revisar si el controlado de identidad registra órdenes de detención pendiente y en ese caso, proceder a su detención.

El diputado Burgos presentó una indicación en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados para otorgarle una mayor claridad a la norma propuesta y así evitar las declaraciones de ilegalidad de la detención de algunos jueces de garantía, que han fundado sus resoluciones en que habría indicios sólo para efectuar un control de identidad, pero no para proceder al registro de sus ropas, equipaje o vehículo. Por

---

control de identidad no podía derivar en una detención por flagrancia, por cuanto se trataba de actuaciones autónomas, de tal manera que si en dicho control se percibía la comisión flagrante de un delito, no era posible detener sin obtener previamente una orden judicial, motivo por el cual declaraban ilegal la detención”. Por este motivo, con esta indicación propuesta “se evitaba tal interpretación de la ley y se impedía la declaración de ilegalidad de la detención”. Por otro lado, “el diputado Bustos consideró que la modificación convertía una situación objetiva en subjetiva, debido a que “*todo quedaba sujeto a una apreciación personal de las Policías*”, puesto que, con ella, no se requeriría de ningún indicio para iniciar dicho procedimiento, el cual era un elemento que le daba cierta objetividad a esta actuación policial. Junto con la diputada Soto estimaron que esta indicación era una expresión de la detención por sospecha” (PIEDRABUENA, op. cit., pp. 93-94).

<sup>45</sup> El diputado Cardemil justificó esta indicación en razón de que encapucharse o embozarse es una circunstancia habitual en las protestas, lo que permitía ocultar la identidad de quienes ocasionaban los destrozos en bienes públicos o privados. Los diputados Burgos y Bustos estimaron que la utilización de un disfraz no podía considerarse como una acción delictual, sino que sólo como una agravante de la conducta de quien se vale de éste para cometer un delito. Vid. Historia de la Ley 20.253, op. cit., p. 73-74. Según LAMA DÍAZ, Rossy. “Agenda corta antidelincuencia, modificaciones al Código Procesal Penal”, en *Gaceta Jurídica*, N°.338, Santiago, Agosto de 2008, p. 15, “esta modificación surge a raíz de los disturbios públicos y patrullajes, en los cuales las defensas cuestionaban esta circunstancia como indicio para proceder a efectuar un control de identidad, llegando a existir resoluciones judiciales que en audiencias de control de detención indicaban que esta era una actitud normal de las personas cuando veían a la Policía, así como también el hecho de huir frente a la presencia de estos”.

esto propuso intercalar después de la frase “*durante el procedimiento*” la expresión “*y sin necesidad de nuevos indicios*”<sup>46</sup>.

Durante la discusión en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados se generaron dudas al respecto. Miguel Otero Lathrop, Presidente del Instituto Chileno de Derecho Procesal, señaló que el texto propuesto como nuevo inciso segundo del artículo 85, no contemplaba la posibilidad de que al efectuarse el registro se encontrara en poder de la persona sujeta a control de identidad, armas o drogas, lo que de por sí constituye un delito y permitiría detener por flagrancia. Por ello, sugirió sustituir la frase que sigue a las expresiones “*a quienes se sorprenda*” por la siguiente “*como consecuencia del registro, en la actual comisión de un delito o con indicios de haberlo cometido*” y eliminar la frase final referente a la detención de quienes tuvieran órdenes de aprehensión pendiente, ya que tal situación se encuentra prevista en el art. 129 CPP<sup>47</sup>.

Don José Bernalés Ramírez, General Director de Carabineros de Chile y don Gustavo González Jure, General Inspector de Carabineros de Chile, estimaron un tanto confusa o contradictoria la parte final del nuevo inciso segundo, toda vez que la misma causal que habilita para controlar, es decir, la existencia de indicios de la comisión de un delito, faculta también para detener. Recordaron que, de acuerdo al art. 129 CPP, la existencia de órdenes de detención pendiente, es causal obligatoria de detención. Propusieron, además, agregar un inciso tercero a este artículo para presumir la concurrencia de las causales del inciso primero, en todos aquellos casos en que al controlado se le encontraran armas u otros elementos prohibidos por la ley y cuya tenencia, por sí sola, es constitutiva de delito, porque ello validaría la decisión del agente de efectuar el control de identidad<sup>48</sup>.

“El inciso segundo fue modificado dejando expresa constancia de que el control de identidad no termina sólo con la acreditación de ésta, sino que se puede realizar el registro de vestimentas, equipajes o vehículos, delimitando la discusión sobre cuál era

---

<sup>46</sup> Vid. Historia de la ley 20.253, op. cit., p. 75.

<sup>47</sup> Vid. PIEDRABUENA, op. cit., p. 92.

<sup>48</sup> Historia de la Ley 20.253, op. cit., p. 58.

el límite de las Policías al efectuar un control de identidad (...) La última modificación al inciso antes indicado, otorga a las Policías la facultad de proceder a la detención cuando a raíz del registro se configure una hipótesis de flagrancia, sin que sea necesario, como ocurría en la práctica, tener que solicitar una orden judicial al respecto, así como también realizar la misma actuación cuando el cotejo arroje una orden de detención pendiente”<sup>49</sup>.

**c) Modificación al inciso tercero del art. 85**

Nace de una indicación presentada en el primer trámite constitucional por el diputado Eluchans en el seno de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados. Permite el cotejo de las órdenes de detención pendientes en contra de la persona sometida a control de identidad en la unidad policial más cercana, cuando se hubiera negado a la identificación o no hubiera podido realizarse exitosamente. Esta indicación fue aprobada en forma unánime y, el texto propuesto fue el que definitivamente se publicó<sup>50</sup>.

**d) Modificación al inciso cuarto del artículo 85**

La modificación se debe a una indicación presentada en el primer trámite constitucional por los diputados Turres, Cardemil, Eluchans, Ward, Cristián y Nicolás Monckeberg, para ampliar el plazo de duración del control de seis a doce horas.

Ante la discusión generada en el seno de la Comisión, se acordó consultar a las policías, y sólo Carabineros solicitó un plazo de ocho horas en razón de dificultades técnicas del Servicio de Registro Civil e Identificación. Los diputados patrocinantes modificaron su propuesta para limitarla a ese tiempo, lo que fue aprobado por seis votos a favor y cinco en contra. El texto se mantuvo inalterado en la Comisión de Constitución del Senado, rechazándose dos indicaciones que pretendían suprimir esta

---

<sup>49</sup> LAMA DÍAZ, op. cit., p. 15.

<sup>50</sup> PIEDRABUENA, op. cit., pp. 95-96.

modificación por dos votos contra uno, por lo que el texto propuesto fue el definitivamente aprobado<sup>51</sup>.

El art. 85 CPP actualmente vigente dispone lo siguiente:

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 delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; **o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad**. 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

---

<sup>51</sup> El Defensor Nacional don Eduardo Sepúlveda, expuso que el Servicio de Registro Civil e Identificación ha puesto a disposición de las Policías más de 2600 puntos de acceso que le permiten, mediante sensores biométricos móviles conectados a la base de datos, conocer la identidad de una persona en menos de tres minutos. A la luz de estos argumentos se hace innecesaria esta modificación, ya que se soluciona mediante una mejor asignación de recursos y no mediante una reforma que limita las garantías fundamentales consagradas por la Constitución. Vid. CASTRO CELEDÓN, José Tomás. *Modificaciones realizadas por la Ley N° 20. 253 al Código Procesal Penal*. Memoria de prueba, profesor guía Cristián Maturana Miquel. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal, 2009, pp. 39-40.

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.

## Sección Segunda

### Control de identidad y derechos fundamentales

#### I. Aspectos generales

Las sucesivas modificaciones a la regulación del art. 85 CPP manifiesta la pretensión legislativa de ampliar las facultades preventivas e investigativas de las policías con el objeto de lograr una mayor eficacia en la represión de los delitos. Subyace a esta idea, la necesidad de dar respuesta a la sensación de inseguridad expuesta en la opinión pública y en los medios de comunicación social, que ha caracterizado la regulación de nuevo sistema procesal penal como excesivamente “garantista”, en un sentido peyorativo del término.

Sin embargo, la necesidad de eficacia en la persecución de los delitos, común a toda medida a realizar en el contexto del proceso penal, se encuentra en una constante tensión con la protección de los derechos fundamentales asegurados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Chile. En palabras de GIMENO SENDRA “el proceso penal es, junto al Derecho penal, el sector del ordenamiento en que mayores poderes se conceden al Estado para la restricción de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a los ciudadanos. Las gravísimas intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos más preciados del individuo, justificadas por las necesidades de persecución penal en aras de la tutela de los bienes esenciales de la comunidad protegidos por las normas penales, deben ser limitadas en la medida en que su práctica no sea útil, necesaria o proporcionada, atendiendo a los intereses en conflicto, según las particulares circunstancias del caso concreto”<sup>1</sup>.

Es por esta razón, que en el contexto de la presente investigación es necesario hacer referencia a la Constitución Política para determinar si el procedimiento de control de identidad importa una injerencia en los derechos fundamentales. Se

---

<sup>1</sup> GIMENO SENDRA, Vicente (prólogo a la obra de GONZÁLEZ-CUELLAR, Nicolás). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid, Editorial COLEX, 1990, p. 7.

analizará en consecuencia, la regulación constitucional del derecho a la libertad personal y el derecho a la vida privada para resolver si el control de identidad constituye una afectación constitucionalmente relevante de tales derechos.

## **II. El derecho a la libertad personal**

### **1. Regulación constitucional**

La Constitución consagra el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual en su Capítulo III “De los derechos y deberes constitucionales”, artículo 19 n° 7, en los siguientes términos:

Art. 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

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;

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 del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla.

La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado por los delitos a que se refiere el artículo 9º, será conocida por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad, el imputado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple;

(...)

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<sup>2</sup>;

---

<sup>2</sup> En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección del derecho a la libertad personal se distingue de la protección del derecho de circulación y residencia.

Art. 7 CADH. 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 Estado Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
  7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.

Art. 22. CADH. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocido en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
7. Toda persona tiene derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.
8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Art. 9 PIDCP

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 legal 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 otro 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 fuere ilegal.

La regulación constitucional se caracteriza por definir el derecho a la libertad personal en el art. 19 nº7 letra a); consagrar en la letra b) el principio de reserva legal de toda restricción y privación de libertad; establecer garantías comunes al detenido y arrestado en la letra c); señalar garantías adicionales para el detenido y arrestado junto al sujeto a prisión preventiva y al preso en la letra d); establecer la procedencia de la libertad del imputado detenido o sujeto a prisión preventiva en la letra e); prohibir el juramento sobre hecho propio del imputado o acusado en la letra f); prohibir las penas de confiscación de bienes y de pérdida de derechos previsionales en las letras g) y h), y consagrar la indemnización por error judicial en la letra i).

Determinar la relevancia constitucional del control de identidad en relación al derecho a la libertad personal importa un análisis del ámbito de protección del citado art. 19 nº7 CPR, y en especial, la distinción entre restricción y privación de libertad.

## **2. Ámbito de protección del derecho a la libertad personal**

La letra a) del art. 19 nº7 CPR contiene una definición constitucional del derecho a la libertad personal: es el derecho a 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.

VERDUGO y PFEFFER, señalan que libertad personal “es la libertad física, de movimiento y de actividad. En su expresión jurídica se la denomina libertad de movilización, locomoción o ambulatoria, y se traduce en la posibilidad de permanecer en un lugar o desplazarse de un punto a otro, dentro o fuera del país, sin ninguna

---

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Art. 12 PIDCP

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden públicos, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

traba, salvo las limitaciones legales o establecidas en tutela de intereses colectivos o particulares”<sup>3</sup>.

Para EVANS, la libertad personal, tal como es definida en nuestra Constitución, se manifiesta de tres formas<sup>4</sup>:

- a) El derecho a residir y permanecer en cualquier lugar de la República: consiste en la libertad para residir temporalmente o radicarse permanentemente en cualquier punto del territorio nacional, y para cambiar de residencia o de domicilio a voluntad.
- b) El derecho de entrar y salir libremente del territorio nacional.
- c) El derecho de trasladarse libremente de un lugar a otro.

En consecuencia, la Constitución protege la libertad personal en un sentido amplio, entendida como *libertad de desplazamiento*, estableciendo asimismo que el ejercicio de la libertad debe respetar lo dispuesto en la ley y el derecho de otras personas.

Por último, es necesario señalar que toda limitación de la libertad personal supone su realización en contra de la voluntad del afectado, o sin contar con ella. Sin embargo, en las medidas basadas en órdenes de autoridad, que representan una afectación al derecho a la libertad personal, no es admisible que la aceptación o falta de oposición del afectado a la realización de la medida, sea interpretada como consentimiento justificante de la intervención estatal<sup>5</sup>. Para ROXIN, determinar si la afectación procesal de derechos fundamentales es susceptible de justificación por el consentimiento del afectado, depende de si “la disposición en cuya lesión se consiente sirve sólo al interés del afectado, o también a los intereses de la comunidad o un tercero”<sup>6</sup>. Y en un contexto jurídicopenal, el consentimiento del titular del bien jurídico, en general, no excluye la realización del correspondiente tipo penal en los delitos cometidos por funcionarios públicos en el desarrollo del proceso penal, pues se

---

<sup>3</sup> VERDUGO MARINKOVIC, Mario y otros. *Derecho Constitucional*, t. I. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 253.

<sup>4</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los derechos constitucionales*, 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pp. 178-179.

<sup>5</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 166-167, 265-266. Vid también HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I., p. 461.

<sup>6</sup> ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., p. 251.

protege “no sólo a los perseguidos, sino asimismo la conformidad del proceso penal al Estado de Derecho, que también resulta dañada cuando la víctima consiente tal forma de proceder”<sup>7</sup>.

### **3. La distinción entre restricción y privación de libertad**

La protección del derecho a la libertad personal en la Constitución chilena no se circunscribe a las hipótesis específicamente reguladas en las letras c), d) y e) del art. 19 n° 7. El texto constitucional en su letra b), alude en general a los “casos” de privación y restricción de libertad regulados por la Constitución y las leyes, sin pretensión de taxatividad, y en consecuencia, son admisibles constitucionalmente hipótesis constitutivas de privación o restricción distintas a las expresamente reguladas. Es por esta razón que debemos analizar si el control de identidad constituye un caso específico de afectación del derecho a la libertad personal, y sí ello es así, determinar si corresponde a un supuesto de privación o restricción de libertad.

En general, la doctrina nacional no manifiesta un interés significativo en la determinación de un criterio que permita distinguir entre restricción y privación de libertad. Por ejemplo, EVANS sostiene que “al hablar la Constitución de privación o restricción de la libertad personal se está refiriendo a todo acto de autoridad que conculque los derechos de permanencia en cualquier lugar del país, de viajar por él, de cambiar su residencia, de salir y entrar al territorio nacional y, en general, que coarte el derecho de vivir en libertad y, por lo tanto, la detención, la radicación obligatoria, expulsión de un lugar o del país y, en general, las medidas de destierro, relegación, confinamiento y extrañamiento sólo pueden imponerse en los casos y con las exigencias formales y sustantivas de un justo y racional proceso regulado por la ley, desde su comienzo hasta la sentencia final”<sup>8</sup>.

El punto no es baladí. La distinción entre restricción y privación de libertad importa la procedencia de garantías legales específicas consagradas exclusivamente a

---

<sup>7</sup> ROXIN, *Derecho penal...* op. cit., p. 529.

<sup>8</sup> EVANS, op. cit., pp. 179-180.

favor del imputado privado de libertad (art. 94 CPP), sin perjuicio de que el principio de reserva legal sea común a toda privación y restricción (art. 5 CPP).

Asimismo, consideramos que las garantías consagradas en las letras c) y d) del art. 19 n° 7 CPR, que regulan específicamente la situación del detenido, arrestado, sujeto a prisión preventiva y preso –todas hipótesis privativas de libertad-, constituyen garantías aplicables a toda medida que represente una injerencia análoga en el derecho a la libertad personal. En consecuencia, es preciso determinar en qué consiste el carácter de “privación” de libertad que constituye el elemento común aplicable a todas estas medidas. El mandato constitucional obliga a que toda privación y restricción de libertad se realice en la “forma” establecida en la Constitución y las leyes, y por tanto, en lo referente a las medidas no reguladas constitucionalmente de modo expreso, las garantías constituyen un estándar aplicable *en lo que sea pertinente* a toda medida que represente una injerencia en el derecho a la libertad personal semejante a las explícitamente reguladas en las letras c) y d), independiente de si existe o no una vinculación a la realización de un proceso penal<sup>9</sup>.

La Constitución establece garantías en cuatro supuestos específicos: el detenido, el arrestado, el sujeto a prisión preventiva y el preso. En la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política del Estado (CENC), se discutió si el concepto de *detención* era comprensivo de toda forma de privación de libertad transitoria,

---

<sup>9</sup> En este sentido, vid. también MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003, p. 213, ha señalado que “en la interpretación de cualquier derecho humano es indispensable ver cuál es su esencia, el núcleo que protege (sic), y no las conductas mencionadas como hipótesis de afectación, porque éstas son sólo el reflejo de lo que en el momento en que se escribió el catálogo aparecía como posible de afectar el derecho”. Al respecto, la Observación General N° 8 adoptada por el Comité de Derechos Humanos, 16° periodo de sesiones (1982), en relación al art. 19.1 PDICP señaló que “es aplicable a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de la inmigración, etc. (...) Incluso en los casos en que se practique la detención por razones de seguridad pública ésta debe regirse por las mismas disposiciones, es decir, no debe ser arbitraria, debe obedecer a las causas fijadas por la ley y efectuarse con arreglo al procedimiento establecido en la ley (párr. 1), debe informarse a la persona de las razones de la detención (párr. 2) y debe ponerse a su disposición el derecho a recurrir ante un tribunal (párr. 4), así como a exigir una reparación en caso de que haya habido quebrantamiento del derecho (párr. 5). Si, por añadidura, en dichos casos se formulan acusaciones penales, debe otorgarse la plena protección establecida en los párrafos 2 y 3 del artículo 9, así como en el artículo 14”.

opinión defendida inicialmente por el comisionado Evans<sup>10</sup>. La respuesta a esta tesis omnicompreensiva fue expuesta por los comisionados Silva Bascuñán y Ovalle. El primero expresa que “hay una cantidad de casos en que las personas pueden estar accidentalmente y en forma transitoria afectadas por la privación de libertad sin que haya ningún propósito de perseguirlas criminalmente ni llamarlas a proceso (...) Hay una cantidad de casos en que accidentalmente se puede estar en la imposibilidad de moverse, pero que no corresponden de ninguna manera a una detención ni al propósito de investigar un delito ni de castigarlo”<sup>11</sup>. Por su parte, el comisionado Ovalle, coincidiendo con Silva Bascuñán en el carácter cautelar de la detención, sostuvo que “el arresto en Chile es una institución que no forma parte propiamente del proceso criminal, sino que es una forma de apremio en general, para obligar a determinados individuos a adoptar la conducta socialmente necesaria en un momento dado (...) el arresto es una privación provisional de la libertad sujeta al cumplimiento de un acto por parte del arrestado (...) fundamentalmente una medida de apremio (...) en cambio, la detención es una de las medidas que se configuran en el proceso criminal con el objeto de asegurar la persona del eventual delincuente, y su destino no depende de un acto que realice el detenido, sino del concepto que se forme el juez en cuanto da término a la detención con la libertad incondicional o con la encargatoria de reo, caso en que se transforma en prisión preventiva en ese momento”<sup>12</sup>. En consecuencia, la distinción entre detención y arresto radica en que la detención se vincula esencialmente a la realización de un proceso penal, en cambio el arresto no presenta necesariamente dicha relación<sup>13</sup>. Debemos entender por arresto una privación transitoria de libertad sujeta al cumplimiento de un acto por parte del arrestado. Es fundamentalmente una medida de apremio.

---

<sup>10</sup> Intervención de Enrique Evans de la Cuadra, sesión 107, citado por EVANS, op. cit., p. 181.

<sup>11</sup> Intervención de Alejandro Silva Bascuñán, sesión 107, citado por EVANS, op. cit., p. 181

<sup>12</sup> Intervención de Jorge Ovalle, sesión 107, citado por EVANS, op. cit., p. 182

<sup>13</sup> VERDUGO y otros, op. cit., p. 238. En el CPP, el arresto del imputado tiene exclusivamente por objeto obtener compulsivamente su presencia para la realización de un determinado acto del procedimiento, cuyo supuesto es la incomparecencia ante una citación judicial, p. ej. arts. 33, 123, 127 inc. 2º CPP), pudiendo dirigirse también por el juez en contra de testigos y peritos, en razón de su incomparecencia ante una citación del juez o del fiscal (p.ej. arts. 33 inc. 3º y 298 CPP). Se diferencia de la detención imputativa, que es “aquella que se decreta o practica sin citación previa, con el objeto de asegurar la presencia del imputado a la audiencia en que se pretende formalizar la investigación y, eventualmente, adoptar alguna medida cautelar personal de mayor intensidad en su contra” (HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I., pp. 364-365, 378-379).

La *prisión preventiva* es la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal y con el objeto de asegurar los fines del procedimiento<sup>14</sup>. En cambio, *preso* es aquel que se encuentra privado de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada<sup>15</sup>

Estas medidas expresamente aludidas por la Constitución y dotadas de garantías específicas, son hipótesis paradigmáticas de privación de libertad<sup>16</sup>, entendida como la forma de afectación más intensa del derecho a la libertad personal. La determinación de lo que constituye una privación de libertad dependerá del análisis de los elementos comunes a todas estas figuras.

En primer lugar, la reclusión –entendida como el encierro en un lugar cerrado estrechamente delimitado- no puede constituir el elemento característico de la privación de libertad, toda vez que no es esencial desde el inicio en los casos de la detención y el arresto, sin perjuicio de que su concurrencia importe siempre una privación de libertad. En segundo lugar, la relación existente entre la medida y la realización de un proceso penal tampoco es un elemento esencial de la privación de libertad, toda vez que dicho elemento no concurre necesariamente en la hipótesis de arresto.

En nuestra opinión, la distinción depende de la intensidad del real menoscabo a la libertad personal. La relación existente entre restricción y privación de libertad es una relación de género a especie: la *restricción* comprende toda afectación a la libertad de movimiento o ambulatoria, entendida en términos amplios según la definición constitucional del art. 19 n°7 a) CPR. La *privación* de libertad representa la injerencia

---

<sup>14</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I., p. 389.

<sup>15</sup> EVANS, op. cit., p. 183.

<sup>16</sup> En el seno de la CENC, la importancia histórica como límite al poder estatal, en la regulación de estos supuestos paradigmáticos de privación de libertad, fue expuesta por Silva Bascuñán en los siguientes términos: “la configuración de lo que se entiende por libertad personal, nació en Inglaterra en relación, precisamente, con las garantías de la detención, Es en torno a los textos ingleses, que fueron una simple concreción de la jurisprudencia de la *common law*, que se fue ampliando y perfeccionando el campo de la libertad personal, que más adelante se concretó y se extendió a la libertad de locomoción y que luego llegó a una concepción general de la libertad individual”, citado por EVANS, op. cit, p. 200.

más intensa en la libertad, aquélla que impide el movimiento en cualquier dirección<sup>17</sup>. Una medida privativa de libertad obliga a una persona a mantenerse en un lugar determinado, privándole de su estado de libertad, y por tanto, existirá afectación de la libertad personal cuando alguien es obligado a permanecer en un lugar determinado o conducido al mismo, aunque no exista reclusión o internamiento. En conclusión, lo protegido en relación a la privación de libertad es la **libertad de abandonar el lugar en que uno se encuentra** o **libertad de movimiento en todas sus direcciones**<sup>18</sup>.

La privación de libertad constituye una *injerencia* en la libertad en sentido negativo, esto es, aquella situación en que el sujeto se encuentra en libertad. En cambio, una medida restrictiva afecta la libertad en su sentido de libre desplazamiento, manifestación concreta de la libertad general de acción<sup>19</sup>. La restricción afecta más

---

<sup>17</sup> Opinión mayoritaria en Alemania defendida por DÜRIG, citada por CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 155.

<sup>18</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 158-160, 240-241; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 21.

<sup>19</sup> La propuesta original de Silva Bascuñán en la CENC fue proteger la libertad desde tres puntos de vista: la libertad de locomoción, las garantías de la detención, y la facultad de poder actuar libremente para el pleno desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que las provenientes de las prohibiciones establecidas por ley y de todo aquello que vaya en perjuicio de terceros, siendo las dos primeras expresiones de esta última "libertad básica" (intervención de Silva Bascuñán, citado por EVANS, op. cit., p. 196-197). La posición contraria fue expresada por Ovalle, quien expuso que la libertad personal asumiría dos aspectos esenciales, por un lado, la libertad de movimiento, de permanecer y de residir, de trasladarse, de salir y de entrar del territorio, y por otro lado, el derecho a no ser detenido, preso, desterrado, relegado o extrañado sino en conformidad a la ley. Se manifestó contrario a la consagración del libre desarrollo de la personalidad en la forma propuesta por Silva Bascuñán, no por ser contrario a esa declaración, sino por no ser propia de la Carta Fundamental, ya que ella fluiría de todo su contexto (intervención de Jorge Ovalle, citado por EVANS, op. cit., p. 198-200, 201). La posición que congregó la opinión de los comisionados fue la defendida por Evans, quien reflexionando sobre el ámbito de protección del derecho a la libertad personal, distinguió tres aspectos: a) La esencia o el nudo de la libertad, que es el derecho de la persona a desarrollar su existencia, a desarrollar su vida en la comunidad en que nació y donde está viviendo; b) En seguida, ¿cómo desarrolla el hombre su vida? Radicándose, residiendo (...) pudiendo moverse, pudiendo salir, entrar, volver a su país, ausentarse de él, etc.; c) El tercer aspecto es el derecho a la libertad y seguridad personal como garantía de él, en el sentido de que nadie puede ser privado de su libertad a través de cualquier expresión, como la detención, la prisión preventiva, etc., sino en la forma prevista en la ley (intervención de Enrique Evans, citado por EVANS, op. cit., p. 202-203). En conclusión, la CENC manifestó su acuerdo con el siguiente texto: "La Constitución asegura a todos los habitantes de la República el derecho a la libertad y seguridad personales para desarrollar su existencia y, EN CONSECUENCIA, los derechos de permanecer y residir en cualquier lugar de la República, de trasladarse de uno a otro y de entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de tercero.

Nadie puede ser detenido, procesado, preso, relegado o extrañado, sino en la forma determinada por las leyes" (EVANS, op. cit., 206). El texto no corresponde a la regulación definitiva de la Constitución de 1980, eliminándose la referencia al "desarrollo de la existencia", del que la libertad de desplazamiento sería una manifestación o consecuencia.



bien el ejercicio de una libertad, el derecho de residir temporalmente o radicarse definitivamente en cualquier lugar de la República, acceder a un lugar específico o permanecer en él, y el derecho a entrar y salir del territorio nacional<sup>20</sup>. Ejemplos de restricción de libertad, son la obligación de los jueces y auxiliares de la Administración de Justicia de residir constantemente en la ciudad o población donde tenga asiento el tribunal en que deban prestar sus servicios (artículos 311 y 474 COT); la autorización que requiere el Presidente de la República por parte del Senado, para salir del país por más de 30 días o en los últimos 90 días de su mandato (art. 53 nº 6 CPR) o la autorización que requieren los senadores y diputados por parte de la Cámara a la que pertenecen o en el receso de ella a su Presidente, para ausentarse por más de 30 días del territorio nacional (art. 60 CPR).

En términos de AMATO, el derecho a la libertad en sentido negativo –como derecho de defensa- constituye “una situación preliminar al potencial despliegue de las variadas dimensiones de la personalidad (...) la supresión de esa situación repercute primeramente en la libre movilidad de la persona”<sup>21</sup>. En sentido negativo, “la libertad personal se refiere a la persona en sí, y por sí considerada”, en cambio, la libertad de circulación y residencia exige una referencia externa al sujeto titular del derecho<sup>22</sup>.

En conclusión, la privación de libertad, es una situación fáctica, no dependiente de terminologías, ni de las finalidades concretas de la medida en cuestión, que consiste en la real afectación de la libertad personal, entendida como libertad de abandono.

Sin embargo, tal como lo señaló en España la STC 341/1993, la privación de libertad –entendida como la injerencia de mayor intensidad en este derecho fundamental– supone una situación que va más allá de la mera inmovilización de la persona. Es pertinente recordar lo señalado por HOYOS SANCHO, quien para efectos de determinar la concurrencia del resultado privación de libertad como situación fáctica,

---

<sup>20</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 241; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 21 nota 1; JIMÉNEZ-BLANCO y otros, op. cit., p. 157.

<sup>21</sup> AMATO, Giulano, *Individuo e Autorità nella disciplina della libertà personale*, Giufre, Milán, 1976, pp. 24 y ss., citado por CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 240.

<sup>22</sup> GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 35.

determina la irrelevancia del *lugar* en que se efectúe la privación de libertad (aprehensión en lugar abierto, encierro en lugar no abierto mueble o inmueble, etc.), de los *medios* empleados (impedimentos físicos -ataduras, sistemas de seguridad-, amenazas, supresión de la capacidad de decisión mediante el uso de narcóticos, golpes en la cabeza-, etc.), y que incluso la privación de libertad puede ser itinerante cuando el afectado es conducido o es obligado a acompañar a sus captores mediante violencia o amenaza. Sin embargo, precisa HOYOS SANCHO que respecto al factor *tiempo*, se debe excluir los supuestos de mínima duración “en que se produce un encontronazo, un breve forcejeo, o se trata de los denominados casos de bagatela”<sup>23</sup>.

En consecuencia, la inmovilización momentánea del afectado, entendida como una injerencia de intensidad mínima en la libertad de abandono, no constituye privación de libertad, sino que representa una mera restricción de este derecho.

Determinado el ámbito de protección del derecho a la libertad personal, y el criterio que permite distinguir entre su privación y restricción, debemos analizar si el procedimiento de control de identidad representa una afectación constitucionalmente relevante del derecho a la libertad personal.

#### **4. Relevancia iusfundamental del control de identidad respecto del derecho a la libertad personal**

El control de identidad regulado en el art. 85 CPP constituye un procedimiento policial que reúne una serie de actos o etapas:

- a) El requerimiento de identificación (inc. 1º)
- b) La realización del registro de las vestimentas, equipaje y vehículo y el cotejo de órdenes de detención pendientes (inc. 2º)
- c) La conducción del afectado a la unidad policial más cercana (inc. 3º)

---

<sup>23</sup> HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., p. 21 nota 1.

Respecto del primer acto, el hecho de parar a un sujeto por el tiempo estrictamente necesario para formularle alguna pregunta no imputativa o para efectuar el requerimiento de identificación con el fin de que el sujeto exhiba la documentación correspondiente y su examen *in situ* por el agente policial, sólo representa una restricción de libertad, por constituir, según las circunstancias de tiempo y lugar, una mera inmovilización correspondiente a una injerencia de mínima intensidad en la libertad del sujeto.

Respecto del registro, debemos distinguir entre cacheo y registro propiamente tal. El cacheo corresponde al mero palpamiento superficial de la ropa con el fin de proteger al agente policial de un eventual porte de armas del sujeto (finalidad defensiva). La realización del cacheo exige sólo una restricción de libertad, pues aunque representa una inmovilización del afectado algo más intensa que la anterior parada vinculada al requerimiento de identificación, un registro limitado a los fines e intensidad anteriormente descritos, constituye una diligencia fugaz que no requiere la privación de libertad del afectado.

Distinta es la situación del registro propiamente tal, cuya finalidad es la búsqueda de elementos probatorios del delito investigado en la vestimenta, equipaje o vehículo del afectado. En este caso, existe un mantenimiento o retención del afectado, ya sea en la vía pública o en un lugar cerrado, que excede la mera inmovilización, y constituye una injerencia que es propia de la privación de libertad. En el CPP original, se regulaba correctamente sólo a propósito del detenido, en el art. 89 CPP.

La conducción o traslado de un individuo a la unidad policial más cercana y su mantenimiento mientras se realizan las diligencias necesarias para su identificación, constituye siempre una privación de libertad<sup>24</sup>.

Esta interpretación sigue la opinión defendida en España por autores como GARCÍA MORILLO y CASAL HERNÁNDEZ, que coincide en general con la doctrina alemana que distingue entre *Anhalten/Festhalten* según la regulación vigente en la StPO y las

---

<sup>24</sup> Vid. también en este sentido, HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I., p. 381; SALAS ASTRAIN, op. cit., p. 163.

leyes de policía, y con la distinción efectuada por la jurisprudencia estadounidense entre una *Terry stop (stop and frisk)* y el *arrest*<sup>25</sup>.

El texto del art. 85 inc. 4º CPP, al establecer un límite temporal máximo de ocho horas del “conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes” (requerimiento de identificación, registro, cotejo de órdenes de detención pendientes y conducción a la unidad policial), corrobora la tesis expuesta en el sentido de entender que la realización del control de identidad importa una limitación del derecho a la libertad personal, al disponer que transcurrido el límite máximo de desarrollo de los procedimientos de identificación “**la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad**”. Y en relación a la conducción a la unidad policial, el texto del inc. 3º del art. 85 CPP corrobora su carácter privativo de libertad al señalar que “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” (las negritas son nuestras). Nadie puede ser puesto o dejado en libertad si no ha sido antes privado de ella<sup>26</sup>.

En relación a las garantías constitucionales de los supuestos privativos de libertad expresamente reguladas en las letras c) y d) del art. 19 nº 7 CPR, entendemos que ellas, en razón de lo dispuesto en la letra b) de dicha norma, en sentido de que nadie puede ser privado de su libertad personal sino en los casos y en la “forma” determinados por la Constitución y las leyes, entendemos que son garantías aplicables a todo supuesto privativo de libertad en lo que sea pertinente. Así, definido el carácter privativo de libertad de ciertas etapas del procedimiento de identificación, resultan aplicables en lo que corresponda, las garantías de la detención y arresto de la letra c) en relación a que la orden sea emitida por funcionario público expresamente facultado por ley y que dicha orden sea comunicada al afectado (no siendo aplicable el requisito de intimación por no tratarse de una orden escrita<sup>27</sup>, ni tampoco la puesta a disposición

---

<sup>25</sup> Vid. *supra*, capítulo I; CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 175-177, 263; GARCÍA MORILLO, op. cit., pp. 192, 194-197, 226 y ss.; MARTÍN PASTOR, op. cit., p. 85,

<sup>26</sup> En este sentido, vid. ROMERO MUZA, op. cit., p. 60.

<sup>27</sup> El artículo 19 nº 7 c) prescribe que nadie puede ser arrestado o detenido si no existe orden de funcionario público expresamente facultado por ley, la que deberá ser intimada en forma legal. La

judicial, en razón de que esta conducción requeriría un tiempo excesivo en relación al límite máximo legal de 8 horas del control de identidad). También son aplicables las garantías de la letra d), comunes a la detención, arresto, prisión preventiva y prisión, tanto en lo referente a que la privación de libertad se efectúe en un lugar público<sup>28</sup>, como en lo dispuesto en los incisos 2º y 3º, que establecen deberes específicos de los funcionarios encargados de las casas de detención o prisión.

### III. El derecho a la vida privada

#### 1. Regulación constitucional

El primer texto constitucional que se refiere a la protección de un ámbito privado de las personas, es el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812, promulgado durante el gobierno de José Miguel Carrera, con redacción semejante a la Cuarta Enmienda a la Constitución de EE.UU<sup>29</sup>.

La Constitución de 1833 configuró en sus artículos 146 y 147, dos ámbitos específicos de protección asociados al derecho de propiedad: por un lado la *casa*, como entorno físico inmediato de la persona, y por otro, la *correspondencia* (escrita), los papeles y efectos<sup>30</sup>. La Constitución de 1925 mantuvo en su art. 10 núm. 12 y 13, la protección de esos ámbitos de privacidad, extendiendo el primero a la inviolabilidad del *hogar* y el segundo a la inviolabilidad de la *correspondencia epistolar y telegráfica*<sup>31</sup>.

---

exigencia de intimación equivale a exhibición, en consecuencia, la doctrina entiende que dicha orden debe ser escrita, vid. EVANS, op. cit., p. 180; VERDUGO y otros, op. cit., p. 237.

<sup>28</sup> Al respecto, el comisionado Ovalle señaló que “el lugar tiene que ser público en un doble aspecto: primero para que el público sepa que es un lugar de detención, y segundo, para que el público, dentro del reglamento respectivo, tenga acceso para visitar a los detenidos” (Intervención de Jorge Ovalle, sesión 107, citado por EVANS, op. cit., p. 184).

<sup>29</sup> Art. 16 “Se respetará el derecho que los ciudadanos tienen a la seguridad de sus personas, casas, efectos y papeles; y no se darán órdenes sin causas probables, sostenidas por un juramento judicial, y sin designar con claridad los lugares o cosas que se han de examinar o aprehender.

<sup>30</sup> Art. 146 “La casa de toda persona que habitare el territorio chileno es un asilo inviolable, y sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por ley en virtud de orden de autoridad competente”

Art. 147 “La correspondencia es inviolable. No podrán abrirse, ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos, sino en los casos expresamente señalados por ley”

<sup>31</sup> Art. 10 “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

Nº 12. La inviolabilidad del hogar. La casa de toda persona que habite el territorio chileno sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por ley, y en virtud de orden de autoridad competente.

El Capítulo III de la Constitución de 1925 denominado “Garantías Constitucionales”, fue íntegramente derogado durante el gobierno militar, por la promulgación en 1976 del Acta Constitucional nº 3 “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, redactada por la CENC. Esta Acta Constitucional, que constituye el antecedente de la Constitución de 1980, incorpora en su art. 1 nº 10 por primera vez en nuestra historia el respeto y protección a la vida privada y la honra de la persona y su familia, junto a la consagración de la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada<sup>32</sup>.

El trabajo de la CENC (sesiones 128ª, 129ª y 130ª), innovó al consagrar la protección del derecho a la vida privada conjuntamente con el derecho a la honra de la persona y su familia, además de establecer la tradicional protección de ámbitos específicos de privacidad: la inviolabilidad del hogar (en que se desenvuelve paradigmáticamente la vida doméstica y familiar) y las comunicaciones.

El Consejo de Estado, introdujo tres modificaciones al texto definitivo de la CENC: incorporó la protección a la “vida pública”, dividió el texto en dos numerales (nº 4 y 5), y reguló un nuevo inciso que consagraba el tipo penal de difamación. La redacción dada por el Consejo de Estado constituye el texto definitivo de la Constitución de 1980.

La Ley Nº 20.050 de reforma constitucional, modificó la regulación del art. 19 núm.4 y 5, eliminando del texto la referencia a la vida pública y el delito de difamación<sup>33</sup>. El texto definitivo, vigente en la actualidad, es el siguiente:

---

Nº13. La inviolabilidad de la correspondencia epistolar y telegráfica. No podrán abrirse, ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos públicos, sino en los casos expresamente señalados por ley”.

<sup>32</sup> Art. 1º. “Los Hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas:

Nº 10. El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse, en los casos y formas determinados por ley”. El texto coincide con el anteproyecto aprobado por la CENC.

<sup>33</sup> Vid. al respecto PFEFFER URQUIAGA, Emilio y EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio. “Reforma Constitucional 2005. Derechos y garantías constitucionales”, en ZUÑIGA U., Francisco (coordinador) y otros. *Reforma constitucional*. Santiago, Lexis Nexis, 2005, pp. 323, 331 y ss.

Art. 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

4º.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.

5º.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley<sup>34</sup>.

## 2. **Ámbito de protección del derecho a la vida privada**

Son escasas las sentencias que han precisado o delimitado el ámbito de protección del derecho a la vida privada, muchas veces analizado conjuntamente con el derecho a la honra.

EVANS, sostiene que “el concepto de «vida privada» está directamente vinculado a la «intimidad», a ese ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan o superan sus defectos, y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la intervención o presencia de terceros”<sup>35</sup>.

CORRAL TALCIANI, entiende por privacidad “la posición de una persona (o entidad colectiva personal) en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones o difusiones cognoscitivas de hechos que pertenecen a su interioridad corporal y psicológica o a las relaciones que ella mantiene o ha mantenido con otros, por parte de

---

<sup>34</sup> En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la privacidad es protegida de modo asistemático, en conjunto con otros derechos, en las siguientes disposiciones:

Art. 11 CADH. Protección de la Honra y la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio, o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Art. 17 PIDCP.

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Art. 12 Declaración Universal de DD.HH. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

<sup>35</sup> EVANS, op cit., p. 213.

agentes externos que, sobre la base de una valoración media razonable, son ajenos al contenido y finalidad de dicha interioridad o relaciones”<sup>36</sup>.

En la CENC, se señaló que la Constitución brinda protección al “ámbito de una zona de la vida de la persona que debe quedar precisamente excluida de la noticia o invasión externa”<sup>37</sup>.

El análisis del ámbito de protección del derecho a la vida privada exige distinguir entre un sentido negativo y un sentido positivo de este derecho.

## **2.1. El derecho a la vida privada en sentido negativo**

Desde este punto de vista, la vida privada constituye un espacio, ámbito o esfera personal libre de intromisiones e injerencias externas<sup>38</sup>. Su expresión más clásica es la protección de la intimidad, como derecho de defensa del ámbito más recóndito y reservado del individuo, que corresponde, en este sentido negativo, a un “derecho a no ser conocidos, en ciertos aspectos por los demás”, un “derecho al secreto, a que los demás no sepan lo que somos o lo que hacemos”<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. “Configuración jurídica del derecho a la privacidad II. Concepto y delimitación”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, nº2, abril-junio, 2000, p. 347.

<sup>37</sup> Intervención de Jaime Guzmán Errázuriz, citada por PFEFFER y EVANS, op. cit., p. 329.

<sup>38</sup> La privacidad en sentido negativo, como ámbito íntimo libre de intromisiones externas, desvinculada de la protección de la propiedad, nace con el célebre artículo publicado en 1890 por la Harvard Law Review “The Right to Privacy” de los juristas estadounidenses BRANDEIS y WARREN, quienes postulan la autonomía del derecho a la privacidad, entendido en la fórmula del juez Cooley, como *the right to be left alone*. Al respecto, vid. DUFFAU GARCÍA, Fabián. *Derecho a la privacidad. Su contenido esencial, limitaciones y colisión con otros derechos fundamentales*. Memoria de prueba, profesor guía Álvaro Tejos Canales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, 2008, p. 76 y ss.

<sup>39</sup> GARCÍA SAN MIGUEL, Luis. “Reflexiones sobre la intimidad como límite a la libertad de expresión”, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Madrid, Editorial Tecnos, 1992, pág. 22-26, citado por DUFFAU, op. cit., p. 88. El autor describe la existencia de tres criterios que han justificado injerencias en la intimidad personal: a) el criterio subjetivo, que depende de la calidad pública del sujeto ofendido; b) el criterio espacial, que reduce la intimidad a espacios como la vivienda y otros atribuidos exclusivamente al individuo (paradigmáticamente, la inviolabilidad del hogar, correspondencia y teléfono, y de aquellos espacios que siendo públicos se convierten en íntimos en ciertos momentos, p.ej. una habitación de hotel o una mesa de restaurante); c) el criterio objetivo, en que el carácter público o privado no depende de la persona o del lugar, sino de la conducta, siendo pública aquella que la persona realiza a favor o involucrando intereses ajenos y privado todo aquello que el individuo efectúa para satisfacer sus propias necesidades. Todos estos criterios presentan aciertos y defectos, por lo que la decisión correcta requerirá de una debida ponderación entre ellos, vid. *ibídem*, pp. 88 y ss., 138.



En el debate de la CENC, se prefirió el término “vida privada” en vez de “intimidad”, originalmente propuesto por Silva Bascuñán<sup>40</sup>, con el fin de no restringir la protección a la intimidad, entendida por Guzmán Errázuriz como “una zona más profunda y sensible que la privacidad. Es algo todavía más sutil y, por tanto, de menor alcance en su extensión”<sup>41</sup>, discutiéndose en definitiva entre el anglicismo “privacidad” y la noción de “vida privada”, término finalmente escogido para aludir a la protección de esta esfera personal excluida de injerencias externas<sup>42</sup>

En nuestra jurisprudencia, la Corte de Apelaciones (CA) de Santiago, en el caso *Luksic Craig con Martorell/ Editorial Planeta Chilena Sociedad Anónima*, declaró que “por vida privada se entiende aquella zona que el titular del derecho no quiere que sea conocida por terceros sin su consentimiento”<sup>43</sup>. La misma Corte, en el caso *Callejas Leiva con Echeverría Yáñez y otro*, a diferencia del criterio eminentemente subjetivo del fallo anterior, sostuvo que el derecho a la intimidad “en el sentido de que atañe a la propia naturaleza humana como tal y constitutivo de su propia esencia dada la necesidad ocasional de aislamiento del ser humano, resulta en la práctica sumamente relativo, tan relativo resulta que cada sistema jurídico resalta un aspecto u otro de la intimidad. Las costumbres relacionadas con el fenómeno difieren grandemente de una cultura a otra, de un sistema social a otro, de una situación a otra. En general, los cambios sociales de importancia implican modificaciones en los límites de la identidad y en los dominios de la intimidad”<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> Explicando la necesidad de su incorporación, Silva Bascuñán señaló que “la sociedad influye enormemente y determina en muchos aspectos al individuo, todo lo cual hace importante que este proceso de penetración de la sociedad sobre el hombre tenga un límite que le permita a éste formar, consolidar y desarrollar su propia personalidad. Y es en este sentido en que le atribuye trascendencia a la aprobación de este precepto, porque frente a una sociedad que de tal modo abrumba al hombre dentro de la riqueza de los medios que tiene para influir sobre él, es terriblemente dañino que la sociedad se masifique totalmente en un proceso en el cual los valores superiores no sean puestos de relieve” (Intervención de Silva Bascuñán, *Actas Oficiales Comisión Constituyente*, vol. 3, Garantías Constitucionales, sesión 129ª, celebrada el 12 de junio de 1975, p. 4, citada por ANGUIA RAMÍREZ, Pedro. *La protección de datos personales y el derecho a la vida privada. Régimen jurídico, jurisprudencia y derecho comparado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 125-126).

<sup>41</sup> Intervención de Jaime Guzmán Errázuriz, *Actas...* op. cit., p. 7, citada por ANGUIA, op. cit., p. 126.

<sup>42</sup> ANGUIA, op. cit., p. 125 y ss.; EVANS, op. cit., pp. 231-234.

<sup>43</sup> Sentencia de 31 de Mayo de 1993, considerando 7º.

<sup>44</sup> Sentencia citada por ANGUIA, op. cit., pp. 152-153

La CA de Santiago, ha entendido que la *intimidad corporal* forma parte del ámbito de protección del derecho a la vida privada. En el caso *Bohme Bascuñán con Clínica Alemana*, en que durante la práctica de un examen de rectoscopia, estando la persona cubierta con una sábana que impedía ver su rostro, ingresaron al lugar personas extrañas a la clínica, quienes comenzaron a filmarla, la Corte señaló que “conforme a los cánones de la cultura a la cual pertenecemos, ciertas partes del cuerpo humano, entre ella, aquella que fue objeto de la filmación, no deben ni pueden exhibirse a menos que la propia persona implicada lo autorice de modo expreso...” “el solo hecho de no haberse obtenido la debida autorización para que personal ajeno a las necesidades del examen que se ejecutaba, ingresara al recinto donde se practicaba y se haya filmado éste y la parte del cuerpo señalado, implica una acción ilícita, pues contraviene el derecho de toda persona a que se le respete y proteja su privacidad”<sup>45</sup>.

Por otro lado, es necesario precisar que la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, junto al resguardo constitucional de los documentos privados, constituyen **ámbitos específicos de protección del derecho a la vida privada** (que en el texto de la CENC estaban regulado conjuntamente<sup>46</sup>). El hogar sólo puede allanarse<sup>47</sup>, y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley. La regla general es que “los recintos privados, todas las comunicaciones y los documentos personales, familiares y de trabajo no pueden ser allanados, interceptados, abiertos, registrados o conocidos, salvo que algún texto legal lo autorice, para casos determinados y de excepción y con formalidades que eviten o impidan el abuso o la arbitrariedad”<sup>48</sup>. En

---

<sup>45</sup> Sentencia citada por ANGUIA, op. cit., pp. 154-155

<sup>46</sup> VERDUGO y otros, op. cit., pp. 254, 256.

<sup>47</sup> La inviolabilidad del hogar no se protege en razón del derecho de propiedad, sino que su justificación es el “respeto a la proyección de la persona sobre el lugar en que se desarrolla su actividad vital, lugar que puede ser de cualquier persona, que es cerrado y que sólo puede ser accedido por terceros a indicación de la persona que está realizando una actividad humana, íntima, como es no sólo habitar, morar o dormir en su interior, sino que desarrollar cualquier otro tipo de actividad, como por ejemplo, una oficina u otra que esté reservada a la actividad íntima de la persona” (Intervención de Alejandro Silva Bascuñán, *Actas...* op. cit., p. 2, citada por ANGUIA, op. cit., p. 124).

<sup>48</sup> EVANS, op. cit., pp. 221-222.

general, el fundamento de la realización de una investigación penal constituye una injerencia constitucionalmente admisible<sup>49</sup>.

En relación a los documentos privados, el comisionado Ovalle hizo presente su necesidad de protección, especialmente en relación a aquellos recintos físicos que no son estrictamente personales (p.ej. el lugar de trabajo), adoptándose en definitiva el término “documento”, en vez de “papeles” o “efectos”, en razón de incluir cualquier cosa que sirva para ilustrar o comprobar algo, comprendiendo incluso las grabaciones<sup>50</sup>.

## **2.2. El derecho a la vida privada en sentido positivo y la autodeterminación informativa o libertad informática**

Se ha sostenido que es insuficiente entender el derecho a la privacidad exclusivamente desde un punto de vista negativo, sin considerar además su dimensión positiva, como un *derecho de control sobre el flujo de informaciones relativas al individuo*.

De este modo, se entiende incorporado en el derecho a la vida privada el derecho a ejercer el dominio sobre los datos personales o derecho a controlar la información concerniente a uno mismo. En España, la STC 254/1993 expresamente ha señalado al respecto que el derecho a la intimidad “adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona”<sup>51</sup>.

La protección de datos personales, que emana de este sentido positivo del derecho a la vida privada, se fundamenta no sólo en él, sino también en la autodeterminación de la persona humana, lo que explica que también se conozca a este derecho como *autodeterminación informativa*<sup>52</sup>. La sentencia sobre el censo de la

---

<sup>49</sup> VERDUGO y otros, op. cit., pp. 255-257.

<sup>50</sup> EVANS, op. cit., pp. 248, 250-251.

<sup>51</sup> STC 254/1993 citada por CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 316. Vid. sobre el aspecto positivo del derecho a la vida privada, DUFFAU, op. cit., pp. 92 y ss.

<sup>52</sup> SÁNCHEZ DE DIEGO, Manuel (prólogo a la obra de ANGUIA), op. cit., p. 12. Sobre la discusión respecto a la derivación del derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática, a partir del derecho a la privacidad, o su configuración como un nuevo derecho fundamental autónomo, vid. DINTRANS, Constanza. *El tratamiento de datos personales en el proceso de persecución penal chileno*. Memoria de prueba,

población del BVerfG de 15 de diciembre de 1983, que consagró en Alemania el derecho a la autodeterminación informativa, declaró que el derecho al libre desarrollo de la personalidad comprende también “la capacidad de los individuos, que se deriva del concepto de autodeterminación, principalmente el derecho de decidir por sí mismos, cuándo y dentro de qué límites son públicos los asuntos de la vida personal”<sup>53</sup>. Para PÉREZ LUÑO la autodeterminación informativa consiste en “la libertad para determinar quién, qué y con qué ocasión pueden conocer informaciones que conciernen a cada sujeto”<sup>54</sup>.

En relación a este derecho, la principal amenaza en la sociedad informacional está constituida por el tratamiento automatizado de datos. Advierte el BVerfG en la citada sentencia sobre el censo, que el peligro consiste en que, a diferencia de otras épocas, “se puede consultar información individual sobre las relaciones personales y materiales de una persona determinada o determinable (...) que ha sido archivada en forma ilimitada desde el punto de vista técnico y que se puede revisar en segundos sin tener en cuenta las distancias. Además, pueden integrar, especialmente en el caso de la estructuración de sistemas de información integrados con otras bases de datos, en forma parcial o amplia, la imagen completa de la personalidad, sin que el implicado pueda controlar suficientemente su exactitud y empleo”<sup>55</sup>.

En el debate en la CENC, la intención de los comisionados fue brindar protección al derecho a la vida privada frente a los medios de comunicación social, en razón de la experiencia histórica reciente<sup>56</sup>. Sin embargo, hay referencias aisladas a la protección de este derecho frente a la amenaza de la recolección de datos:

“Al decir que esta materia no solamente tiene importancia desde el punto de vista de los medios de comunicación, quiere hacer referencia también al hecho de que a

---

profesor guía Alberto Cerda Silva. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal, Centro de Estudios en Derecho informático, 2007, pp. 13 y ss.

<sup>53</sup> Sentencia del BVerfG de 15 de diciembre de 1983, citada por SCHWABE, op.cit., p. 38.

<sup>54</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio. “Intimidad y protección de datos personales”; del habeas corpus al habeas data, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Madrid, Editorial Tecnos, 1992, p. 39, citado por DUFFAU, op. cit., p. 99.

<sup>55</sup> Sentencia del BVerfG de 15 de diciembre de 1983, citada por SCHWABE, op.cit., p. 38.

<sup>56</sup> ANGUIA, op. cit., p. 118.

él le ha impactado muchas veces el que en reparticiones o instituciones, ya sean del sector público o privado, se suelen exigir, por parte de la autoridad, datos o antecedentes o practicar investigaciones que violan la privacidad de las personas. Se realizan a veces encuestas en los colegios secundarios –o se han realizado en el pasado- o en las universidades o empresas o reparticiones públicas, en que se pregunta a las personas sobre temas que forman parte de lo que debe ser resguardado por la privacidad. Y piensa que incluso el hecho de que la Constitución consagre este principio puede dar pie para un posterior desarrollo de este tema y para interesantes repercusiones o conclusiones que de él puedan desprenderse”<sup>57-</sup>  
58

Además, la CENC destacó el rol de los tribunales en la tutela de este derecho, en relación a la precisión de su alcance, determinando el ámbito de lo que es privacidad “debido a la imposibilidad de agotar todas las concreciones y distintos ámbitos y esferas de protección de la vida privada”<sup>59</sup>.

En relación al derecho de protección de datos personales, se ha impugnado la facultad de órganos públicos de recoger, tratar y difundir datos de carácter personal de los ciudadanos, bajo la vigencia de la Ley N° 19.628. En el caso *Cáceres Arévalo con Dirección Regional del Servicio de Tesorería VIII Región (2002)*, la CA de Concepción se pronunció respecto a la impugnación de la transmisión de datos de morosidad de la recurrente a DICOM, circunstancia no autorizada por ley. La Corte acogió el recurso, sin embargo, señaló que el derecho afectado era la honra de las personas, bien jurídico protegido, según la sentencia, por la Ley N° 19.628<sup>60-61</sup>.

---

<sup>57</sup> Intervención de Jaime Guzmán Errázuriz, citada por EVANS, op cit., p. 226.

<sup>58</sup> “El alcance que debe darse a la privacidad es no sólo respecto de los medios de comunicación social, sino que debe ser mucho más general. Dice relación con los derechos de la autoridad administrativa, con los derechos de los establecimientos educacionales, con la forma de determinar las matrículas en las universidades y, en fin, con una serie de cosas que, a su juicio, en el pasado han tocado de alguna manera o en algún grado la privacidad a la cual tienen derecho las personas” “Mientras más millones de hombres existan en el mundo y más perfeccionados estén los medios con que se comunican unos con otros, mayor importancia tiene el asegurar, para la sanidad mental de las personas, el círculo sagrado de la privacidad” (Intervención de Sergio Diez Urzúa, *Actas... op. cit.*, p. 8-9, citada por ANGUIA, p. 135).

<sup>59</sup> ANGUIA, op. cit., p. 128. Vid. también, al respecto, EVANS, op.cit., pp. 215-216, 225-228, 232.

<sup>60</sup> ANGUIA, op. cit., p. 356.

<sup>61</sup> Haciendo referencia a fallos relativos a la protección de datos de carácter económico, comercial, financiero y bancario, ANGUIA ha señalado que la jurisprudencia en general ha considerado que estos

Desde otro punto de vista, la jurisprudencia se ha pronunciado respecto al derecho de un sujeto a la propia imagen y su vínculo con el derecho a la vida privada en su sentido positivo, es decir, “la facultad de control y por tanto el poder de impedir la divulgación, publicación, o exhibición de los rasgos que lo singularizan como sujeto individual, su imagen propiamente tal, su voz, y su nombre, protegiendo con esto el ámbito privado de la persona y su entorno familiar, el cual queda sustraído del conocimiento de terceros”<sup>62</sup>.

Los fallos se vinculan a fotografías tomadas a mujeres en traje de baño, sin su consentimiento, publicadas posteriormente en periódicos de circulación nacional. En el caso *Alvarado Solari con diario La Cuarta* (1989), la CA de Santiago desestimó el recurso, en consideración al lugar público en que acontecieron los hechos, lo que “está indicando que la presunta afectada no lo considera privado y sobre el particular su voluntad en este aspecto es decisoria. En consecuencia, no puede estimarse vulnerada la garantía constitucional (...) si se considera que la hija del recurrente se hallaba en un lugar público”<sup>63</sup>. Este criterio fue modificado por la misma Corte en el caso *Rischmaui contra COPESA* (1997), al señalar “que no es menos cierto que al haberse procedido a ello sin su consentimiento previo, se ha perturbado sin embargo el derecho que al ‘respeto y protección’ de su ‘vida privada y pública’ le asegura la Constitución. En efecto, el nombre y la imagen del individuo, como atributos de la personalidad, no han podido ser utilizados como en este caso sin el consentimiento previo y expreso de su titular, ni tampoco en provecho y beneficio exclusivos de un tercero no facultado por la ley para ello”, declarando además que “el hecho de que la fotografía se haya tomado en un lugar público no puede extenderse más allá del arbitrio de la recurrente en cuanto a ésa su precisa y limitada significación (...) no puede presumirse ni suponerse consentimiento alguno suyo para que mediante la divulgación pública y masiva de ese hecho o decisión discrecional y privado pueden afectarse sus demás derechos esenciales, como son, entre otros, su voluntad de

---

datos están excluidos del derecho a la vida privada, en razón de que tales datos se dan en relaciones sociales que no tienen el carácter de privadas, entendiéndose, en caso de acoger los recursos de protección, una vulneración a la honra, el prestigio y la reputación comercial del afectado o la libertad económica, *ibídem*, pp. 384 y ss., 473.

<sup>62</sup> ANGUIA, *op. cit.*, pp. 155-156.

<sup>63</sup> Sentencia citada por ANGUIA, *op. cit.*, p. 157.

permanecer transitoriamente en un lugar determinado sin el necesario conocimiento de otros, lo que resulta consustancial y de la esencia y naturaleza misma del derecho que a la protección de su vida privada le asegura la Carta Fundamental”<sup>64</sup>.

En el caso *Montiglio con diario Las Últimas Noticias* (2003), recurso rechazado por la CA de Santiago por extemporáneo, el voto de minoría del abogado Emilio Pfeffer Urquiaga afirma “que si bien es cierto la recurrente decidió libremente exponerse en un lugar de acceso restringido, lo hizo en circunstancias que hacen presumir que su ánimo no era exhibir su cuerpo a más personas que los que comparten sus propios principios sobre el nudismo y en consecuencia, no era su ánimo que fotografiada en estas condiciones- su imagen fuera retratada y expuesta en sucesivas publicaciones de medio masivo...”<sup>65</sup>.

### **3. Relevancia iusfundamental del control de identidad respecto del derecho a la vida privada**

Determinar si la realización de un control de identidad importa o no una injerencia en el derecho a la vida privada, requiere un análisis concreto de las medidas a realizar por los agentes policiales durante este procedimiento.

#### **3.1. El registro y la vida privada en sentido negativo**

El artículo 85 inc. 2º CPP faculta a la Policía a registrar las vestimentas, el equipaje o el vehículo de la persona cuya identidad es controlada. Este registro es también autorizado en el caso del detenido en el art. 89 CPP<sup>66</sup>.

En esta materia, es importante una distinción previa entre:

a) *Investigación corporal o examen corporal*: su finalidad es la investigación del cuerpo mismo del afectado, con el objeto de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado,

---

<sup>64</sup> Sentencia citada por ANGUITA, op. cit., pp. 160-161.

<sup>65</sup> Sentencia citada por ANGUITA, op. cit., p. 163.

<sup>66</sup> Respecto a la extensión e intensidad de estos registros, en relación a la finalidad de cada uno de ellos, véase *infra*.

comprendiendo también *intervenciones corporales*, tales como la extracción de sangre y la punción lumbar, que, en principio, constituyen una afectación del derecho a la integridad corporal<sup>67</sup>. Estas medidas se encuentran reguladas en el art. 197 CPP con el nombre de “*exámenes corporales*”, norma que exige que tales medidas sean necesarias para comprobar circunstancias relevantes para la investigación y que no se tema menoscabo a la salud o dignidad del afectado.

b) *Registro o inspección corporal*: en un sentido amplio, consiste en la búsqueda de objetos o señas en la ropa, superficie corporal o incluso en las cavidades u orificios corporales naturales que puedan ser examinadas sin la ayuda de medios especiales<sup>68</sup>.

Siguiendo el criterio de la STC 207/1996, el registro afectará el derecho a la vida privada si recae sobre partes íntimas del cuerpo o representa una injerencia en la privacidad del afectado<sup>69</sup>. En consecuencia, es necesario analizar el registro en relación a los ámbitos que son susceptibles de su realización, para determinar si representa o no una injerencia en el derecho a la vida privada. Este análisis no prejuzga el ámbito concreto de extensión del registro concomitante a la realización de un control de identidad, pues tiene por finalidad determinar la relevancia iusfundamental de la medida y no su ámbito de extensión, aspecto que será analizado en el Capítulo III.

#### **i) Registro de la superficie o las cavidades u orificios naturales del cuerpo**

Se relaciona con la intimidad corporal. El criterio de la STC 207/1996 en España fue que el ámbito constitucionalmente protegido no es coincidente con la totalidad del cuerpo humano, porque no es un concepto físico, sino cultural y en consecuencia, está determinado “por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que se operan o por los

---

<sup>67</sup> ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., pp. 290; CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 210.

<sup>68</sup> ROXIN, *Derecho procesal...* op. cit., pp. 290; CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 209-210

<sup>69</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, op. cit., p. 319; MARTÍN PASTOR, op. cit., p. 89 y ss.



instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona<sup>70</sup>.

Nuestra jurisprudencia, como se señaló, ha entendido a la intimidad corporal como elemento integrante del ámbito de protección del derecho a la vida privada (véase sentencia de la CA de Santiago, caso *Bohme Bascuñán con Clínica Alemana*, *supra*)

## ii) Registro de vestimentas

ii.1. *Cacheo*: se entiende por tal el mero palpamiento superficial de la ropa de un sujeto en búsqueda de armas. En principio, no representa injerencia en la privacidad. Sin embargo, si el palpamiento recae en zonas íntimas del cuerpo, no respetándose además un recto desarrollo de la diligencia, existirá afectación o perturbación de la intimidad corporal, y en consecuencia, injerencia en la privacidad, aunque de menor intensidad que la anterior.

ii.2. *Registro interior de la ropa*: Si el sujeto está vestido, y se realiza un registro dentro de su ropa en zonas íntimas del cuerpo, no respetándose un recto desarrollo del procedimiento (p.ej. en lugar privado y por persona del mismo sexo del afectado), existirá una injerencia en la intimidad corporal, y en consecuencia, en el derecho a la vida privada.

Pero, en todo caso, el interior de la ropa, así como también los bolsillos de todo tipo, constituyen un ámbito privado del individuo, no expuesto a intromisiones ni injerencias extrañas por parte de terceros. Como ámbito reservado, estrictamente personal y ajeno del conocimiento de los demás, constituyen zonas comprendidas en la privacidad del individuo<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> STC 207/1996, citada por MARTÍN PASTOR, op. cit., p. 92.

<sup>71</sup> “Un registro, como acto de investigación, por parte de los agentes del Estado, de la intensidad del analizado –bolsillos de un pantalón–, en estas condiciones, esto es sin señas relevantes que lo justifique, es inaceptable en un Estado de Derecho, pues atenta contra el derecho individual a la intimidad o privacidad (libertad en la esfera privada como un derecho de la personalidad) consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, razón por la que se abstendrá de valorar la prueba obtenida –fruto– de ella [...]” (Sentencia Juicio Simplificada, causa RIT 1066-2005, de 18 de octubre de 2005, dictada por don Fernando Guzmán Fuenzalida, Juez de Garantía de Santiago, citada por ROMERO MUZA, op .cit., pp. 104-105.)

### iii) Registro del equipaje y vehículo

Respecto del equipaje, el registro constituye una intromisión en un ámbito propio y reservado del individuo, que corresponde al medio en el cual el sujeto guarda efectos privados. Es una manifestación de una esfera estrictamente personal, y por tanto, su registro constituye una injerencia en la vida privada.

Respecto del vehículo, sólo constituye injerencia en la privacidad del afectado el registro de aquellas zonas que constituyan razonablemente ámbitos estrictamente personales, ajenos del conocimiento de los demás e injerencias externas, como por ejemplo, el maletero.

Como señaló la CS de EE.UU. en *Katz v. United States* (1967)<sup>72</sup>, la Cuarta Enmienda protege la *expectativa razonable de privacidad de una persona*, más que cosas en si misma consideradas, de propiedad del sujeto invadido. De acuerdo a la decisión *Katz* el estándar de la expectativa razonable de privacidad tiene un componente subjetivo y uno objetivo: a) el individuo debe haber exhibido una real (subjetiva) expectativa de privacidad; b) el individuo debe probar que la expectativa de privacidad exhibida es una que la sociedad pueda reconocer como razonable, legítima o justificable (elemento objetivo). Este criterio de razonabilidad es el que determina en estos casos el ámbito de protección, pues, por ejemplo, sería razonable esperar privacidad respecto a los objetos guardados en el maletero, pero no respecto a los objetos que se encuentran a plena vista en el asiento trasero del automóvil.

El fundamento de protección, tanto en el caso del equipaje, como de ciertas zonas del vehículo, es análogo a la protección constitucional a los documentos privados en el art. 19 núm. 5 CPR. Como se señaló, la inclusión de los documentos privados al texto constitucional se debió a la necesidad de proteger ámbitos exclusivamente personales en zonas o recintos no estrictamente privados.

---

<sup>72</sup> *Katz v. United States* 389 U.S. 347, 350 (1967).

En consecuencia, la realización del registro concomitante al procedimiento identificativo, puede importar una injerencia en el derecho a la vida privada entendido en su sentido negativo, como un ámbito privado ajeno a intromisiones externas.

### **3.2. El requerimiento de identificación y la autodeterminación informativa**

Desde otro punto de vista, el acto por el cual el agente de policía solicita a un sujeto que entregue su identificación, constituye en sí mismo una medida constitucionalmente relevante del derecho a la vida privada, en su aspecto positivo, en el sentido de control sobre los datos personales o derecho a la *autodeterminación informativa*, cuyo fundamento se extiende también a la autodeterminación individual y al libre desarrollo de la personalidad.

En palabras de CASAL HERNÁNDEZ, “la identidad es la «puerta de entrada» de la intimidad, por la cual pueden penetrar las injerencias del poder, y el requerimiento de identificación incide en una de las manifestaciones de la facultad de control sobre los datos personales, el control de su captación”, en razón de que por causa de tal requerimiento “el afectado se ve obligado a salir del anonimato y a suministrar ciertos datos personales”<sup>73</sup>.

La relevancia del requerimiento de identificación en relación a la protección de datos personales, respecto de su recolección, archivo, tratamiento y retransmisión, es consecuencia manifiesta de la regulación de la actividad policial en el CPP. Al respecto, en cuanto al deber de información de la policía, ella “tiene la obligación de informar inmediatamente y por el medio más expedito al ministerio público sobre las actuaciones que realice, cuyos registros deberán estar siempre a disposición de aquél”<sup>74</sup>. Se refieren a esta situación las siguientes disposiciones:

Art. 228 inc. 1º CPP.- Registro de las actuaciones policiales. La policía levantará un registro, en el que dejará constancia inmediata de las diligencias practicadas, con expresión del día, hora y lugar en que se hubieren realizado y de cualquier

---

<sup>73</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 315-316.

<sup>74</sup> HORIVTZ y LÓPEZ, op. cit., p. 501.

circunstancia que pudiere resultar de utilidad para la investigación. Se dejará constancia en el registro de las instrucciones recibidas del fiscal y del juez.

Art. 88 CPP.- Solicitud de registros de actuaciones. El ministerio público podrá requerir en cualquier momento los registros de las actuaciones de la policía.

Art. 84 CPP.- Información al ministerio público. Recibida una denuncia, la policía informará inmediatamente y por el medio más expedito al ministerio público. Sin perjuicio de ello, procederá, cuando correspondiere, a realizar las actuaciones previstas en el artículo precedente<sup>75</sup>, respecto de las cuales se aplicará, asimismo, la obligación de información inmediata.

Al respecto, el BVerfG en su sentencia sobre el censo señaló que “la autodeterminación individual presupone –aun bajo las condiciones de la moderna tecnología para el procesamiento de la información- que a los individuos se les dé la libertad para decidir sobre actividades que se están llevando a cabo o que se han concluido, incluyendo la posibilidad de comportarse efectivamente de conformidad con esa decisión (...) Quien no está seguro si los comportamientos que estén por fuera de lo común son anotados a todo momento y archivados como información, o empleados o retransmitidos, intentará no caer en ese tipo de comportamientos. Quien crea que, por ejemplo, la participación en una asamblea o una iniciativa ciudadana será registrada por las autoridades y que por esto se le pueda generar algún riesgo, posiblemente renunciará al ejercicio de su derecho fundamental”<sup>76</sup>. En conclusión, para el BVerfG “el libre desarrollo de la personalidad presupone en las modernas condiciones para el procesamiento de datos, la protección de los individuos frente a la ilimitada recolección, archivo, empleo y retransmisión de sus datos personales”<sup>77</sup>.

En relación a los datos obtenidos en un control de identidad, el art. 92 CPP dispone que los funcionarios policiales no pueden informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de detenidos, imputados, víctimas, testigos,

---

<sup>75</sup> La norma hace referencia al art. 83 CPP, que regula ciertas actuaciones de la policía sin orden previa, entre las cuales se encuentra la identificación de testigos (letra d).

<sup>76</sup> Sentencia del BVerfG de 15 de diciembre de 1983, citada por SCHWABE, op.cit., pp. 38-39.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 39.

ni de otras personas que se encuentren o puedan resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible. Asimismo, el art. 182 CPP establece que las actuaciones de investigación realizadas por el ministerio público y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento, y que el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar y obtener copias, a su cargo, de los registros y documentos de la investigación fiscal y podrán examinar los de la investigación policial. Entendemos que los datos obtenidos en un control de identidad de un imputado, no son susceptibles de ser mantenidas en secreto por orden del fiscal, por ser una actuación en que aquél intervino. Pero el fiscal puede disponer el secreto respecto a los datos registrados en el control de identidad del sujeto no imputado. En todo caso, los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieren conocimiento de las actuaciones de la investigación, estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas.

Tal como señaló el BVerfG en su sentencia de 7 de marzo de 1995, si el requerimiento de identificación importa una injerencia en el derecho a la autodeterminación informativa, se exige al legislador que dicha afectación sea *por medio de una ley*, que deba “servir a la protección de intereses generales preponderantes” y “determine con suficiente claridad las condiciones y el alcance de la restricción y que respete el principio de proporcionalidad”<sup>78-79</sup>.

### **3.2.1. La Ley Nº 20. 253 y la creación de un banco de datos de las policías para efectos del control de identidad**

La relevancia del requerimiento de información en relación al derecho a la autodeterminación informativa, se manifiesta claramente en la Ley Nº 20.253. Dicha ley, estableció en su art. 3º permanente, la creación de un **banco de datos de las policías**, en los siguientes términos:

Art- 3º (permanente).- Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile deberán mantener un banco de datos unificado y actualizado de personas respecto

---

<sup>78</sup> Sentencia de 7 de Marzo de 1995, citada por CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 314.

<sup>79</sup> Vid. *infra*, Capítulo II, Sección Tercera.

de las cuales exista orden de detención pendiente. Dicho registro o banco de datos será de uso exclusivo de las policías para efecto de lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal, y sus datos sólo serán comunicados al Ministerio Público y a los tribunales, en el marco de una investigación o proceso judicial.

Los datos contenidos en el registro o banco estarán exentos de la obligación a que se refiere el artículo 22 de la Ley N° 19.628, y podrán contener como antecedentes fotografías, huellas dactilares o características físicas de las personas cuya detención se encuentra pendiente

Una vez ejecutada la detención de las personas, sus datos serán inmediatamente eliminados del registro. Lo mismo ocurrirá respecto de personas con órdenes de detención pendientes por delitos cuya acción penal haya sido declarada prescrita.

Toda persona podrá solicitar a las policías certificado de dicho registro, el cual contendrá todos los antecedentes que constaren respecto al solicitante

Un reglamento del ministerio del cual dependan las policías regulará la administración y funcionamiento de este banco de datos

Como señala la disposición, este banco de datos es de uso exclusivo de las policías para la realización de un control de identidad, en lo referente al cotejo entre la información obtenida y la base de datos de órdenes de detención pendiente<sup>80</sup>.

El tratamiento de datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o particulares está regulado por la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada y protección de datos de carácter personal, vigente desde el año 1999<sup>81</sup>. En su art. 2° letra f), dicha ley entiende como “datos de carácter personal” los

---

<sup>80</sup> El proyecto del Ejecutivo incluía originalmente en la base de datos las órdenes de detención ya ejecutadas, y por tanto, incluía el registro de las personas que ya habían sido detenidas, circunstancia eliminada del texto definitivo en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, vid. al respecto PIEDRABUENA, op. cit., p. 35 y ss.

<sup>81</sup> Según PIEDRABUENA, op. cit., pp. 40-41, la Ley N° 19.628 no es aplicable al banco de datos creado por la Ley 20.253, “dado que explícitamente se excluye su aplicación”, rigiéndose, según el autor, exclusivamente por la Ley 20.253 y por el reglamento mencionado en el inciso final del art. 3° permanente. No estamos de acuerdo con esta opinión, pues la Ley 19.628 tiene aplicación general en la protección de datos de carácter personal, y la pretendida exclusión explícita de su aplicación, no es tal, pues la ley sólo señala que “los datos contenidos en el registro o banco estarán exentos de la obligación a que se refiere el artículo 22 de la Ley N° 19.628”, que se refiere exclusivamente a la publicidad de la base de datos mediante un registro público llevado por el Servicio de Registro Civil e Identificación, de los bancos de datos personales a cargo de organismos públicos.

relativos a cualquier información concerniente a personas naturales identificadas o identificables, siendo “datos sensibles” los definidos en el art. 2º letra g) como aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

El “tratamiento de datos” es definido en su art. 2º letra o) como cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma. Por “registro o banco de datos”, el art. 2º letra m) entiende el conjunto organizado de datos de carácter personal, sea automatizado o no y cualquiera sea la forma o modalidad de su creación u organización, que permita relacionar los datos entre sí, así como realizar todo tipo de tratamiento de datos. Por “responsable del registro o banco de datos” la ley entiende a la persona natural o jurídica o al respectivo órgano público a quien compete las decisiones relacionadas con el tratamiento de datos de carácter personal.

Dispone el art. 10 de la Ley N° 19.628, que los datos sensibles no pueden ser objeto de tratamiento, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares. En el caso del tratamiento de datos personales por parte de un organismo público, el art. 20 de la Ley N° 19.628 establece que sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular.

En cuanto a los principios que informan el sistema de protección de datos, aplicables a la disposición en comento, podemos señalar lo siguiente<sup>82</sup>:

---

<sup>82</sup> Respecto a estos principios, vid. ANGUIA, op. cit., pp. 298 y ss.

a) Principio de calidad de los datos

a.1.) Los datos personales tanto en su recogida como en su tratamiento deben ser exactos, actualizados y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos (art. 9 inc. 2º de la Ley Nº 19.628). Por su parte, el art. 3º permanente de la Ley Nº 20.253 establece que el banco de datos deberá ser unificado y actualizado

a.2.) Principio de finalidad: Señala el art. 9º inc. 2º Ley Nº 19.629 que los datos personales sólo deben utilizarse para los fines para los cuales se recolectaron, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público<sup>83</sup>. En relación a la Ley Nº 20.253, el art.3º permanente establece en su inc. 1º que dicho registro o banco de datos será de uso exclusivo de las policías *para efecto de lo dispuesto en el art. 85 CPP*.

a.3.) Los datos personales deben ser eliminados o cancelados en los casos en que su almacenamiento carezca de fundamento legal o hayan caducado (según el art. 2º letra d, dato caduco es el que ha perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia o, si no hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que consigna).

En relación al art. 3º permanente de la Ley Nº 20.253, su inc. 3º dispone que una vez ejecutada la detención de las personas, sus datos serán inmediatamente eliminados del registro. Lo mismo ocurrirá respecto de personas con órdenes de detención pendientes por delitos cuya acción penal haya sido declarada prescrita<sup>84</sup>.

b) Consentimiento por escrito del titular de los datos para incluirlos en una base de datos (art. 4º Ley Nº 19.628). Entendemos que los casos contemplados por la ley procesal penal o por el artículo 3º permanente de la Ley Nº 20.253 constituyen casos de excepción a la exigencia de consentimiento en el tratamiento de datos personales

---

<sup>83</sup> Registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes (art. 2º letra i Ley 19.628)

<sup>84</sup> Según PIEDRABUENA, op. cit., p. 41, se exige la declaración judicial de la prescripción de la acción penal. Por otro lado, el art. 6 Ley 19.628 dispone que el responsable del banco de datos personales procederá a la eliminación, modificación o bloqueo de los datos, en su caso, sin necesidad de requerimiento del titular.



autorizados por otras leyes (art. 4º inc. 1º Ley N° 19.628), y por corresponder al tratamiento de datos personales realizado por organismos públicos en materias de su competencia, que tampoco requiere consentimiento del titular (art. 20 Ley N° 19.628).

c) Datos sensibles: El art. 10 Ley N° 19.628 dispone que no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares. Estimamos que si las facultades de la policía en relación al control de identidad afectan datos sensibles, corresponde a la primera excepción señalada.

d) Comunicación o transmisión de datos: es dar a conocer de cualquier forma los datos de carácter personal a personas distintas del titular, sean determinadas o indeterminadas (art. 2º letra c) de la Ley N° 19.628). Según el art. 5º Ley N° 19.628, el responsable del banco de datos personales podrá establecer un procedimiento automatizado de transmisión, siempre que se cautelen los derechos de los titulares y la transmisión guarde relación con las tareas y finalidades de los organismos participantes. El receptor sólo puede utilizar los datos personales para los fines que motivaron la transmisión.

El art. 21 Ley N° 19.628 establece que los organismos públicos que sometan a tratamiento datos personales relativos a condenas por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias, no podrán comunicarlos una vez prescrita la acción penal o administrativa, o cumplida o prescrita la sanción o la pena. Se exceptúan los casos en que esa información les sea solicitada por los tribunales de Justicia u otros organismos públicos dentro del ámbito de su competencia, quienes deberán guardar respecto de ella la debida reserva o secreto y, en todo caso, les será aplicable lo dispuesto en los artículos 5º, 7º, 11 y 18 de dicha ley.

El art. 3º permanente de la Ley N° 20.253 dispone respecto del registro de órdenes de detención pendientes, que sus datos sólo serán comunicados al Ministerio Público y a los tribunales, en el marco de una investigación o proceso judicial.

Asimismo, el art. 7° Ley N° 19.628 dispone que las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, están obligadas a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público, como asimismo sobre los demás datos y antecedentes relacionados con el banco de datos, obligación que no cesa por haber terminado sus actividades en ese campo.

e) Derechos de los titulares de datos personales (persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal, art. 2° letra ñ de la Ley N° 19.628).

e.1.) Derecho de acceso, modificación<sup>85</sup>, eliminación o cancelación<sup>86</sup>, bloqueo<sup>87</sup> y derecho a conocer la comunicación de datos. Señala el art. 12 Ley N° 19.628, que toda persona tiene derecho a exigir a quien sea responsable de un banco de datos, información sobre los datos relativos a su persona, su procedencia y destinatario, el propósito del almacenamiento y la individualización de las personas u organismos a los cuales sus datos son transmitidos regularmente. En caso de que los datos sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos, y así se acredite, tendrá derecho a que se modifiquen. Sin perjuicio de las excepciones legales, podrá exigir que se eliminen en caso de que su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando estuvieren caducos. Igual exigencia de eliminación, o la de bloqueo de los datos, en su caso, podrá hacer cuando haya proporcionado voluntariamente sus datos personales o ellos se usen para comunicaciones comerciales y no desee continuar figurando en el registro respectivo, sea de modo definitivo o temporal. Según el art. 6° Ley N° 19.628, procederá el bloqueo también de los datos personales cuya exactitud no pueda ser establecida o cuya vigencia sea dudosa y respecto de los cuales no corresponda la cancelación.

En los casos anteriores, la información, modificación o eliminación de los datos será absolutamente gratuita, debiendo proporcionarse a solicitud del titular, copia del registro alterado en la parte pertinente. Si se efectuasen nuevas modificaciones o

---

<sup>85</sup> Cambio en el contenido de datos almacenados (art. 2° letra j Ley 19.628).

<sup>86</sup> Destrucción de los datos almacenados (art. 2° letra h Ley 19.628).

<sup>87</sup> Suspensión temporal de cualquier operación de tratamiento de datos almacenados (art. 2 letra b Ley 19.628).

eliminaciones de datos, el titular podrá obtener sin costo copia del registro actualizado, siempre que haya transcurrido a lo menos seis meses desde la precedente oportunidad en que hizo uso de este derecho. El derecho a obtener copia gratuita sólo podrá ejercerse personalmente.

Si los datos personales cancelados o modificados hubieren sido comunicados previamente a personas determinadas o determinables, el responsable del banco de datos deberá avisarles a la brevedad posible la operación efectuada. Si no fuese posible determinar las personas a quienes se les hayan comunicado, pondrá un aviso que pueda ser de general conocimiento para quienes usen la información del banco de datos.

El derecho de las personas a la información, modificación, cancelación o bloqueo de sus datos personales no puede ser limitado por medio de ningún acto o convención (art. 13 Ley N° 19.628)

Si los datos personales están en un banco de datos al cual tienen acceso diversos organismos, el titular puede requerir información a cualquiera de ellos (art. 14 Ley N° 19.628)

Sin embargo, el art. 15 Ley N° 19.628, señala que no obstante lo anterior, no podrá solicitarse información, modificación, cancelación o bloqueo de datos personales cuando ello impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones fiscalizadoras del organismo público requerido, o afecte la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias, la seguridad de la Nación o el interés nacional. Tampoco podrá pedirse la modificación, cancelación o bloqueo de datos personales almacenados por mandato legal, fuera de los casos contemplados en la ley respectiva.

La Ley N° 19.628 establece en su art. 16 un procedimiento de reclamación ante la negativa u omisión del responsable del registro ante la solicitud del titular de los datos.

El art. 3° permanente Ley N° 20.253, establece en su inc. 4° que toda persona podrá solicitar a las policías certificado de dicho registro, el cual contendrá todos los

antecedentes que constaren respecto al solicitante. Según PIEDRABUENA «no puede haber menor duda que la petición de certificado sólo puede referirse al “solicitante” que tiene un interés personal por saber si tiene orden de detención pendiente y no en general a cualquier interesado que pudiere intentar desvirtuar o frustrar las órdenes de detención pendientes”. Agrega que “los solicitantes que requieren certificado de las policías tendrán que preocuparse porque si las órdenes están efectivamente pendientes respecto de ellos, la policía tendrá que cumplirlas en el acto deteniendo al interesado”<sup>88</sup>.

e.2.) Derecho a indemnización por los daños patrimoniales y morales sufridos a consecuencia de un tratamiento indebido de sus datos personales (art. 23 Ley N° 19.628)

f) Publicidad de la base de datos: El art. 22 Ley N° 19.628 dispone que el Servicio de Registro Civil e Identificación llevará un registro público de los bancos de datos personales a cargo de organismos públicos. Sin embargo, en relación a la base de datos creada por la Ley N° 20.253, el art. 3° inciso 2° dispone que los datos contenidos en ese registro estarán exentos de la obligación a que se refiere el art. 22 de la Ley N° 19.628.

#### **IV. Principios aplicables al control de identidad en razón de su relevancia iusfundamental**

##### **1. Principio de legalidad o reserva legal**

El principio de legalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales se consagra a nivel constitucional, legal y en los tratados internacionales vigentes en Chile. Desde el punto de vista del derecho a la libertad personal, se reconoce en el art. 19 n° 7 letra b) CPR, que dispone que “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. Desde el punto de vista del derecho a la vida privada, se consagra en el artículo 19 n° 5 CPR, en la protección de la inviolabilidad del hogar, de toda forma de

---

<sup>88</sup> PIEDRABUENA, op. cit., p. 39.

comunicación privada y de los papeles privados. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.

El principio de legalidad se consagra a nivel internacional, en la CADH en sus arts. 7.2 (derecho a la libertad personal), 11.2 (derecho a la honra), 13.4 (libertad de pensamiento y expresión), 15 (derecho de reunión), 16 (libertad de asociación), 22.3, 4 y 6 (derecho de circulación y de residencia). En el PIDCP se expresa en los arts. 9.1 (derecho a la libertad y a la seguridad personales), 12.3 (derecho de circulación y residencia), 17 (derecho a la vida privada y a la honra), 19.3 (libertad de expresión) y 22.2 (libertad de asociación).

A nivel legal, el principio de legalidad está reconocido en el art. 5 CPP, respecto de toda medida privativa o restrictiva de libertad:

Art. 5º.- Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad. No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes.

Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.

En razón del principio de reserva legal, todo supuesto que establezca una restricción o privación de estos derechos fundamentales debe estar consagrado en una ley, la que debe cumplir con el mandato de determinación derivado del principio de legalidad. Ello significa que la ley no puede configurar limitaciones al derecho que por su indeterminación generen incertidumbre sobre su modo de aplicación efectiva<sup>89</sup>. Asimismo, la afectación al derecho fundamental deberá realizarse en la forma señalada en la Constitución y las leyes, esto es, observando sus garantías procedimentales previas, concomitantes y posteriores a la limitación del derecho.

---

<sup>89</sup> STC 341/1993 citada por CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 269.

## **2. Principio de reserva judicial**

A nivel constitucional, el art. 83 inc. 3º CPR dispone que “El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa...”.

A nivel legal, el art. 9º CPP denominado “autorización judicial previa”, señala que “toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.

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

El control de identidad, en relación al derecho a la vida privada, constituye un caso excepcional que permite la afectación de ese derecho sin necesidad de orden judicial previa, siempre que se realice en los casos y según la forma establecida en la Constitución y las leyes.

En relación al derecho a la libertad personal, se ha discutido la plena vigencia del principio de reserva judicial en nuestro Derecho. En efecto, aunque el art. 122 inc. 2º CPP dispone que “estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada”, la competencia para ordenar la detención es establecida tanto a nivel constitucional (art. 19 nº7 letra c) CPR) como legal (art. 125 CPP), también a funcionarios públicos distintos del juez facultados expresamente por ley, p. ej. el art. 13 de la Ley Nº 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, faculta al Ministerio del Interior, los Intendentes Regionales, Gobernadores Provinciales y los Comandantes de Guarnición para despachar órdenes de detención contra los

presuntos responsables de delito terrorista cuando la orden judicial pudiere frustrar el éxito de la diligencia<sup>90-\*\*</sup>.

En nuestra opinión, la reserva judicial tiene plena vigencia tratándose de privaciones de libertad. Si bien no se consagra expresamente, existiría un reconocimiento implícito en la regulación del art. 19 n° 7 letra c) CPR. Una interpretación teleológica, en razón del fin de protección de la norma, y no circunscrita a las figuras expresamente reguladas, hace extensible la puesta a disposición judicial a toda privación de libertad ordenada por la autoridad administrativa. Asimismo, el art. 21 CPR regula el denominado recurso de amparo, que permite a todo individuo detenido, arrestado o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, y a toda persona que ilegalmente sufra cualquier otra privación, perturbación o amenaza de su derecho a la libertad personal y seguridad individual, reclamar por sí, o por cualquiera a su nombre, la intervención de la Corte de Apelaciones, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Asimismo, el art. 95 CPP que regula el denominado “amparo ante el juez de garantía”, dispone que toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes.

La reserva judicial exige que sea un juez quien decida la admisibilidad y continuación de una privación de libertad. Toda privación de libertad debe basarse, en principio, en una decisión judicial, además, es el juez quien debe examinar el cumplimiento de sus presupuestos al momento de tomar su decisión, y por tanto, su labor excede la mera ratificación de privaciones de libertad ordenadas por autoridades administrativas<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I., pp. 350-352, 370-371.

<sup>\*\*</sup> Artículo 13 derogado por la Ley 19.806 de 2002.

<sup>91</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 277.

Sin embargo, la reserva judicial no se opone a la licitud de privaciones de libertad ordenadas por autoridades administrativas, pues ellas tienen un carácter urgente, excepcional y provisionalísimo, y están vinculadas a circunstancias especiales. Ello resulta manifiesto en la regulación de la detención y el arresto en el art. 19 nº 7 letra c) CPR, como medida introductoria y provisional, que no puede prolongarse más allá de un plazo máximo.

En relación al control de identidad, estimamos que en caso de constituir una privación de libertad, al ser una medida privativa de libertad con un plazo especial de menor duración (máximo ocho horas), es incompatible con la puesta a disposición judicial obligatoria que establece la Constitución y las leyes (art. 131 CPP), pues dicha gestión demandaría más tiempo que el plazo máximo establecido para la duración del control de identidad. Ello no significa que el controlado de identidad no pueda reclamar la ilegalidad del procedimiento a través de una acción de amparo, o en caso de detención sobreviniente, impugnar la legalidad del procedimiento en la audiencia de control de la detención.

### **3. Justificación teleológica y principio de proporcionalidad**

La admisibilidad constitucional de una ley que regule un supuesto limitativo de derechos fundamentales, no se satisface exclusivamente en la garantía formal de reserva legal. En primer lugar, la medida debe tener por finalidad la protección de derechos o bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos. En segundo lugar, la medida debe respetar el principio de proporcionalidad<sup>92-93</sup>.

---

<sup>92</sup> La STC 341/1993 en España señaló, a propósito de las diligencias policiales de identificación, que si la CE “remite a la ley la determinación de los casos en los que se podrá disponer una privación de libertad (...) en modo alguno supone que quede el legislador apoderado para establecer, libre de todo vínculo, cualesquiera supuestos de detención, arresto o medidas análogas. La ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos, (...) y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad” (citada por GARCÍA MORILLO, op. cit., p. 99)

<sup>93</sup> Para GONZÁLEZ-CUELLAR, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid, Editorial COLEX, 1990, p. 69, el principio de legalidad y el principio de justificación teleológica constituyen respectivamente un presupuesto formal y otro material del principio de proporcionalidad.



El *principio de justificación teleológica* de las medidas limitativas de derechos fundamentales constituye un presupuesto material del principio de proporcionalidad, porque “introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de derechos de los ciudadanos los valores que trata de salvaguardar la actuación de los poderes públicos y que precisan gozar de fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos. El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de estos derechos tienda a la consecución de fines legítimos”<sup>94</sup>.

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

Desde un punto de vista preventivo policial, la protección de la seguridad ciudadana constituye otra finalidad de la actividad policial, entendiendo por tal “aquel estado en el cual los ciudadanos gozan de una situación de tranquilidad y estabilidad tal que les permite ejercitar de forma libre y responsable los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente”<sup>95</sup>. La protección de la seguridad ciudadana es parte de la “seguridad pública” entendida como “la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas”<sup>96</sup>. Esta actividad estatal constituye una finalidad constitucionalmente consagrada en el art. 101 inc. 2° CPR, en relación a la misión de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR, op. cit., p. 69.

<sup>95</sup> JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., pp. 19-20.

<sup>96</sup> STC 33/1982, citada por JIMÉNEZ DÍAZ, op. cit., p. 15.

<sup>97</sup> Art. 101 inc. 2° CPR.- Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Dependen del Ministerio encargado de la Seguridad Pública.

Sin embargo, en relación a la tensión existente entre la protección de derechos fundamentales y la protección de la seguridad ciudadana, es necesario precisar, tal como lo señaló en España el Consejo General del Poder Judicial a propósito del anteproyecto de la LOPSC, que equiparaba en “un binomio inseparable” la libertad personal y la seguridad ciudadana, que “en efecto, el art. 17.1 equipara la libertad y seguridad; pero la seguridad de que habla no es la seguridad material colectiva o ciudadana, sino la seguridad como garantía de la libertad personal. Por ello, la seguridad ciudadana no puede limitar la libertad individual del mismo modo en que un derecho fundamental limita a otro, porque, repetimos, no es un derecho fundamental. Nada más lejos del ánimo de este Consejo que minusvalorar la importancia de la seguridad material colectiva: sin ella, las libertades son como ruedas que giran en el vacío; más ello no empece a que, normativamente hablando, carezca de la fuerza de los derechos fundamentales, por mucho que sea un legítimo interés constitucional, que ha de ser tenido en cuenta a la hora de configurarla. Las consideraciones que siguen bascularán sobre el binomio libertad-seguridad partiendo de la prevalencia de la libertad, que es la base de todo orden constitucional democrático”<sup>98</sup>.

Es por esta razón que una finalidad de protección constitucionalmente legítima no es suficiente. Es necesario además que la medida respete las exigencias del **principio de proporcionalidad**, que en sentido amplio o *prohibición de exceso*, sólo admite aquella injerencia en el derecho fundamental que sea adecuada y necesaria para obtener la finalidad constitucionalmente legítima perseguida por el legislador, siempre que tal injerencia se encuentre en una razonable relación con la finalidad perseguida. En consecuencia, el principio de proporcionalidad está conformado por tres subprincipios<sup>99</sup>:

- a) Principio de adecuación o idoneidad de la medida para lograr el fin buscado.
- b) Principio de necesidad de la medida, intervención mínima o alternativa menos gravosa, que importa la comparación de las medidas idóneas para lograr el fin

---

<sup>98</sup> CASAL HERNÁNDEZ, op. cit., p. 268; HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., pp. 235-236.

<sup>99</sup> HOYOS SANCHO, *La detención...*, op. cit., pp. 65 y ss; GONZÁLEZ-CUELLAR, op. cit., pp. 153-154; HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I., pp. 459-460..

perseguido, y la elección de aquella menos lesiva del derecho en cuestión. También se conoce como principio de subsidiariedad<sup>100</sup>.

c) Proporcionalidad en sentido estricto, o sea, la existencia de una relación razonable entre el sacrificio y el interés que se intenta salvaguardar, efectuando una cuidadosa ponderación de intereses en conflicto en el caso concreto, de modo tal que el derecho no sea limitado más allá de lo razonable.

El principio de proporcionalidad no se consagra expresamente en nuestro Derecho, pero si tiene reconocimiento implícito en las normas relativas a las medidas cautelares personales. Por ejemplo, el art. 122 inc. 1º CPP dispone que “las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación”. El art. 139 inc. 2º CPP señala que “la prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad”. El art. 141 letra a) CPP, respecto a la improcedencia de la prisión preventiva, dispone que no se podrá ordenar la prisión preventiva cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos. Asimismo, el art. 124 CPP prescribe que cuando la imputación se refiriere a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación, sin perjuicio de que ello no tendrá lugar en los casos a que se refiere el inciso cuarto del artículo 134 o cuando procediere el arresto por falta de comparecencia, la detención o la prisión preventiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33.

Sin perjuicio de que las normas aludidas se refieren a medidas cautelares personales, para HORVITZ, “es evidente que, tratándose de medidas restrictivas de derechos de la misma naturaleza que las cautelares personales, deben aplicarse los mismos principio y limitaciones (...) la medida ha de ser idónea para el fin perseguido y no existir otro medio menos aflictivo para la obtención del mismo (principios de

---

<sup>100</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I., p. 459.

idoneidad y necesidad). La ponderación de los intereses en conflicto debe efectuarse por el juez en la decisión motivada que resuelva la solicitud respectiva (principio de proporcionalidad en sentido estricto)”<sup>101</sup>.

Desde otro punto de vista, ALEXY ha señalado que la propia estructura de las normas de derecho fundamental hace necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad<sup>102</sup>. La norma de derecho fundamental, en su carácter de *principio*, tiene la estructura de un mandato de optimización<sup>103</sup>, y en consecuencia, exige la aplicación del principio de proporcionalidad<sup>104</sup>. Por esta razón, el principio de

---

<sup>101</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I., p. 461.

<sup>102</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 81 y ss..

<sup>103</sup> La distinción entre *reglas* y *principios*, constituye para ALEXY, “uno de los pilares fundamentales de la teoría de los derechos fundamentales” (ibídem, p. 82). Tanto reglas como principios constituyen normas, en razón de su contenido deontológico; la diferencia entre estos dos tipos de normas es cualitativa: “los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”. “En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible” (ibídem, pp. 86-87). La diferencia se manifiesta en los casos en que aplicada una norma –regla o principio– el resultado sea incompatible con la aplicación de otra. Si es un caso de *conflicto de reglas*, se resuelve introduciendo en ella una cláusula de excepción, o declarándola inválida. Si es una *colisión de principios*, uno de ellos debe preceder al otro, primando el principio de mayor peso en el caso concreto. La solución consiste en establecer entre los principios una *relación de precedencia condicionada*, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. El problema es resolver bajo qué condiciones un principio tiene precedencia y el otro debe ceder. Dichas condiciones de precedencia tienen por tanto un doble papel: por un lado constituye una condición de una relación de precedencia, y por otro, es un presupuesto de hecho de una norma, pues, de un enunciado de preferencia sobre una relación de precedencia condicionada se sigue una *regla que prescribe la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia cuando se dan dichas condiciones*. Esto es denominado por ALEXY la “ley de colisión”. Los resultados de una ponderación correcta constituyen una regla adscripta de derecho fundamental bajo la cual puede ser subsumido el caso, y en consecuencia, aún cuando todas las disposiciones de derecho fundamental directamente dictadas tuviesen el carácter de principio, existen en las normas de derecho fundamental algunas que son reglas y otras que son principios, vid. ibídem, pp. 87 y ss.

<sup>104</sup> “Que el carácter de principio implica la máxima de proporcionalidad significa que la máxima de proporcionalidad, con sus tres máximas parciales (...) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él” (ibídem, pp. 11-112). “De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas” (ibídem, pp. 112-113). Esta justificación de la máxima de proporcionalidad a partir de las normas iusfundamentales es denominada por

proporcionalidad se encuentra “en el centro de la dogmática de los derechos fundamentales, lo que tiene la consecuencia práctica de que en muchos casos lo decisivo sobre el contenido definitivo de los derechos fundamentales es la ponderación...”<sup>105</sup>.

---

ALEXY “fundamentación iusfundamental”, la que no excluye otra clase de fundamentaciones, por ejemplo, aquellas que se apoyan en el principio de Estado de derecho, en la práctica jurisprudencial o en el concepto de justicia, vid. *ibídem*, p. 115.

<sup>105</sup> “Robert Alexy en diálogo con Miguel Atienza”, en *Diálogo Científico*, Vol. 12, N° 1/2, 2003, Tubinga, p. 173, citado en las sentencias Rol 787-08 y 829-07 (votos en contra) de nuestro TC, por los ministros Mario Fernández Baeza y Hernán Vodanovic Schnake, defendiendo mediante este argumento la vigencia constitucional del principio de proporcionalidad.

## **Sección Tercera**

### **La regulación diferenciada del control de identidad**

#### **I. Aspectos generales**

El análisis precedente manifiesta el devenir de una institución actualmente distinta a la regulación original. El legislador mediante sucesivas reformas ha ido aumentando cualitativa y cuantitativamente los supuestos de procedencia y las facultades de los agentes de policía competentes para efectuar un requerimiento de identificación.

Esta verdadera *expansión* del procedimiento de control de identidad, no resulta inocua para los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los tratados de Derechos Humanos suscritos y ratificados por Chile, actualmente vigentes. Con distintas finalidades, es posible constatar que el control de identidad, tal como se expuso en esta investigación en la sección segunda de este capítulo, representa una afectación constitucionalmente relevante del derecho a la libertad personal y del derecho a la vida privada.

Esta característica no ha sido históricamente reconocida suficientemente por el legislador. En principio, el control de identidad original no expresaba más que una mínima injerencia en el derecho a la libertad personal del afectado. En cuanto a su naturaleza, respondía a fines represivos y preventivos, entendiendo por represivos, aquellos fines vinculados a la investigación y juzgamiento de delitos.

La naturaleza del control de identidad, en cuanto a su carácter preventivo-represivo, no es un tema irrelevante para su interpretación. En la discusión parlamentaria del texto original, el Senado pretendió dotar al control de identidad de una naturaleza mixta preventivo-represiva, discutiéndose la forma más adecuada de lograr un equilibrio entre las necesidades derivadas de la conservación de la seguridad pública y el respeto a los derechos fundamentales, en el contexto del CPP, cuya finalidad es la aplicación de la ley penal, mediante la investigación y el juzgamiento de

los delitos, y no propiamente su prevención<sup>1</sup>. La regulación aprobada en el Senado, en relación a los casos fundados que hacían procedente el control de identidad, contemplaba el indicio de que la persona se dispusiere a cometer una falta, comportamiento irrelevante jurídicopenalmente en razón de que las faltas no se castigan en grado de tentativa, y por tanto, de naturaleza exclusivamente preventiva. Sin embargo, la Cámara de Diputados, dando preponderancia al aspecto represivo del control de identidad, suprimió todo indicio referido a las faltas, en coherencia con la imposibilidad de detener en esos casos.

Desde otro punto de vista, el control de identidad original sólo permitía una injerencia en los derechos fundamentales en razón de una única finalidad: la identificación de sujetos, estando prohibida la realización de otras diligencias investigativas sobre la persona del controlado de identidad, como el registro de sus vestimentas, equipaje o vehículo.

El desarrollo legislativo de la institución demuestra como la regulación se fue desviando de la intención original del legislador. Actualmente, el control de identidad representa una medida intrusiva, estrechamente relacionada con la institución de la detención en situación de flagrancia, que procede incluso en supuestos que no constituyen hecho punible alguno (ej. caso del encapuchado), y que autoriza a la policía a realizar registros, constatar órdenes de detención pendientes, y realizar detenciones, además de extender su duración a un máximo de ocho horas. Claramente, el control de identidad no corresponde ni en su naturaleza, ni en sus presupuestos, facultades y finalidades, a la regulación del art. 85 CPP original.

La regulación vigente, tras la reforma legal de la Ley Nº 20.253 manifiesta un carácter heterogéneo, reuniendo finalidades diversas que se expresan en las distintas medidas a realizar por las policías. Por esta razón es necesario analizar los distintos intereses que se encuentran recogidos en la regulación actual del control de identidad, para de este modo proponer una interpretación que asegure un adecuado desarrollo de

---

<sup>1</sup> Historia de la Ley 19.696, op. cit., p. 1281. Vid. también PFEFFER URQUIAGA, op. cit., p. 109; ROMERO MUZA, op. cit., p. 39.

estas medidas, de un modo compatible con el ejercicio y protección constitucional de los derechos y garantías constitucionales.

En consecuencia, se expondrá en los números siguientes un análisis que deleve y sistematice aquellos elementos que subyacen a la regulación del art. 85 CPP, tomando en consideración tanto el dato histórico del desarrollo legislativo como la aplicación de la institución por parte de los agentes de persecución penal.

## **II. Naturaleza represivo-preventiva del control de identidad**

La identificación de personas ante requerimiento de la autoridad policial constituye un procedimiento autónomo, sin necesidad de orden previa, que posee un doble carácter represivo-preventivo. Desde un punto de vista represivo, el control de identidad se vincula a la persecución penal, pues constituye una herramienta idónea para la investigación de los delitos. Desde un punto de vista preventivo, el control de identidad tiene por finalidad evitar la perpetración de delitos<sup>2</sup>, vinculándose a la idea de protección de la seguridad ciudadana, entendida como una situación de estabilidad y tranquilidad necesaria para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales<sup>3</sup>.

El CPP original reguló un procedimiento de identificación mencionando como supuestos de aplicación ejemplos de hipótesis jurídicopenalmente relevantes, y por tanto, susceptibles de ser investigados y juzgados penalmente: indicio de que el sujeto 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. En consecuencia, el carácter preventivo del control de identidad constituía en el CPP original, una finalidad accesorio, pues la evitación de la comisión de delitos era sólo una consecuencia esperada de la realización de controles de identidad a sujetos sospechosos de comportamientos en si mismo punibles.

Esta regulación de naturaleza cautelar se vio alterada con la Ley Nº 19.789, que modificó sustancialmente el art. 85 CPP, incorporando la hipótesis de falta a los

---

<sup>2</sup> Vid. también en este sentido, SALAS ASTRAIN, op. cit., p. 170.

<sup>3</sup> Vid. *supra*, Capítulo II, Sección Segunda.



supuestos de procedencia del control de identidad. Críticamente, se ha sostenido en doctrina que «la posibilidad de controlar la identidad de una persona y “retenerla”, eventualmente, hasta por 6 horas o de proceder derechamente a su detención con ocasión de la comisión de una falta, contradice la decisión político-criminal, fundada en el principio de proporcionalidad, de excluir las penas privativas de libertad respecto de las mismas y castigarlas sólo cuando están consumadas. El fraude de etiquetas se produce por medio de instituciones “policiales” o “procesales”, que no son entendidas como “penales”»<sup>4</sup>.

El carácter represivo de la regulación actual se expresa en los supuestos de procedencia vinculados a la realización de comportamientos jurídicamente relevantes por estar conminados penalmente. En el art. 85 CPP, ello corresponde a los supuestos indiciarios de haber cometido (consumación), haber intentado cometer (delito frustrado) o se dispusiere a cometer (tentativa) un crimen o simple delito, o hubiere cometido una falta (consumada). También se vincula al cumplimiento de finalidades propias del procedimiento penal el indicio de que la persona pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta.

El carácter preventivo se expresa accesoriamente en los supuestos de procedencia cuya finalidad sea impedir la realización de hechos punibles (se dispusiere a cometer un crimen o simple delito) en los términos ya expuestos. Asimismo, tienen una naturaleza preventiva los supuestos en que el sujeto hubiere intentado o se dispusiere a cometer una falta, actos que por sí mismos no son punibles (las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas, art. 9 CP, salvo excepciones, p. ej. la falta del art. 494 bis CP, que se sanciona también si se encuentra en grado de frustrada).

Sin perjuicio de lo anterior, el control de identidad, por su regulación en un código que rige la actividad estatal dirigida a la investigación y juzgamiento de los delitos, debe manifestar una preponderancia por las finalidades represivas, esto es, por aquéllas vinculadas a los fines propios del procedimiento penal. Por esta razón, en aquellos casos en que el sujeto sospechoso se “dispusiere a cometer” un crimen, simple delito o falta, el principio de ejecución constituye un requisito esencial para la

---

<sup>4</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op.cit., t. I., p. 599.

realización de un control de identidad<sup>5</sup>. En los supuestos de naturaleza propiamente represivos, el límite del principio de ejecución constituye una barrera infranqueable de la actividad policial, pues la investigación policial autónoma, sin orden del Ministerio Público, ni autorización judicial previa, debe efectuarse en relación a comportamientos en si mismo punibles. No es procedente la realización de controles de identidad a sujetos cuyo comportamiento no manifieste un indicio de que el sujeto haya dado ejecución al hecho. Y respecto a los supuestos de naturaleza preventiva, la actividad policial, en relación a actos que ni siquiera constituyen tentativa de falta (impune), constituye una intromisión manifiestamente desproporcionada en los derechos del afectado.

Sin embargo, la Ley N° 20.253 incorporó un nuevo supuesto de procedencia de naturaleza preventiva: el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. El comportamiento descrito no constituye acción delictiva alguna, asociándose dicho acto a circunstancias tales como manifestaciones en lugares públicos, en que el acto de encapucharse expresa una disposición de enfrentamiento contra los funcionarios policiales y de realización anónima de hechos delictuales, lo que constituye un peligro para los bienes jurídicos penalmente protegidos, dotando a este supuesto de un carácter eminentemente preventivo, sin perjuicio de que el carácter de encapuchado unido a otras circunstancias fundamente un indicio distinto, o se circunscriba a una situación de flagrancia.

En consecuencia, el desarrollo histórico-legislativo de la institución ha incorporado al control de identidad fines preventivos en un contexto regulativo esencialmente represivo<sup>6</sup>. Como señalan HORVITZ y LÓPEZ, en relación a las modificaciones de la Ley N° 19.789, “se encaminan, principalmente, a ampliar las facultades de la policía en el ámbito del denominado “control de identidad”, institución que guarda una muy débil vinculación con la persecución penal de delitos concretos y

---

<sup>5</sup> Vid. también en este sentido, GODOY MARILLÁN, op. cit., p. 204.

<sup>6</sup> Al respecto, estimamos acertada la iniciativa de regular el control de identidad en lo referente a la función policial preventiva, modificando las leyes orgánicas de Carabineros e Investigaciones y no el Código Procesal Penal, pues se trata de una atribución que no tiene relación con la persecución criminal. La tesis fue defendida por el profesor Bofill, en el seno de la discusión parlamentaria de la Ley N° 20.253 en la Comisión de Constitución del Senado, vid. PIEDRABUENA, op. cit., p. 99.

determinados y que sin embargo, se regula en el Código Procesal Penal”<sup>7</sup>. El problema es que en relación a la justificación de una medida intrusiva en los derechos fundamentales, las exigencias preventivas difieren de las exigencias vinculadas a la realización de una investigación penal. La realización de hechos propiamente delictivos constituye la razón que justifica una mayor injerencia en los derechos fundamentales desde un punto de vista cautelar, y en razón de la máxima de proporcionalidad, la intensidad de la injerencia se gradúa según la gravedad y certeza que exista de la perpetración de un hecho punible. Este criterio no justifica la aplicación de una intromisión equivalente en derechos fundamentales, en caso de que el afectado sólo realice comportamientos constitutivos de peligro –concreto- para la seguridad ciudadana. Sin perjuicio de constituir un interés tutelado constitucionalmente, la seguridad pública no brinda una justificación equivalente a la persecución penal de los delitos, en relación a una limitación derechos fundamentales.

Esta equiparación de funciones preventivas y represivas en el ejercicio de la actividad policial, trasladando la lógica de la primera a la segunda, ha sido criticada en doctrina. HORVITZ y LÓPEZ, citando a RUSCONI, han señalado que «la “promiscuidad funcional” de la policía se ha constituido en fuente de “serios obstáculos para el desarrollo de un sistema eficiente y garantista de investigación de los delitos”. Como explicación para este fenómeno dicho autor expresa que, en primer lugar, “la tendencia autoritaria proveniente de la actividad preventiva invade a menudo las tareas de investigación procesal”, y en segundo lugar, “las actividades preventivas arrastran a las funciones investigativas aumentando la autonomía en relación con el control del Ministerio Público y de la función jurisdiccional”»<sup>8</sup>. Agregan dichos autores que esta situación ocurre en nuestro país respecto de Carabineros, pues esta policía cumple funciones preventivas e investigativas. En relación a la primera de ellas Carabineros “opera autónomamente; no necesita esperar instrucciones para actuar. Por la naturaleza de esta actividad, existe ausencia de un efectivo control inmediato. La necesidad de una reacción rápida ante hechos que deben ser valorados en el

---

<sup>7</sup> HORVITZ Y LÓPEZ, op. cit., t. I., pp. 597-598.

<sup>8</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op .cit., t. I., p. 597, citando a RUSCONI, Maximiliano. “Reformulaciones de los sistemas de justicia penal en América latina y la policía: algunas reflexiones”, en *Policía y sociedad democrática*, Revista Pena y Estado Nº 3, Editorial del Puerto, buenos Aires, 1998, t. I., pp. 194 y ss.

momento por el policía impide el desarrollo de un sistema razonable de control en esta instancia”<sup>9</sup>.

### **III. Finalidad del control de identidad**

El carácter heterogéneo de la regulación del control de identidad no se manifiesta sólo en su naturaleza represivo-preventiva. También el desarrollo histórico de la regulación ha ampliado considerablemente las medidas intrusivas a realizar por la policía, lo que plantea la pregunta por la finalidad del control de identidad en la regulación vigente.

La regulación original tenía como fin exclusivo la identificación del sujeto<sup>10</sup>. Sólo permitía la afectación de derechos fundamentales en razón de lograr una identificación personal, facultando al funcionario policial a efectuar el requerimiento de identificación, y en caso de negativa o imposibilidad, a trasladar al sujeto a una unidad policial con exclusivos fines identificatorios.

En este contexto, el profesor LÓPEZ afirma respecto del art. 85 original que “el procedimiento previsto por la ley se limita, en principio, a facultar al agente policial para solicitar la identificación (...)”<sup>11</sup>. Asimismo, ROMERO MUZA señala que “se trata de una intervención policial limitada y de menor entidad investigativa, en concordancia con la menor certeza propia del indicio acerca de la efectividad de aquella participación o conocimiento. El legislador, ante la debilidad del indicio como fundamento de imputación punible, determinó, en consecuencia, un procedimiento (...) restringido sólo a obtener su identificación (...) se restringe el ámbito investigativo o preventivo del procedimiento de control de identidad a un objetivo muy específico: determinar la identidad de la persona objeto del control; agotándose el procedimiento en tal objetivo”<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I., p. 597.

<sup>10</sup> Vid. SALAS ASTRAIN, op. cit., p.175.

<sup>11</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I., p. 380

<sup>12</sup> ROMERO MUZA, op. cit., pp. 59-60.

Esta situación se vio modificada por la Ley N° 19.789 que facultó a los funcionarios policiales a realizar un registro de las vestimentas, equipaje y vehículo del sujeto controlado de identidad. Respecto a la finalidad de este registro, el Mensaje del Ejecutivo señaló que se buscaba un doble propósito: resguardar a los funcionarios policiales que efectúen el procedimiento de identificación de posibles ataques que pudiesen ser efectuados por quien se encuentra bajo este control (finalidad defensiva) y permitir la averiguación acerca de la existencia de evidencia del ilícito pesquisado (finalidad investigativa). Sin embargo, el texto enviado al Congreso, aludía sólo a la seguridad del agente policial. El proyecto finalmente aprobado por el Congreso no recogió en su texto dicha finalidad defensiva, pues en el debate parlamentario se acordó dar la posibilidad de que el registro cumpliera además una “finalidad preventiva de los delitos que pudieren cometerse”, retomando de este el modo el objetivo inicial según el Mensaje<sup>13</sup>.

La finalidad pretendida no es indiferente a la intensidad y ámbito del registro. Si el fin es la seguridad del agente policial, el registro se limita al palpamiento superficial de la vestimenta del afectado con el objeto de buscar armas. A ello corresponde lo que cierta doctrina española denomina diligencia de *cacheo*, y constituye la diferencia en EE.UU entre el registro defensivo asociado a una *Terry stop*, y el registro asociado a un *arrest*. En cambio, si la finalidad del registro es investigativo, en el sentido de la averiguación acerca de la existencia de evidencia del ilícito pesquisado, dicha finalidad no representa limitación alguna, por sí misma, en relación a la intensidad y extensión del registro.

Desde otro punto de vista, la procedencia del registro del controlado de identidad, importa necesariamente alterar la finalidad original de esta institución. Si ante la existencia, de un indicio de que un sujeto hubiere cometido un delito, pero que no sea suficiente para constituir un supuesto de flagrancia, la Policía realiza un control de identidad, procediendo los funcionarios policiales a efectuar el registro de la vestimenta, equipaje y vehículo del sospechoso. Si los agentes encuentran a propósito

---

<sup>13</sup> Historia de la Ley 19.789, op. cit., p. 27; ROMERO MUZA, op. cit., pp. 44-48.

de este registro evidencia de un delito, se verifica una situación de flagrancia, y por tanto, procederá la detención del sujeto sospechoso (art. 85 inc. segundo CPP)

En otras palabras, un supuesto indiciario de realización de un comportamiento punible no constitutivo de flagrancia, permite afectar la libertad de un sujeto para realizar un registro que tiene por finalidad constatar una situación de flagrancia, con miras a la detención del sujeto. De este modo, *el control de identidad se convierte en un instrumento para realizar una detención.*

La instrumentalidad del control de identidad respecto de la detención en situación de flagrancia, fue defendida por el Ministerio Público en su Oficio N° 554 de 2 Diciembre de 2004, señalando expresamente que “lo que permite dicha facultad es una restricción temporal de libertad (...) sólo con el fin de confirmar o desvanecer la sospecha fundada en contra del fiscalizado”<sup>14</sup>.

El Oficio N° 554 entiende al control de identidad como un deber de intervención del funcionario público, ante hechos que no reúnan los requisitos necesarios para configurar una de las hipótesis de flagrancia contempladas en el art 130 CPP, pero que constituyen indicios de participación delictiva<sup>15</sup>. Así, el control de identidad pierde su concepción original orientada a la mera identificación del individuo, siendo reemplazada por un pronóstico de una eventual flagrancia, sometida a verificación o descarte, mediante el control de identidad. Señala el referido oficio que “de esta forma, en el evento que un policía tenga un acontecimiento fundado, o razón justificada para pensar que una persona delinquiró, lo va a hacer o pueda dar información útil, u otra situación semejante, lo importante es confirmar o desvanecer la sospecha fundada, pudiendo cambiar la calidad de controlado a detenido, en el evento de descubrirse alguna situación de flagrancia, orden de aprehensión pendiente, o se despache una para tal efecto. Por el contrario, desvanecida que sea la sospecha, el sujeto debe ser puesto en libertad ambulatoria de inmediato”<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Oficio F.N. N° 554 del Fiscal Nacional del Ministerio Público de fecha 2 de diciembre de 2004 que complementa el oficio anterior en materias de control de identidad e imparte nuevos criterios de actuación, en <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Imputados/554%202004.doc>, p. 11

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>16</sup> Oficio F.N. N° 554, *op.cit.*, p. 10

Para el Ministerio Público, si el control de identidad constituye un procedimiento tendiente a confirmar o desvanecer la sospecha, su duración se extiende hasta que se efectúe todo el procedimiento, esto es, la confirmación o rechazo de la sospecha. Ello tiene importantes consecuencias para el registro de quien es sometido a control de identidad, pues lo relevante no es su identificación, sino que la eventual constatación de una hipótesis de flagrancia. Señala el referido oficio que “si alguien presenta su cédula de identidad u otro documento que acredite su nombre y apellido, no significa que el control hubiera terminado, por cuanto aún restan por realizar el resto de las diligencias como registrar vestimentas, equipaje y vehículo, si los hubiera, verificar domicilio, órdenes de aprehensión pendiente, etc.”<sup>17</sup>.

Esta tesis no fue unánimemente aceptada por la jurisprudencia y doctrina<sup>18</sup>. La divergencia se manifestaba en aquellos casos en que a propósito del registro se constataba una situación de flagrancia correspondiente a un ilícito distinto del delito que motivó el control, caso en el que cierta jurisprudencia y doctrina exigía la correspondiente orden de detención judicial<sup>19</sup>. Asimismo, existían jueces de garantía que exigían la concurrencia de nuevos indicios para la realización de un registro, distintos a los indicios que fundamentaban la realización del control de identidad, siguiendo el criterio que establece el art. 89 CPP a propósito de la detención<sup>20</sup>. En definitiva se afirmaba que “el procedimiento de Control de Identidad, se agota y extingue con la acreditación de la identidad, tras la cual la persona necesariamente debe ser dejada en libertad. De este modo, si una persona se le somete a un control de identidad, y ésta se identifica de inmediato, el procedimiento se agota en el acto, y debe ser dejada en libertad. No cabría ni posibilidad de registrarla ni de ser conducida

---

<sup>17</sup> Oficio F.N. N° 554, op.cit., p. 11

<sup>18</sup> “La norma, de acuerdo a la historia de la ley antes examinada y a su tenor literal, tiene sólo como propósito obtener la identificación de una persona (...) faculta a la policía para controlar la identidad a personas que eventualmente pudieren ser partícipes en un delito, o pudieren ser testigos de un delito” (ROMERO MUZA, op. cit., p. 59).

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 107 y ss.

<sup>20</sup> “Debe recordarse que el registro de vestimentas, equipaje o vehículo requiere que se cumpla siempre con el requisito general del art. 89, que consiste en la *existencia de indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación* (...) Entenderlo de otro modo sería aceptar que la ley impone mayores exigencias al registro del detenido que al registro del sometido a control de identidad (...), lo que rompe todo criterio de proporcionalidad y conduce a una conclusión absurda” (HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I., p. 603).

a la unidad policial, pues se carecería de título o facultad para ello. De hacerlo, la actuación pasaría a transformarse en un registro o en una detención ilegítima”<sup>21</sup>.

Actualmente, el art. 85 CPP modificado por la Ley N° 20.253 establece expresamente que 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. Asimismo, señala que “durante este procedimiento, sin necesidad de nuevos indicios, la policía podrá proceder al registro (...)”. La reforma legal se acerca a la interpretación del Ministerio Público, según la comprensión de dicha institución como pronóstico de una eventual hipótesis de flagrancia, sometida a verificación o rechazo, mediante el control de identidad, especialmente en relación a la realización del registro contemplado en el art. 85 inc. 2° CPP.

Si ello es así, el control de identidad trasciende en cuanto su finalidad a la mera identificación de sujetos. El control de identidad se convierte en un instrumento cuya procedencia es en ciertos supuestos, la *notitia criminis*, que mediante el registro como única diligencia investigativa lícita permitirá constatar una hipótesis de flagrancia para lograr la detención del sospechoso. En consecuencia, la vinculación entre el indicio y las hipótesis de flagrancia reguladas en el art. 130 CPP constituye un elemento esencial para la realización del registro, y por tanto, debe ser excluida la realización de un registro en los casos en que esta medida carezca de idoneidad en relación a la detención por flagrancia. Esta conclusión constituye un presupuesto necesario de una aplicación diferenciada del control de identidad.

---

<sup>21</sup> ROMERO MUZA, op. cit., pp. 70-71. La sentencia del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago de fecha 22 de Febrero de 2006, RIT 17-2006, señala al respecto que “la actividad desplegada por los agentes policiales una vez efectuado el control respectivo –en el que el imputado aportó todos aquellos antecedentes necesarios para la corroboración de su identidad debiendo, en ese instante, haberse agotado todo tipo de diligencias y actuaciones en relación a su persona- consistente en interrogarlo respecto, a la actividad realizada por él en el lugar de su detención –a pesar de asistirle a éste el derecho a guardar silencio respecto de todas aquellas circunstancias que no digan relación con su identidad sin tampoco ser advertido de ello- así como de las especies contenidas en el bolso que llevaba, también evidencia una vulneración a los derechos y garantías enunciados precedentemente” (citada por ROMERO MUZA, op. cit., pp.70- 71, nota 43).



#### **IV. La distinción entre sujeto sospechoso y no sospechoso**

En Alemania, el control de identidad represivo distingue entre sujetos sospechosos y no sospechosos. Esta regulación diferenciada se manifiesta en las medidas específicas a realizar por la Policía, siendo más limitadas en el caso del no sospechoso.

El art. 85 CPP regula diversos supuestos de procedencia del control de identidad. Es posible clasificar estos supuestos según su referencia a un sujeto sospechoso (p.ej. el que hubiere cometido un crimen), o a un sujeto no sospechoso (el que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta). El caso del encapuchado agregado por la Ley N° 20.253 constituye un supuesto preventivo que, en principio, no se fundamenta en el carácter de sospechoso, sino de sujeto perturbador de la seguridad pública, sin perjuicio de que el carácter de encapuchado unido a otras circunstancias fundamente un indicio de sospecha.

Pero el texto del art. 85 CPP, en relación a las medidas a realizar por la policía, no distingue según el grado de sospecha que recae sobre el controlado de identidad. La regulación en su sentido literal resulta desproporcionada pues permite intervenir en los derechos fundamentales de un testigo, del mismo modo que la intervención realizada en el caso del sujeto sospechoso.

Desde otro punto de vista, en los casos en que el sujeto afectado por la realización de un control de identidad tenga el carácter de sospechoso de un hecho punible, es necesario hacer una precisión adicional. El art. 7° CPP dispone que “las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.

Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el

ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible”.

En consecuencia, una persona adquiere la calidad de imputado por el sólo hecho de ser atribuida su participación en un hecho punible, realizándose cualquier diligencia o gestión investigativa, cautelar, o de otra especie, por o ante un tribunal penal, el ministerio público o la policía, no siendo necesaria una declaración expresa de la calidad de imputado para que entren en juego las garantías establecidas en la Constitución y las leyes. “Esta interpretación legal desformaliza el concepto de procedimiento penal y deja atrás ciertas posiciones de la doctrina nacional que se asociaron, en el antiguo régimen procesal penal, el surgimiento de los derechos y facultades procesales del imputado a la adquisición de la calidad de parte o “procesado” del mismo derivada de la dictación de una auto de procesamiento”, “el propósito del legislador fue ampliar la cobertura de protección de una persona imputada de un delito, desvinculándola de cualquier actuación formalizada de los órganos de persecución penal que pudiera obstaculizarla o impedirle”<sup>22</sup>.

Si el control de identidad en el caso del sujeto sospechoso, tiene como supuesto de procedencia la atribución indiciaria de participación en un hecho punible, y si este procedimiento es subsumible en la definición de “primera actuación del procedimiento”, por constituir una diligencia o gestión realizada por la policía en que atribuye responsabilidad penal, el sujeto controlado de identidad tiene en estos casos el carácter de imputado, y por tanto, son plenamente aplicables los derechos y garantías otorgadas por la Constitución y las leyes al respecto<sup>23</sup>.

En el mismo sentido, ROMERO MUZA sostiene que «toda persona cuya identidad se controla, a partir de un caso fundado, materializado en un indicio de participación en un hecho punible, como hipótesis imputativa más gravosa de derechos en el art. 85 (...), es objeto de una actuación policial dirigida en su contra, que aunque de menor intensidad, se enmarca dentro de las actuaciones genéricas definidas por el artículo 7º

---

<sup>22</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I., pp. 223-224

<sup>23</sup> Al respecto, ROMERO MUZA, op. cit., p. 65, afirma respecto de la finalidad del control de identidad es “obtener la identidad de una persona, que a partir del indicio que motivó la diligencia se configura como imputado o como testigo”.

del Código Procesal Penal, y en consecuencia, la diligencia policial en estudio otorga a la persona la calidad genérica de “imputado”»<sup>24</sup>.

Sin embargo, el Instructivo N° 4 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, de fecha 20 de septiembre de 2000, sostiene un concepto distinto de imputado. En efecto, establece que para poder ser considerado imputado debe existir una formalización de la investigación en su contra, de otra manera sólo podemos hablar de un “afectado” por la investigación<sup>25</sup>.

En el mismo sentido, el Instructivo N° 12 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, de fecha 18 de octubre de 2000, afirma que cuando las policías detienen a una persona por una situación de flagrancia, sin orden previa del tribunal, no hay una imputación del fiscal sino que únicamente una imputación de la policía que es provisoria mientras el fiscal resuelve en un plazo brevísimo si formaliza o no la investigación, situación en la que se considera detenido y le concede ciertos derechos esenciales, pero distintos a los que puede ejercer desde la formalización de la investigación por el fiscal<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> ROMERO MUZA, op. cit., p. 68.

<sup>25</sup> “En cambio, no cabe considerar como imputado a una persona respecto de la cual no se ha formalizado la investigación ni se han formulado cargos, es decir no se ha desarrollado ninguna actividad investigatoria en su contra respecto de delitos determinados (Arts. 7, 8 y 229). Por lo mismo, no es de la esencia que tenga un defensor obligatoriamente, sea de oficio o de su confianza, aún cuando puede recurrir al juez de garantía para la cautela de sus derechos fundamentales y también puede pedir a este tribunal que se le pida un informe al fiscal sobre si existe una investigación que se siga en su contra y se le fije un plazo para formalizarla (Art. 186). (...) En efecto, esta Fiscalía estima que antes de formalizada la investigación sólo estamos en presencia de posibles “afectados” por una investigación preliminar pero no de “imputados”. Es así como el Art. 186 del nuevo Código permite ejercer un control judicial anterior a la formalización de la investigación por “**cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado**”. Mediante esta norma se permite a una persona no imputada solicitar un control judicial de la investigación no formalizada del Fiscal (...)” (Instructivo N° 4 del Fiscal Nacional del Ministerio Público sobre la investigación no formalizada o preliminar y aquella que se practica después de la formalización de la investigación, de fecha 20 de septiembre de 2000, en: <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Instructivos/INSTRUCTIVO%204.doc>, p. 3).

<sup>26</sup> “Los detenidos respecto de los cuales aún no se ha formalizado la investigación y que deben ser puestos a disposición de los tribunales dentro del plazo de veinticuatro (sic) horas, tienen los derechos que están señalados en los Arts. 93 letra b) y 94, es decir tienen derecho a ser asistidos por un abogado y a ser conducidos sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención y además tienen derecho a ser interrogados ante la Policía en presencia de su defensor, sin que ello los convierta en imputados del fiscal hasta que no formalice la investigación en presencia del juez de garantía. Tanto es así que si esta imputación no se efectúa en la audiencia de control de la detención, el detenido debe ser liberado por el

No compartimos la interpretación del Ministerio Público. Nos parece que sostener que la calidad de imputado depende de la formalización de la investigación contradice abiertamente el texto del art. 7 CPP, que dispone que se considerará imputado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, especificando que las diligencias de la policía investigativas, cautelares o de cualquier especie, que atribuyeren responsabilidad a una persona en un hecho punible, constituyen actuaciones del procedimiento, por lo que no caben interpretaciones restrictivas cuando existe un texto expreso legal que determina desde cuando se considera imputado. Por otro lado, sostener que una calificación jurídica de tal relevancia, en la que existen derechos fundamentales involucrados, depende de la facultad autónoma y unilateral del fiscal de formalizar la investigación, es incompatible con un Estado de Derecho, pues supeditar el nacimiento de garantías constitucionales al criterio de un agente estatal de persecución estatal se presta para abusos y deja sin efecto los resguardos establecidos precisamente para evitar dichas situaciones<sup>27</sup>.

Nuestra jurisprudencia ha señalado que “aquella persona que es objeto de control de identidad adquiere la calidad de imputado para todos los efectos legales. En consecuencia le resultan plenamente aplicables los artículos 93 y 94 del Código Procesal Penal y, en especial, el derecho a que se le informe de una manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y de los derechos que le otorguen la Constitución y las leyes, como asimismo, el derecho a guardar silencio”<sup>28</sup>

## **V. La aplicación diferenciada del control de identidad**

### **1. Generalidades**

---

Juez. Es decir, los detenidos tienen derechos esenciales, pero estos son distintos a los que puede ejercer desde la formalización de la investigación por el fiscal” (Instructivo N° 12, del Fiscal Nacional del Ministerio Público, sobre diligencias de investigación pedidas por los intervinientes e intervención del Juez de Garantía, de fecha 18 de octubre de 2000, en: <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Instructivos/INSTRUCTIVO%2012.doc>, p. 2-3).

<sup>27</sup> En este mismo sentido, vid. HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I., p. 224.

<sup>28</sup> Sentencia del 3º Tribunal de Juicio Oral de Santiago de 22 de Marzo de 2006, RIT 17-2006, citada por ROMERO MUZA, op. cit., p. 68.

El análisis realizado hasta ahora de la regulación del art. 85 CPP, puede ser resumido en la siguiente definición:

El control de identidad es un procedimiento de naturaleza preventivo-investigativa, que constituye un deber de los agentes policiales en los casos señalados por ley, que permite la afectación del derecho a la libertad personal y a la vida privada con la finalidad de identificar a sujetos sospechosos y no sospechosos, y de realizar otras medidas de investigación expresamente señaladas por ley.

La definición anterior tiene la ventaja de ser verosímil a la regulación actual del art. 85 CPP. Sin embargo, no determina los límites del control de identidad que permitan afirmar su conformidad con el Derecho vigente.

Desde un punto de vista constitucional, la actividad policial debe someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes (arts. 6º y 7º CPR).

El desarrollo legislativo del control de identidad, desde el CPP original hasta la reciente Ley Nº 20.253, muestra que el legislador ha ido añadiendo facultades que importan una cada vez mayor injerencia en los derechos fundamentales de las personas. El motivo de esta intervención legislativa es hacer frente a ciertos problemas con el fin de lograr una mayor eficacia en la prevención y represión de los delitos. Sin embargo, las razones específicas que motivaron cada una de las enmiendas, no se consagraron en el texto definitivo del art. 85 CPP. A modo de ejemplo, el aumento del plazo máximo de duración, se debió a dificultades técnicas en el traspaso de información entre el Servicio de Registro Civil e Identificación y las policías. Sin embargo, la ley omite referencia a la finalidad del aumento del plazo, y con ello, no resulta *prima facie* contrario a su texto afirmar que ese plazo corresponda a la realización de otras diligencias investigativas sobre el controlado de identidad. Otro

ejemplo de manifiesta indefinición es la medida de registro de vestimenta, equipaje y vehículo del controlado de identidad.

El legislador aumentó las facultades de las policías en razón de motivos concretos y específicos. Sin embargo el texto literal regula sin distinción alguna esas facultades, sin considerar que los supuestos de procedencia de un control de identidad no representan casos de finalidad y gravedad equivalente:

a.- Las medidas intrusivas de mayor intensidad sólo están justificadas en razón de la investigación y juzgamiento de delitos. La protección de la seguridad ciudadana sólo autoriza injerencias de menor intensidad

b.- Al sujeto no sospechoso sólo se le pueden realizar medidas intrusivas de una intensidad menor que las realizadas al sujeto sospechoso.

c.- En el caso del sujeto sospechoso, el control de identidad autoriza una intervención menos intensa que la detención en situación de flagrancia, en razón del carácter indiciario indicio del supuesto que le sirve de fundamento, y por tanto, el registro del controlado de identidad debe ser menos intrusivo que el registro del detenido.

Una aplicación no diferenciada de las medidas a realizar en un control de identidad es una solución desproporcionada. Por ello, el respeto a la garantía formal de legalidad en la realización de un control de identidad no satisface plenamente la legitimidad de dicho procedimiento.

La relevancia iusfundamental del control de identidad importa necesariamente considerar las exigencias del principio de proporcionalidad. Como se señaló en la Sección Segunda de este Capítulo, la estructura misma de una norma de derecho fundamental –como principio-, constituye un mandato de optimización, y en consecuencia exige la aplicación del principio de proporcionalidad. El procedimiento de control de identidad no constituye una *excepción* a la vigencia de los derechos fundamentales involucrados, sino que al ser mandatos de optimización, debe procurarse el mayor goce del derecho fundamental comprometido, aún en estos

supuestos restrictivos, y en consecuencia, la limitación sólo resulta proporcionada luego de un juicio de ponderación entre las finalidades que subyacen al control de identidad y los derechos fundamentales involucrados, que afirme su legitimidad constitucional.

Sostener que la intensidad de la medida de registro de vestimentas, equipaje y vehículo aplicable al detenido es equivalente al caso del controlado de identidad, es manifiestamente desproporcionado. Afirmar que la medida de registro es aplicable en los mismos términos tanto al sujeto sospechoso como al no sospechoso también infringe la máxima de proporcionalidad. En fin, defender la irrelevancia de la gravedad del indicio que fundamenta el control de identidad en relación a la intensidad de la intromisión en los derechos fundamentales, es negar toda vigencia del principio de proporcionalidad.

Asumiendo que este principio se vincula a la estructura misma de las normas de derecho fundamental, una aplicación no diferenciada desconoce la necesidad de este juicio de ponderación entre los intereses involucrados, ni el distinto peso correspondiente a cada una de las finalidades e intereses que subyacen al control de identidad. La vulneración a la máxima de proporcionalidad no es irrelevante desde el punto de vista de la constitucionalidad del procedimiento de control de identidad.

Ante este problema, sería posible argumentar el carácter inconstitucional del art. 85 CPP. Sin embargo, consideramos que es posible efectuar una interpretación del control de identidad conforme a la Constitución, que siendo respetuosa de la intención del legislador de ampliar las facultades de las policías bajo ciertos supuestos, haga posible una aplicación restrictiva de las diligencias investigativas que afectan derechos fundamentales.

## **2. La tesis de la aplicación diferenciada como interpretación conforme a la Constitución**

La regulación original del control de identidad configuró un procedimiento no diferenciado que tenía la finalidad única de identificar sujetos, sospechosos y no sospechosos. El actual procedimiento de control de identidad, se caracteriza por una

regulación heterogénea en la que confluyen diversos intereses preventivos y represivos, con finalidades de identificación e indagación, de sujetos sospechosos y no sospechosos de participación punible, como consecuencia del desarrollo de la institución a través de sus continuas reformas, en las que el legislador, en razón de motivos específicos, fue ampliando cualitativa y cuantitativamente las facultades de los funcionarios de policía.

Una aplicación del art.85 CPP conforme a la Constitución exige entender que la realización de un control de identidad no constituye una excepción a la vigencia de los derechos fundamentales del afectado, sino que sólo en el caso concreto otros intereses tienen un carácter preponderante<sup>29</sup>. Por otro lado, el art. 5º CPR prescribe que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que 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.

En consecuencia, una aplicación diferenciada respetuosa de los derechos fundamentales exige distinguir según la gravedad del supuesto indiciario, según la calidad de sospechoso y no sospechoso, y según la finalidad específica del registro de la vestimenta, equipaje y vehículo del sujeto controlado de identidad.

El inc. 2º del art. 85 CPP, reformado por la Ley Nº 20.253 dispone que durante el procedimiento de control de identidad, **sin necesidad de nuevos indicios**, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla. **Es el mismo indicio que origina el control de identidad el que fundamenta la realización de un registro.**

El principio de proporcionalidad sólo admite aquella afectación de derechos que sea adecuada y necesaria para obtener la finalidad constitucionalmente legítima

---

<sup>29</sup> Vid. desde una perspectiva más general, ROMERO MUZA, op. cit., pp. 138-139, quien sostiene que en estos casos “se resuelve ponderando en el caso concreto los principios que subyacen tras las normas que tutelan las garantías del imputado, las que sostienen la persecución penal, y la apreciación del grado de afectación concreta del bien jurídico protegido (...)”.



perseguida por el legislador, siempre que tal injerencia se encuentre en una razonable relación con la finalidad perseguida. El primero de estos criterios, el *principio de adecuación o idoneidad*, exige que la medida estatal permita que el fin perseguido por el Estado sea alcanzado o al menos promovido por ella. En consecuencia, la medida debe ser idónea en relación al fin legítimo perseguido.

El registro incorporado al control de identidad tiene por motivo una finalidad defensiva y una finalidad investiga de delitos. La finalidad defensiva, por su propia naturaleza, es de menor intensidad y extensión que la finalidad investigativa, pues la búsqueda de armas excluye intromisiones más graves en la privacidad de las personas, dada la finalidad del registro.

Si se entiende que la concurrencia de ciertos supuestos de hecho vinculados al sujeto sospechoso, genera un indicio de realización de un hecho punible no constitutivo de una situación de flagrancia, el control de identidad se convierte en una medida investigativa que faculta a realizar un registro con fines investigativos (pero de menor intensidad y extensión que el registro asociado a una detención del art. 89 CPP). Si el registro es positivo, el sujeto es sorprendido en una situación de flagrancia, y por tanto deberá ser detenido, tal como lo señala el inc. 2º del art. 85 CPP.

En este sentido, el registro investigativo constituye una gestión idónea o adecuada para la finalidad de la medida, esto es, la realización de prácticas investigativas en un sujeto sospechoso de un hecho punible para constatar una determinada situación de flagrancia de las reguladas en el art. 130 CPP. Sin embargo, ***esta idoneidad no concurre respecto del sujeto no sospechoso de un hecho punible, y en general, en todos los supuestos en que no sea procedente la detención en flagrancia.***

La realización de un registro investigativo de las vestimentas, equipaje y vehículo del afectado, tiene por finalidad la corroboración de una sospecha inicial indiciaria. El propio inc. 2º del art. 85 CPP señala que “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”. Por esta razón, ***si el indicio ex ante no permite suponer la existencia de una situación de flagrancia relevante para la detención, pues no atribuye una sospecha de realización de un hecho punible susceptible de dicha medida cautelar, entonces, el registro investigativo es una medida no idónea, pues no existe una relación entre la medida y el fin, y en consecuencia, constituye una diligencia excesiva y desproporcionada.***

En otras palabras, en todos los supuestos que dan origen a un control de identidad, que no autoricen una detención en caso de concurrir una situación de flagrancia, el registro de vestimentas, equipaje y vehículo se restringe al registro meramente defensivo, en razón de la falta de idoneidad de la medida (registro) en relación a su finalidad (detención en situación de flagrancia). Si aquél que en razón del indicio que da origen a un control de identidad no puede ser detenido por su falta de relación con el art. 130 CPP, entonces, el registro investigativo instrumental a la constatación de una hipótesis de flagrancia no puede ser realizado por falta de idoneidad.

La tesis contraria, que permite una aplicación no diferenciada de la facultad de registro investigativo a todo controlado de identidad, constituye una peligrosa herramienta manifiestamente desproporcionada que desconoce la distinta gravedad del indicio que fundamenta la realización del requerimiento de identificación, el carácter de sospechoso o no del controlado, y la finalidad pretendida por el legislador en la realización del registro. Más grave aún, la realización de registros indiscriminados, en razón de una búsqueda de antecedentes probatorios de cualquier delito, sin relación al comportamiento del sujeto afectado, importa una ilegítima injerencia en el derecho a la libertad personal y al derecho a la intimidad. La búsqueda de evidencia es respecto del “ilícito cuyo indicio motivo la diligencia, no procediendo, entonces, registros invasivos de la persona y abiertos a la búsqueda de ilícitos indeterminados”<sup>30</sup>.

Por estas razones, estimamos que el indicio que origina el control de identidad es el que otorga el fundamento al registro. Asimismo, la finalidad del registro, en relación al indicio que le sirve de antecedente, limita su intensidad y extensión

---

<sup>30</sup> ROMERO MUZA, op. cit., p. 63.

(finalidad defensiva - finalidad investigativa restringida). El registro investigativo de la vestimenta, equipaje y vehículo sólo es procedente si el indicio concreto y específico que da origen al control de identidad permite, en caso de constatarse durante el procedimiento una situación de flagrancia, la detención del afectado. En todos los demás casos, el registro se limita a una finalidad meramente defensiva, de búsqueda de armas.

En consecuencia, es la procedencia de la detención según el art. 130 CPP, en los términos señalados por el inciso segundo del art. 85 CPP, el criterio que permite diferenciar la regulación, restringiendo según este criterio, la afectación más intensa en los derechos fundamentales del afectado.

En el siguiente Capítulo analizaremos en concreto los dos modelos de control de identidad propuestos en esta investigación, el primer modelo vinculado a la concurrencia de indicios específicos que permitan en caso de verificar una situación de flagrancia, la detención del afectado, y el segundo modelo vinculado a aquellos indicios que *ex ante*, no tengan relación alguna con la detención en flagrancia. Previamente, analizaremos las reglas comunes a que se sujetan ambos modelos regulativos.

**CAPÍTULO III**  
**LA APLICACIÓN DIFERENCIADA DE LA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 85 DEL**  
**CÓDIGO PROCESAL PENAL**

## **Sección Primera**

### **Reglas comunes a todo procedimiento de control de identidad**

La regulación vigente del art. 85 CPP permite defender una aplicación diferenciada según el supuesto específico que constituya el fundamento de la realización de un control de identidad. Sin embargo, existe una serie de reglas y elementos comunes a todo control, aspectos que analizaremos a continuación.

#### **I. Actuación autónoma de la Policía, sin orden previa**

Desde la entrada en vigencia del CPP original, el control de identidad es una diligencia policial autónoma que se realiza sin orden previa judicial o del fiscal., cuya fuente se encuentra directamente en la ley, característica que se ha mantenido sin modificaciones a lo largo del tiempo<sup>1</sup>.

Esta actuación autónoma de las policías no debe informarse obligatoriamente al Ministerio Público una vez realizada, no rigiendo lo dispuesto en el art. 84 CPP parte final, referido a las diligencias policiales sin orden previa reguladas en el art. 83 CPP. En este sentido, ROMERO MUZA ha señalado que el control de identidad “goza de una autonomía que puede estimarse mayor, en el sentido que su realización no necesariamente deberá comunicarse al Ministerio Público”<sup>2</sup>.

Sin embargo, no debe entenderse que el control de identidad está exento de lo prescrito en el art. 88 CPP, según el cual el Ministerio Público podrá requerir de las policías en cualquier momento los registros de las actuaciones realizadas. En consecuencia, si bien las policías no tienen la obligación de comunicar al fiscal la realización de un control de identidad, posteriormente el Ministerio Público podrá

---

<sup>1</sup> Según SALAS ASTRAIN, op. cit., p. 170, el control de identidad “será procedente, incluso, respecto de aquellas personas sujetas a un estatuto procesal particular, como puede ser el caso de quien goce de “fuero constitucional” (senadores o diputados, intendentes, gobernadores) o de quien pudiese ser objeto del procedimiento de querrela de capítulos (jueces, fiscales judiciales o del ministerio público); e, incluso, de los titulares de inmunidad diplomática [...] porque la facultad del artículo 85 se encuentra autorizada directamente por la ley, esto es, sin la intermediación de autoridad alguna [...]”.

<sup>2</sup> ROMERO MUZA, op. cit., p. 15.

solicitar los registros de la diligencia, caso en que las policías deberán proporcionar dicha información.

La autonomía del control de identidad, especialmente en relación a la orden judicial previa, no está exenta de críticas. En el CPP la policía puede afectar derechos fundamentales sin necesidad de orden judicial previa en tres situaciones: a) la detención en caso de flagrancia; b) la entrada y registro de lugar cerrado en el caso del art. 206 CPP; c) el control de identidad. Según HORVITZ, los dos primeros casos constituyen manifestaciones de flagrancia, circunstancia que la Constitución “prevé como excepción a la necesidad de autorización judicial para la limitación de derechos fundamentales (art. 19 N° 7 CPR). No ocurre lo mismo con el supuesto contemplado en la letra c), circunstancia que ha fundado las sospechas de inconstitucionalidad que se dirigen al precepto legal en que se apoya tal facultad policial”<sup>3</sup>. Agrega que “los presupuestos de procedencia del control de identidad establecidos en el artículo 85 CPP no superan, a nuestro juicio, los estándares mínimos de intervención en los derechos de una persona a quien se atribuye participación en un hecho punible, importa la perturbación de importantes garantías personales y confiere enormes espacios de autonomía a la policía, la que actúa sin control judicial previo ni, tampoco, del ministerio público”<sup>4</sup>.

A nuestro juicio, en razón de la naturaleza y finalidad del control de identidad, siempre que su realización represente una injerencia de menor intensidad en los derechos fundamentales respecto de la detención en caso de flagrancia, el control de identidad debe ser concebido como una actuación autónoma, pues de otra manera perdería toda eficacia y no se cumplirían los objetivos para los cuales se estableció. Sin embargo, ello no significa que no exista un control posterior a la realización de la medida en relación a su correspondencia con el Derecho vigente<sup>5</sup>.

## **II. Carácter obligatorio del control para los funcionarios de Carabineros y Policía de Investigaciones de Chile**

---

<sup>3</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I., pp. 502-503.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 598-599.

<sup>5</sup> *Vid.*, *infra*, Capítulo IV.

A partir de la Ley N° 19.942, que sustituyó la palabra “*podrán*” por “*deberán*” en el art. 85 inc. 1° CPP, el control de identidad pasó a ser una diligencia obligatoria para los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 CPP (Carabineros y Policía de Investigaciones de Chile) cuando concurren sus presupuestos de procedencia. Con esta modificación se buscó eliminar la sensación de que el control de identidad era una medida facultativa para las policías, así como también recalcar que se trata de una norma imperativa, un trámite obligatorio cuando a juicio del funcionario policial el individuo se encuentra en los casos fundados descritos en la norma<sup>6</sup>.

Se ha criticado que esta modificación no generó cambio alguno en relación a la situación existente anteriormente, pues “además de querer dar la ley una señal de mayor dureza, no se advierte que la modificación tenga otra trascendencia, ya que, como hemos visto, la calificación del *caso fundado* y del *indicio* necesario le corresponde en su origen al personal que practica el control de identidad. En tal contexto, la obligación legal de la policía de practicar dicho control siempre estará supeditada a la apreciación subjetiva del funcionario que lo practica en cuanto a la concurrencia o no de tales requisitos”<sup>7</sup>. En otras palabras, sólo será imperativo para el agente realizar el control de identidad en la medida que él mismo califique la actitud del individuo como constitutiva de uno de los casos fundados a que alude el art. 85 CPP. Si el agente considera que no concurre uno de esos casos fundados, no deberá realizar el procedimiento.

En consecuencia, es de trascendental importancia determinar en qué situación los funcionarios policiales están autorizados para realizar un control de identidad, situación que se vincula al “caso fundado” y al carácter taxativo de la regulación.

### **III. Taxatividad de los casos fundados que autorizan la realización de un control de identidad**

Originalmente el art. 85 CPP señalaba que los funcionarios policiales podían solicitar la identificación de cualquier persona en *casos fundados*, tales como la

---

<sup>6</sup> Vid. ROMERO MUZA, op. cit., pp. 113-114; CHAHUÁN SARRÁS, op. cit., p. 98.

<sup>7</sup> SALAS ASTRAIN, op. cit., p. 189.

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 pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito.

La regulación establecía el “*caso fundado*” como presupuesto del control de identidad, otorgando un criterio genérico y no taxativo de procedencia de la medida, pues mediante la expresión “*tales como*”, se enumeraban sólo a modo de ejemplo, tres supuestos en los que se autorizaba la realización de un control de identidad<sup>8</sup>.

Como técnica legislativa no era la mejor, ya que generaba importantes problemas en relación al mandato de determinación derivado del principio de legalidad. Como explica SALAS ASTRAIN: “Si la determinación de un caso fundado se encuentra entregada, inicialmente, a la policía y los tres supuestos de tales, regulados expresamente en la ley, lo son sólo a vía ejemplar *¿Qué otros casos fundados pudieren concebirse?* La interrogante no es menor, porque esas causales reguladas en la ley han sido, precisamente, las que se asocian en forma ordinaria con las labores de prevención e indagación del delito, atribuidas a las policías; y como hemos visto, fueron tales labores las que dieron origen al control de identidad”<sup>9</sup>.

Con la modificación de la Ley N°20.253 se solucionó el problema, estableciéndose una enumeración taxativa, *numerus clausus*, según la cual los *casos fundados* se circunscriben, exclusivamente, a los descritos en la ley. Esta modificación es consecuencia de cambiar la frase “en caso fundados, tales como...”, por la frase “en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que [...]”, de manera que no existen otros supuestos que puedan dar lugar a un caso fundado que autorice la realización de un control de identidad<sup>10</sup>.

#### **IV. Relación entre los supuestos de procedencia e *iter criminis***

---

<sup>8</sup> SALAS ASTRAIN, op. cit., p. 171. Vid. también al respecto GODOY MARILLÁN, op. cit., pp. 203-204.

<sup>9</sup> SALAS ASTRAIN, op. cit., pp. 173-174.

<sup>10</sup> Asimismo, la Ley N° 20.253 estableció la necesaria concurrencia de más de un indicio para la procedencia del control, pues la norma original exigía “*la existencia de un indicio*” y, la norma vigente, la existencia de “*indicios*”, vid. ibídem, p. 193.



Fuera del supuesto de quien pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta –que alude al control de identidad de testigos– y el caso del encapuchado o embozado –que alude a circunstancias específicas de naturaleza exclusivamente preventiva– las restantes hipótesis de casos fundados en el art. 85 inc. 1º CPP corresponden a etapas específicas dentro del *iter criminis*: delito consumado, delito frustrado y tentativa<sup>11</sup>. En nuestra opinión, existe una relación entre las hipótesis “hubiere cometido”, “hubiere intentado cometer” y “se dispusiere a cometer” con las etapas del *iter criminis*, entendiendo *delito cometido como delito consumado*:

- |                                |                  |
|--------------------------------|------------------|
| - “Hubiere cometido”:          | Delito consumado |
| - “Hubiere intentado cometer”: | Delito frustrado |
| - “Se dispusiere a cometerlo”: | Tentativa        |

Así, el control de identidad sólo se aplica desde que exista un indicio de tentativa, y no a actos preparatorios impunes. El control de identidad se consagra en un código cuya finalidad es regular la actividad estatal dirigida a la investigación y juzgamiento de los delitos, y por tanto, su interpretación debe manifestar una preponderancia por las finalidades propias del proceso penal. Por ello, en los casos en que el sujeto se “dispusiere a cometer” un crimen o simple delito, el principio de ejecución, constituyen un presupuesto necesario para la realización de un control de identidad, pues la investigación policial autónoma, sin orden judicial ni del fiscal, debe efectuarse en relación a comportamientos en si mismo punibles. Y respecto a los supuestos de naturaleza exclusivamente preventiva, la actividad policial, en relación a actos que ni siquiera constituyen tentativa de falta (impune), ni actos preparatorios en si mismo punibles, constituye una intromisión desproporcionada en los derechos del afectado.

## V. El indicio

El art. 85 inc. 1º CPP exige para la realización de un control de identidad, la existencia de un *caso fundado*, en que, según las circunstancias, los funcionarios de

---

<sup>11</sup> En este mismo sentido, vid. también GODOY MARILLÁN, op. cit., p. 204.

policía estimaren que existen “indicios” de que una persona hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. La regulación distingue entre aquellas hipótesis en que se exige la concurrencia de indicios (más de uno), y la situación del encapuchado o embozado en que la policía debe constatar la concurrencia de esas circunstancias.

¿Qué es un indicio?, ¿qué debe concurrir y ser estimado por los agentes policiales para que sea procedente la realización de un control de identidad? El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia atribuye dos significados a la voz *indicio*<sup>12</sup>:

- 1.- Fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido.
- 2.- Cantidad pequeñísima de algo, que no acaba de manifestarse como mensurable o significativa<sup>13</sup>.

En su sentido literal, la voz *indicio* alude al antecedente que permite la inferencia de un hecho no conocido, no percibido. “El indicio no es ningún razonamiento discursivo, no representa ninguna categoría especial de inferencia como lo es, en cambio, la presunción, sino que equivale solamente a la afirmación base, de la cual parte precisamente aquella”<sup>14</sup>.

De este modo, la exigencia de indicios importa que la policía deba estimar, según las circunstancias, la concurrencia de hechos (más de uno) que permitan inferir racionalmente que el individuo a quien se somete a un control de identidad, hubiere

---

<sup>12</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, Real Academia de la Lengua Española, en <http://www.rae.es/rae.html>

<sup>13</sup> En este mismo sentido se resolvió en la audiencia de control de la detención y formalización de la investigación, en la causa R.I.T. N°1156-2004, del Juzgado de Garantía de Los Andes, en <http://www.fiscalíadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Bolet%C3%ADn%20MP%20N%C2%B0%2021.pdf>

<sup>14</sup> MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Técnica Probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 3ª edición. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1997, pp. 241, citado por MATORANA MIQUEL, Cristián. *Actuaciones Judiciales, Notificaciones, Resoluciones y Juicio Ordinario* (Apuntes de Derecho procesal). Santiago, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006, p. 255.

cometido, hubiere intentado cometer o se dispusiere a cometer un crimen, simple delito o falta, o de que pudiere suministrar informaciones útiles para su indagación.

Lo anterior es consecuencia de que el control de identidad es una medida que se realiza sin que los agentes de policía hayan constatado la realización de un hecho punible (circunstancia propia de una situación de flagrancia). La Policía actúa en el control de identidad sobre un fundamento meramente indiciario, sin constatar directamente la realización del hecho punible, pero con fundamento en la existencia de otros hechos que permitan inferir su existencia<sup>15</sup>.

Ello se relaciona estrechamente con la segunda acepción de la voz *indicio*. Desde un punto de vista cuantitativo, indicio alude a una mínima cantidad de algo *que no acaba de manifestarse como mensurable o significativa*. Es decir, el indicio no es el hecho en su totalidad, sino que es un hecho o fenómeno (cosas, circunstancias o comportamientos) que constituye una expresión menor del hecho no percibido que se pretende inferir.

En consecuencia, los funcionarios policiales deberán solicitar la identificación en ciertos casos fundados, entendiendo por tales aquellos en que según las circunstancias, los funcionarios estimaren la existencia de un hecho que constituya una expresión mínima de otro hecho a inferir, esto es, que el sujeto hubiere cometido, intentado cometer o se dispusiere a cometer un crimen, simple delito o falta, o de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta.

Sin embargo, el texto vigente plantea una interrogante adicional: ¿se requiere la efectiva concurrencia del indicio y su constatación por el funcionario, o basta la mera representación subjetiva del agente? La pregunta es consecuencia de la modificación realizada por la Ley N° 20.253, al sustituir en el inciso primero del art. 85 CPP la expresión “tales como la existencia de un indicio de que” por la siguiente “en que, según las circunstancias, *estimaren* que existen indicios de que”.

---

<sup>15</sup> <sup>15</sup> En este mismo sentido, en la audiencia de control de la detención y formalización de la investigación, causa R.I.T. N°1156-2004, del Juzgado de Garantía de Los Andes, se señaló que “indicio se entiende que es «menos que la flagrancia» pero «más que una mera sospecha”.

Consideramos que pretender que la Ley N° 20.253 introdujo la justificación exclusivamente subjetiva basada en la mera sospecha del agente policial, es una tesis inconsistente con la regulación del art. 85 CPP, e inverosímil respecto de la historia de la Ley N° 20.253.

a) Argumento literal:

Según SALAS ASTRAIN, “el legislador no ha querido que esta facultad policial autónoma pudiese ser objeto de prácticas arbitrarias o abusivas similares a la controvertida *detención por sospecha*. Por esta razón, exigió que el procedimiento identificatorio del artículo 85 sólo tuviese aplicación cuando existiesen “casos *fundados*”<sup>16</sup>.

La exigencia de un caso *fundado*, como circunstancia fundante de la realización de un control de identidad, no se satisface exclusivamente en la representación subjetiva del hecho a inferir (p.ej. “que el funcionario estimare que el sujeto hubiere cometido un crimen”), sino que expresamente se exige que el policía estimare *que existen indicios*, esto es –según el significado literal expuesto anteriormente del término, fenómenos que permitan inferir la existencia de un hecho no percibido.

Asimismo, el caso fundado exige que la calificación de un hecho como indicio se efectúe “según las circunstancias”, esto es, considerando el contexto en que el hecho se desarrolla, lo que alude manifiestamente a la consideración de condiciones fácticas concretas para la apreciación del carácter indiciario de un determinado hecho<sup>17</sup>.

b) Argumento histórico

La modificación fue producto de una indicación presentada en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados durante el primer trámite constitucional, por los diputados Burgos y Walker, quienes propusieron originalmente la expresión “*en que, según las circunstancias la Policía estimase en su apreciación que*”. Según el

---

<sup>16</sup> SALAS ASTRAIN, op. cit., p. 171.

<sup>17</sup>Vid. también en este sentido, ibídem, pp. 172-173, 193-194.

diputado Walker, el fundamento de la indicación era recoger la opinión de algunos fiscales, en relación a que ciertos jueces de garantía se mostraban muy exigentes para efectos de determinar si efectivamente hubo indicios acerca de la comisión del delito, en la audiencia de control de la detención. Dichos jueces consideraban que un control de identidad no podía derivar en una detención por flagrancia, por cuanto se trataba de actuaciones autónomas, de tal manera que si en dicho control se percibía la comisión flagrante de un delito, no era posible detener sin obtener previamente una orden judicial, motivo por el cual declaraban ilegal la detención. Con esta indicación se evitaba tal interpretación de la ley y se impedía la declaración de ilegalidad de la detención<sup>18</sup>.

En consecuencia, la indicación original tenía por fundamento evitar que los jueces de garantía cuestionaran durante la audiencia de control de la detención, si efectivamente hubo indicios que justificaran la realización del procedimiento de identificación.

En contra de sustituir la fundamentación objetiva del control de identidad, por una apreciación meramente subjetiva de los funcionarios policiales, el diputado Bustos señaló que la propuesta excedía la detención por sospecha, pues permitía a la policía actuar sin ningún indicio objetivo que otorgara fundamento a la actuación de las policías. En caso contrario, a juicio del diputado Bustos, jamás un juez podría declarar una detención ilegal. También la diputada Soto estimó que con esta indicación, el control de identidad no era más que una expresión de la detención por sospecha<sup>19</sup>.

La Comisión aprobó la indicación, pero, teniendo en cuenta los reparos de las opiniones divergentes, señaló que el control de identidad procederá **“sobre la existencia de indicios objetivos que permitieran la posibilidad de debatir acerca de su concurrencia”**, aprobando en definitiva el siguiente texto (actualmente vigente): **“en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que”**<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> PIEDRABUENA, op. cit., p. 93.

<sup>19</sup> Ibídem, pp. 93-94.

<sup>20</sup> Ibídem, p. 94.

En la Comisión de Constitución del Senado, nuevamente se discutió respecto al inciso propuesto por la Cámara de Diputados, en razón de una indicación de la senadora Alvear que pretendía el restablecimiento del texto vigente en ese momento. Nuevamente, la discusión en el seno de la Comisión se refirió a la posible justificación subjetiva del procedimiento y al control jurisdiccional de su procedencia.

El profesor Bofill estimó que el texto aprobado por la Cámara de Diputados, sustituía un elemento objetivo por uno subjetivo, al establecer que la presencia de los indicios quedaba entregada al juicio del policía que realiza el procedimiento, buscando así evitar el control jurisdiccional de una medida que restringe derechos constitucionales. Señaló que cualquier persecución criminal tiene que realizarse con control judicial<sup>21</sup>. Asimismo, el profesor Tavolari recordó que el control de identidad respondió a la necesidad de establecer un criterio objetivo que limitara la arbitrariedad de la policía en una actuación que se ejerce sin control previo. Insistió en que la eliminación del elemento objetivo de la existencia de indicios para la realización del control, importaba la posibilidad de arbitrariedad en el actuar policial, lo que originalmente era la detención por sospecha<sup>22</sup>.

El senador Espina señaló que le parecía acertada la modificación, “porque deja a la policía en situación de poder determinar si hay o no indicios; esto no significa que se la exima del deber de acreditar judicialmente dichas circunstancias, si es requerido para hacerlo”<sup>23</sup>. Asimismo, el senador Gómez señaló que esta atribución de las policías debe tener algún tipo de control jurisdiccional<sup>24</sup>.

El Defensor Nacional, argumentando que el problema de la declaración de ilegalidad de la detención efectuada durante un control de identidad era insignificante en términos estadísticos, señaló que el juez debía mantener el control respecto de las garantías de los ciudadanos como principio básico de la persecución penal en un Estado democrático de derecho, siendo una conquista de la reforma la abolición de la detención por sospecha. Por su parte, el Fiscal Nacional señaló que la referencia a la

---

<sup>21</sup> PIEDRABUENA, op. cit., pp. 97-98, 99.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 98, 100.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>24</sup> *Ídem*.

existencia de indicios en el texto era apropiada, y que el problema era que algunos jueces de garantía defendían la improcedencia de la detención flagrante durante un control de identidad, incluso constatándose un supuesto del art. 130 CPP<sup>25</sup>.

La posición del Ministro de Justicia fue considerar razonable que exista un estándar objetivo, controlable por el juez, manifestando que éstos no solicitan indicios muy rebuscados, porque el 98% de las detenciones es considerado ajustado a la ley<sup>26</sup>.

En definitiva, la historia de la Ley N° 20.253 demuestra que, sin perjuicio que la intención original de la indicación de los diputados Burgos y Walker era entregar la realización del procedimiento de control de identidad al criterio personal de los funcionarios policiales (“*estimase en su apreciación que...*”), en el seno de la Comisión de Constitución de la Cámara, a raíz de la discusión generada por la indicación propuesta, se modificó el texto para aludir expresamente a que la Policía deberá realizar el control de identidad cuando, “según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que...” procediendo el control de identidad “sobre la existencia de indicios objetivos que permitan la posibilidad de debatir acerca de su concurrencia”<sup>27</sup>. Asimismo, en el seno de la Comisión de Constitución del Senado, sin modificar el texto propuesto por la Cámara, se señaló que la presencia del indicio que sirve de fundamento a la realización de un control de identidad se entregaba al criterio de los funcionarios policiales, pero según criterios objetivos que fundamenten esa estimación y que ello no significa que el control de identidad sea un procedimiento exento de control judicial.

En consecuencia, respecto del inciso primero del art. 85 CPP, en lo referente a la exigencia de indicios como presupuesto de la realización de un procedimiento de control de identidad, estimamos que:

---

<sup>25</sup> PIEDRABUENA, op. cit., p. 99.

<sup>26</sup> Ídem.

<sup>27</sup> Historia de la Ley N° 20.253, op. cit., p. 74.

1.- El problema práctico resuelto por la Ley N° 20.253 fue establecer la competencia policial en la apreciación de los indicios que facultan la realización de un control de identidad<sup>28</sup>.

2.- La modificación de la Ley N° 20.253 no importa la sustitución de la justificación objetiva del control de identidad por una justificación subjetiva fundada en la mera sospecha del funcionario policial. Tanto la regulación original, como la actualmente vigente hacen referencia a la existencia de indicios, lo que importa la necesaria fundamentación del “caso fundado” que faculta la realización del control de identidad, en hechos que tengan dicho carácter indiciario, según las circunstancias.

3.- Los funcionarios de policía son los sujetos competentes para estimar que la concurrencia de ciertos hechos son constitutivos de indicios que permitan la realización de un control de identidad<sup>29</sup>. Se requiere la efectiva constatación de esos hechos que los agentes estimarán y calificarán como indicios, en razón de la necesaria fundamentación objetiva de esta actuación policial.

4.- Los funcionarios califican la existencia o no de un indicio *según las circunstancias*, y en consecuencia, deberá resolverse *caso a caso*. “El indicio fundante del control de identidad difiere según las circunstancias bajo las cuales se practica dicho control”<sup>30</sup>.

5.- La apreciación realizada por los funcionarios policiales puede ser controvertida ante el juez de garantía, y por lo tanto, está sujeta a control judicial<sup>31</sup>. La labor del juez de garantía debe seguir un criterio *ex ante*<sup>32</sup>, pues es el funcionario policial quien está

---

<sup>28</sup> Al respecto, vid. SALAS ASTRAIN, op. cit., p. 171.

<sup>29</sup> SALAS ASTRAIN, op. cit., pp. 172, 193.

<sup>30</sup> *Ibíd*em, p. 173. “Esta modificación vino a zanjar los cuestionamientos de discriminación realizados en forma habitual por los defensores en cuanto a que la policía no puede calificar de forma diversa una misma situación de hecho, práctica usualmente utilizada, en sectores socio-culturalmente diversos (vg., barrios acomodados v/s poblaciones marginales); modificación que, por supuesto, no excluye el control posterior del Juez de Garantía ni la responsabilidad administrativa o penal del funcionario que ha obrado caprichosamente” (*ibíd*em, pp. 193-194)

<sup>31</sup> Vid. PIEDRABUENA, op cit., pp. 105-106.

<sup>32</sup> Vid. también en este sentido, ROMERO MUZA, op. cit., p 74. El criterio *ex ante* ha sido exigido expresamente por la jurisprudencia: “Podemos entender por indicios aquellos parámetros de sospecha derivadas de la existencia de hechos específicos que permitan deducir por parte del funcionario policial, a



facultado para la estimación de la existencia de indicios, y por tanto, la tarea del juez corresponde a la valoración de la **razonabilidad** de la apreciación del agente, con los conocimientos que éste tenía, previos a la realización del control de identidad. La inexistencia de los hechos inferidos a raíz de la apreciación de los indicios efectuada por el funcionario no importa la ilegalidad del control de identidad, si el procedimiento es razonable desde una perspectiva ex ante.

Normalmente, será el parte policial el documento en que consta la descripción del hecho que reviste el carácter de indicio. Será el fiscal quien en la audiencia ante el juez de garantía deba explicitar los elementos de hecho que constituyen el indicio fundante del control de identidad<sup>33</sup>. Relevante es también la mención del específico crimen, simple delito o falta cuyo indicio motivó el control de identidad. La finalidad es que “la diligencia debe ser capaz de responder a qué ilícito corresponde el indicio que habilitó su práctica”<sup>34</sup>.

La valoración ex ante importa que si un control de identidad es realizado sin una estimación policial razonable acerca de la concurrencia de los indicios a que alude el art. 85 CPP, dicho control mantiene su carácter ilegal aún cuando la realización de un registro constatare una situación de flagrancia. En palabras de ROMERO MUZA, “la vigencia efectiva de la apreciación judicial *ex ante*, independiente de los resultados que arroje el control de identidad, es el mecanismo último que disciplina el ejercicio ajustado a derecho del actuar policial en la diligencia, y que lo disuade de incurrir en

---

**partir de un criterio de razonabilidad ex ante**, que la persona a la cual se controla hubiere cometido, intentado cometer o se dispusiere a cometer un crimen, simple delito o falta o bien que suministre información necesaria de la indagación de algún ilícito” (Causa RIT 17-2006, Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de 22 de febrero de 2006, citada por ROMERO MUZA, op. cit., p. 74 nota 44).

<sup>33</sup> ROMERO MUZA, op. cit., pp. 73-74.

<sup>34</sup> *Ibídem*, p. 75. La jurisprudencia ha exigido en ciertos casos indicar el ilícito concreto y específico indiciariamente inferido. En la causa RIT n° 850-2004, con fecha 17 de abril de 2004, la juez de garantía expresa que “de los antecedentes aportados en audiencia es posible concluir que Carabineros no se encontraba efectuando indagaciones respecto de la comisión específica de un determinado hecho punible. Que no resulta, entonces, en concepto de esta Juez, procedente ordenar que individuos que transitan por la vía pública, se detengan y exhiban su identidad, cuando los funcionarios policiales no se encuentran dentro de los marcos legales consagrados en la normativa procesal penal vigente(...)”. La Corte Suprema, en causa Rol de Ingreso N° 3570-06, ha precisado que la realización de un control de identidad corresponde a la “la indagación de presuntos, pero específicos, hechos punibles” (citadas por ROMERO MUZA, op. cit., p. 76 nota 54).

actuaciones atentatorias a garantías fundamentales. Si la legitimación de la diligencia se vinculara a los resultados de ésta, ello daría lugar a un perverso incentivo a realizar prácticas policiales que apuntaran a obtener de cualquier modo aquellos resultados, no sólo para la investigación, sino sobre todo para precaver toda responsabilidad en controles de identidad en los cuales no se hubieren cumplido a cabalidad las exigencias legales para su realización. Los resultados pasarían entonces no sólo a ser sinónimos de «subsanción» de los defectos de la diligencia, sino de «exculpación» de responsabilidades por tales defectos, todo lo anterior sin mencionar la siniestra fuente de prueba ilícita que se abriría<sup>35</sup>. En consecuencia, un resultado ex post correcto en los casos de ejercicio del cargo basado en sospecha, no puede subsanar la falta de un procedimiento adecuado, imprescindible en un Estado de Derecho<sup>36</sup>.

6.- Desde otro punto de vista, si para la realización de un control de identidad se requiere la efectiva constatación de ciertas circunstancias que los agentes estimarán y calificarán como *indicios*, ¿qué relación debe existir entre el hecho a inferir (que el sujeto hubiere cometido, intentado cometer o se dispusiere a cometer un crimen, simple delito o falta, o que pudiere entregar información útil) y las circunstancias a las que el agente policial atribuirá ese carácter indiciario? Anteriormente, señalamos que el control de identidad es una medida que se realiza sin que los funcionarios policiales hayan constatado la realización de un ilícito penal, sino que actúan con fundamento en la existencia de otros hechos que permitan inferir su existencia. Si el indicio no es el ilícito en su totalidad, sino que es otro hecho o fenómeno que constituye una expresión menor del que se pretende inferir, ¿se exige algún grado de conocimiento respecto de ese hecho a inferir? ¿La estimación policial sobre la existencia de indicios de participación exige un grado de imputación específico respecto del sujeto sospechoso?

---

<sup>35</sup> ROMERO MUZA, op. cit., p. 76 nota 46.

<sup>36</sup> Sobre la determinación de los elementos de justificación prospectivos y basados en sospecha, vid. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 424 y ss.

En relación al estado de conocimiento respecto de los hechos, según MATURANA se pueden distinguir cinco etapas: a) ignorancia acerca de los hechos; b) duda o credibilidad; c) probabilidad; d) certeza y e) convicción<sup>37</sup>.

La *ignorancia* se caracteriza por el absoluto desconocimiento del hecho que se va a investigar<sup>38</sup> y en consecuencia, no es el grado exigido por el art. 85 CPP que exige la apreciación por el funcionario policial de la existencia de indicios de participación o de que el sujeto suministre información.

Tampoco el conocimiento exigido es la *certeza*, pues ella corresponde al estado psicológico en que el sujeto no duda que su representación mental sobre ciertos hechos corresponde exactamente a la forma cómo en realidad sucedieron. Este estado se logra luego de realizar una serie de investigaciones, llegando en consecuencia al convencimiento de que un hecho ha ocurrido de una manera determinada<sup>39</sup>. Tampoco el estándar es la *convicción*, pues ella corresponde a la certeza cuando se admite como legítima<sup>40</sup>.

La *duda* se produce cuando frente a una circunstancia determinada concurren motivos que llevan hacia la afirmación de esa circunstancia y motivos que llevan hacia su negación. Si los factores negativos son mayores que los afirmativos, la circunstancia es *improbable*. Si los factores negativos son equivalentes a los afirmativos, hay *credibilidad* del asunto. Si los factores negativos son menores que los afirmativos, el hecho es *probable*. En consecuencia, la etapa de duda puede convertirse en improbabilidad, credibilidad y probabilidad<sup>41</sup>.

“Hay *probabilidad* cuando la razón, apoyándose en motivos graves, tiene por verdadero un hecho, pero sólo en el caso de que los motivos poderosos en contrario no hayan completamente desaparecido (...) La probabilidad recobra toda su importancia en el curso del proceso, dirige la instrucción y autoriza plenamente, las

---

<sup>37</sup> MATURANA MIQUEL, Cristián. *Aspectos Generales de la Prueba*. (Apuntes de Derecho procesal). Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006, p. 22.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 24.

graves medidas que es necesario tomar”<sup>42</sup>. A diferencia de la *posibilidad* –en que las razones favorables o contrarias son equivalentes- la *probabilidad* exige un predominio de unos motivos sobre los otros. El juicio de probabilidad y verosimilitud constituye el conocimiento suficiente para la adopción de una medida cautelar, en cambio, para la sentencia definitiva se exige la certeza<sup>43</sup>.

Por otro lado, GONZALEZ-CUELLAR ha señalado respecto de las medidas de investigación policial, que el grado de imputación necesario para ordenar dichas medidas no se desprende automáticamente de los términos utilizados por el legislador. Más bien, la intensidad de la sospecha exigida depende de cada medida y de su gravedad, “la ordenación de los distintos grados de intensidad del juicio de imputación no puede deducirse simplemente del significado filológico de las palabras utilizadas, más bien habrá de ser determinada de acuerdo con la naturaleza y mayor o menor gravedad de las medidas. Cuanto más restrictiva sea la medida, mayor grado de imputación debe reclamarse”, “la sospecha debe ser más alta en relación con las medidas más graves. Así la sospecha requerida presupuesto de la prisión debe ser más intensa que la necesaria para acordar la detención”<sup>44</sup>.

En razón de lo anterior, considerando que el procedimiento de control de identidad constituye una medida policial cuya intensidad –en cuanto a la gravedad de la afectación en los derechos fundamentales del afectado- es menor que la detención, y que para las medidas cautelares lo exigido es un grado de *probabilidad* respecto de la existencia del hecho y de la participación del imputado<sup>45</sup>, estimamos que para la realización de un control de identidad el carácter indiciario exige como mínimo un estado de *duda* respecto del hecho a inferir, existiendo la posibilidad o credibilidad de que el sujeto hubiere cometido, intentado cometer o se dispusiere cometer un crimen,

---

<sup>42</sup> MITTERMAIER. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Madrid, Editorial Reus, pp. 61-62, citado por MATURANA, *Aspectos generales...* op. cit., p. 24.

<sup>43</sup> MATURANA, *Aspectos generales...* op. cit., p. 25.

<sup>44</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR, op. cit., pp. 268-269, 271.

<sup>45</sup> La regulación del CPP, a diferencia del CdPP que en su art. 255 exigía “fundadas sospechas”, omitió precisar las exigencias de *fumus bonis iuris* necesarias para adoptar la medida cautelar detención. Según LÓPEZ, esta omisión debe subsanarse por vía interpretativa, no bastando el solo hecho de la imputación para justificar una detención. En razón de las exigencias del principio de proporcionalidad, el autor exige “un juicio de probabilidad acerca de la existencia del delito y de la participación del imputado” (HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I., p. 366).

simple delito o falta, o de que pudiere suministrar información útil para la investigación de los mismos. Ello importa que el carácter de indicio que le atribuye el funcionario policial a ciertos hechos determinados, signifique que concurren tanto motivos que llevan a la afirmación del hecho a inferir, como motivos que llevan hacia su negación, siendo tales motivos al menos de importancia equivalente.

7.- La falta de razonabilidad del carácter indiciario de hechos apreciados por los funcionarios policiales importa la insuficiencia o falta de fundamentación ex ante del caso fundado que habilita la realización del procedimiento de control de identidad. ROMERO MUZA, ha señalado que en la práctica esa fundamentación deficitaria se identifica con diversas circunstancias que no autorizan por si solas la realización de este procedimiento:

a.- La sola actitud o el perfil de los sujetos, por ejemplo, cambiarse de calzada ante la presencia policial, o circunstancias tales como la forma de vestir o usar el pelo, no constituyen por si solas un fundamento suficiente para la realización de un control de identidad<sup>46</sup>.

b.- La utilización de formulismos genéricos, tales como “fue controlado por su actitud evasiva”, “actitud sospechosa”, “por sus gestos y conductas”, “por estar nervioso”. Esas expresiones no justifican por si solas la realización de un control de identidad, pues se requiere especificar en qué consisten esas actitudes, gestos y conductas y el motivo por el cual ellas constituyen razonablemente un indicio suficiente para la realización del procedimiento<sup>47</sup>.

c.- El lugar en que se llevó a cabo el control no puede considerarse como un dato por sí mismo, pues ello resulta manifiestamente estigmatizante y discriminatorio.

---

<sup>46</sup> ROMERO MUZA, op. cit., pp. 77-78. Al respecto, el Ministro de Justicia de la época, a propósito de la tramitación de la Ley N° 19.789, señaló que no se podía pensar que conforme a las normas propuestas, cualquier individuo que ande por la calle pueda ser objeto de revisión exhaustiva por tener “cara de malo”. Pretender eso no está permitido ni es lógico, vid. ibídem, p. 51.

<sup>47</sup> Ibídem, p.79.

Debe considerarse conjuntamente al lugar, la conducta del sujeto, la hora, entre otras circunstancias<sup>48</sup>.

d.- La mera invocación de las máximas de la experiencia policial, y en general, la remisión a la “experiencia policial”, “olfato policial” e “intuición policial”, tampoco constituyen un antecedente que por sí mismo fundamente la realización de un control de identidad. Debe detallarse y explicarse en qué consisten dichas máximas y la razón de su aplicación al caso concreto<sup>49</sup>.

Al respecto, ROMERO MUZA afirma que no es lo mismo que el Fiscal afirme en abstracto al Juez que el policía que realizó el procedimiento “tiene experiencia”, a señalar circunstancias adicionales, p. ej. que el policía que practicó el procedimiento realiza patrullajes periódicos en el sector, el conocimiento del funcionario sobre el lugar, la especialización del agente en la investigación de ciertos delitos, datos estadísticos tales como la cantidad de detenciones realizadas en el sector, todas circunstancias que entregan al Juez una fundamentación razonable y circunstanciada del actuar policial. El criterio de razonabilidad ex ante importa que las máximas de la experiencia policial deban ser explicitadas al juez, y que éste, en base al contexto de las circunstancias, y desde el punto de vista del agente policial, llegue razonablemente a la misma conclusión respecto a la existencia de indicios suficientes para controlar la identidad<sup>50</sup>.

En relación a estos criterios, la Instrucción N° 31 del Ministerio Público ha señalado que “tales indicios deben fundarse en circunstancias concretas de la conducta del sujeto que la hagan sospechosa y nunca en consideraciones sobre su aspecto o su origen socioeconómico”<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> ROMERO MUZA, op. cit., p. 79.

<sup>49</sup> Ídem.

<sup>50</sup> Ibídem, p. 80.

<sup>51</sup> MINISTERIO PÚBLICO, FISCALÍA NACIONAL. *Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales N° 36 a 50, nov. 2000-feb. 2001*. Editorial Jurídica de Chile, 2001, citado por ROMERO MUZA, op. cit., p. 77, nota 47

Asimismo, lo ha señalado la jurisprudencia de nuestros tribunales de garantía, que ha dicho respecto a estos criterios lo siguiente<sup>52</sup>:

“Se declara ilegal la detención, ya que ésta provino de un control de identidad ilegal, como se desprende del parte policial en el cual los funcionarios “observaron la presencia de tres individuos, los que se encontraban en actitudes sospechosa (...) y vestimenta típica de los delincuentes para salir a delinquir al sector céntrico de la ciudad” (causa RIT 1478-2004, dictada por don Carlos Benavente García, Juez de Garantía de Chillan, 26 de junio de 2004).

”Que el hallazgo de droga a que se refiere el requerimiento del Ministerio Público se habría originado en un control de identidad cuyo indicio no aparece en modo alguno justificado o legitimado, pues éste habría consistido (...) en algo tan críptico y vago como que un ciclista “apuró su marcha”, manifestando “gran nerviosismo” frente a una patrulla policial, lo que –aun de corroborarse- no constituye bajo esa descripción indicio alguno que justifique controlar la identidad de un ciudadano y registrar sus vestimentas (a menos, naturalmente, que se dote a la expresión lingüística del nerviosismo de un mínimo contenido fáctico concreto susceptible de ser conectado con un indicio). En efecto, la referencia al presunto “nerviosismo” (cuestión evidentemente muy difícil de percibir por parte de policías tratándose de un ciudadano que se desplaza en su bicicleta) responde a una fórmula tipo o estándar utilizada por agentes de persecución penal para, de manera estandarizada y uniforme, justificar su intervención en la esfera de derecho de un individuo, sin proporcionar ningún elemento fáctico que dé cuenta de que es en este caso concreto lo que viene a conformar ese particular “nerviosismo” indiciario de un ciclista en marcha y que permita a este juez (que por mandato constitucional y legal está obligado a cautelar en todas las etapas del procedimiento penal los derechos de los ciudadanos imputados) comprender el accionar policial en el caso concreto. A menos, claro está, que la jurisdicción cautelar deba en todos los casos confiar ciegamente en que la utilización de tales fórmulas estándar o tipo como la referencia vaga al “nerviosismo” siempre da cuenta de un indicio criminis real y efectivo, fundado en una suerte de “intuición policial”, cuya particular, inescrutable y misteriosa naturaleza no es susceptible de ser expuesta al juzgador en términos

---

<sup>52</sup> ROMERO MUZA, op. cit., pp. 77 y ss., nota 48.

tales que pueda este ejercer un control efectivo del ejercicio de la coacción estatal que la sociedad ha confiado a nuestros policías a través de mecanismos como el control de identidad” (causa RIT 797-2006, dictada por don Eduardo Gallardo Frías, Juez de Garantía de Santiago, 8 de marzo de 2006).

“... a juicio de este Tribunal, el simple hecho de que una persona realice lo que a juicio de carabineros pueda ser una conducta evasiva o actos nerviosos sin haber especificado en forma concreta lo que constituía dichas conductas evasivas, no puede ser considerado como un indicio” (causa RIT n° 505-2005, Juzgado de Garantía de Los Andes, 26 de abril de 2005).

En consecuencia, lo relevante para considerar conforme a Derecho la realización de un control de identidad, es el criterio de razonabilidad ex ante del indicio que le sirve de fundamento. La determinación fáctica y razonable del indicio a estimar por los funcionarios policiales debe considerar como elementos configuradores, circunstancias tales como el contexto de los hechos, las máximas de la experiencia policía (sujetas a especificación y justificación), las características del sector (jamás como único antecedente) y los elementos fácticos concurrentes<sup>53</sup>.

## **VI. Etapas del procedimiento**

El control de identidad constituye un procedimiento policial que puede ser dividido en tres etapas o momentos.

a) **Primera etapa:** corresponde al requerimiento de identificación regulado en el art. 85 inc. 1° CPP. La identificación se realizara mediante la exhibición de documentos expedidos por la autoridad pública, en el mismo lugar en el que se hizo el requerimiento. Como señalamos, esta etapa representa una injerencia mínima en la libertad personal del afectado, constitutiva de una mera restricción de ese derecho. Sin

---

<sup>53</sup> ROMERO MUZA, op. cit., p. 81. La jurisprudencia ha considerado que constituye indicio el hecho que dos personas porten una caja de gran tamaño y al advertir la presencia de carabineros se alejen rápidamente (causa RUC 0900078930-2, RIT 369-2009 del Juzgado de Garantía de Calama) y el hecho de que personas, en actitud sospechosa y bebiendo alcohol, merodeen un lugar (audiencia de control de la detención y juicio simplificado, 15 de enero de 2004, Juzgado de Garantía de Constitución, disponible en <http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Bolet%C3%ADn%20MP%20N%2018.pdf>).



embargo, afecta el derecho a la privacidad, en su sentido positivo, en relación al derecho a la autodeterminación informativa<sup>54</sup>.

b) **Segunda etapa:** corresponde al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo del controlado de identidad y la constatación de órdenes de detención pendientes, regulada en el art. 85 inc. 2º CPP. Constituye una etapa facultativa para los agentes policiales (“*podrá*”) y no exige para su procedencia la imposibilidad o negativa a la identificación, por lo que durante el procedimiento se podrán llevar a cabo aún cuando ya se hayan exhibido los documentos pertinentes, lo que confirma que el control de identidad no termina con su acreditación. Representa una restricción de libertad si se ajusta a los límites propios del control de identidad, así como una afectación al derecho a la privacidad, según la intensidad y ámbito de extensión del registro.

c) **Tercera etapa:** corresponde al traslado a la unidad policial más cercana, regulada en el art. 85 inc. 3º CPP. Sólo procede en caso de negativa de la persona a acreditar su identidad, o cuando habiendo recibido las facilidades para hacerlo, le ha sido imposible acreditar su identidad. Durante este traslado, el sujeto se encuentra privado de libertad.

## VII. La negativa a manifestar y acreditar la identidad

La negativa a manifestar el nombre y apellido al funcionario autorizado para efectuar un requerimiento de identificación, así como, el hecho de ocultar la verdadera identidad al mismo funcionario, realiza la falta contemplada en el art. 496 n° 5 CP<sup>55</sup>. Por su parte, el art. 85 inc. 5º CPP, dispone que si el sujeto se niega a acreditar su identidad deberá ser detenido como autor de la falta contemplada en el art. 496 n° 5

---

<sup>54</sup> Vid. *supra*, Capítulo II, Sección 2ª, II, 4 y III, 3.2.

<sup>55</sup> Estimamos que la tercera hipótesis contemplada en el art. 496 n° 5 CP –dar domicilio falso– no es relevante para efectos del requerimiento de identificación de un control de identidad, pues el art. 85 CPP no exige la manifestación del domicilio. Lo anterior se corrobora en el propio texto del art 85 CPP, que establece que la identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, tales como la cédula de identidad y el pasaporte, documentos en que no consta el domicilio del sujeto, y en consecuencia, no constituye un dato personal requerido por el art. 85 CPP.

CP. Por último, el art. 134 inc. 4º CPP contempla la procedencia excepcional de la detención en situación de flagrancia en caso de ciertas faltas, contemplado expresamente la del art. 496 nº 5 CP.

Existe una contradicción interna en la regulación del art. 85 CPP, pues su inc. 3º contempla la negativa a acreditar la identidad como causal de la conducción del sujeto a la unidad policial más cercana con fines de identificación (con un límite máximo de ocho horas), en cambio, el inc. 5º establece que la negativa a acreditar la identidad autoriza la detención del sujeto como autor de la falta del art. 496 nº 5 CP.

Entendemos que la negativa a *acreditar* la identidad debe ser distinguida de la negativa a *manifestar* la identidad. La falta del art. 496 nº 5 explícitamente sanciona la negativa a proporcionar la identidad, no la negativa a su comprobación. Si entendemos que la *identificación* exigida en el art. 85 CPP “consiste en comprobar la individualidad de la persona humana, en verificar que ésta es la misma que se pretende o supone”<sup>56</sup>, la negativa a acreditar la identidad es precisamente una negativa a identificarse. Estimamos que este comportamiento hace aplicable el inc. 3º del art. 85 CPP, más benigno que el inc. 5º, pues el sujeto no se encuentra detenido –aunque sí privado de libertad- y por lo tanto, la duración de la medida será menor que la detención y no está sujeta a la realización de otras medidas investigativas propias de esa medida cautelar, como por ejemplo, el registro del art. 89 CPP<sup>57</sup>. La detención es propia del comportamiento constitutivo de la falta, esto es, la negativa absoluta a manifestar los datos correspondientes a la identidad de una persona<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> VODANOVIC y otros, op. cit., t. I, p. 442.

<sup>57</sup> Vid. *infra*, Capítulo III, Sección 2ª, III, 2.1.3.

<sup>58</sup> Una opinión distinta tiene ROMERO MUZA, op. cit., pp. 63-64, quien sostiene que si el sujeto guarda silencio ante el requerimiento de identificación y no manifiesta su identidad, la detención no es posible, pues dicha hipótesis no estaría contemplada en la norma, y además, tendría el derecho a guardar silencio. Por tanto, ante la negativa a manifestar la identidad, es de cargo exclusivo de la policía su averiguación mediante la toma de huellas digitales. Asimismo, sostiene que la hipótesis de negativa a acreditar la identidad, propia de la detención, sólo puede configurarse si el sujeto se niega a la toma de dichas huellas. Sin embargo, la tesis de ROMERO MUZA desconoce el texto literal de la falta del art. 496 nº5, en que una de las conductas típicas es precisamente la negativa a manifestar el nombre y apellido a la autoridad o a persona que tenga derecho para exigir que los manifieste, mientras que la negativa a acreditar –comprobar, verificar- la identidad es irrelevante. Por otro lado, sin perjuicio que el requerimiento de identificación afecta el derecho a la autodeterminación informativa (*supra*, Cap. II, Secc. II, III, 3.2.) y que en consecuencia, sólo sea posible si una ley lo contempla, el derecho a guardar silencio no protege

## VIII. Diligencias investigativas excluidas

Existen dos importantes diligencias investigativas excluidas de ser efectuadas durante el desarrollo de un control de identidad: la declaración del imputado y su sometimiento a reconocimiento por terceros o por la víctima, ambas medidas extrañas a las facultades otorgadas a la policía en el art. 85 CPP, que de ser efectuadas durante un control de identidad que posteriormente deriva en detención, ésta será declarada ilegal, con la consecuente exclusión de la prueba obtenida.

El interrogatorio policial del controlado de identidad debe regirse por lo establecido en el art. 91 del CPP, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 91.- Declaraciones del imputado ante la policía. La policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor. Si éste no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto.

Si, en ausencia del defensor, el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal. Si esto no fuere posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia.

En consecuencia, para que el imputado sujeto a un control de identidad pueda ser interrogado por la policía, previamente se debe dar aviso a su defensor de confianza y si no lo tuviere, el ministerio público deberá solicitar que se le nombre un defensor penal público (art. 102 CPP), con el objeto de que se encuentre presente para otorgar validez al interrogatorio.

Por otro lado, una declaración voluntaria del imputado sujeto a control de identidad importa necesariamente una renuncia a su derecho a guardar silencio consagrado en el art. 93 letra g), y por lo tanto, como toda renuncia a los derechos de

---

respecto de la averiguación de la identidad (vid. *supra*, Cap. II, Secc. I, II). Asimismo, la negativa a acreditar la identidad también es posible en otros casos, por ejemplo, cuando el sujeto se niega a facilitar sus documentos de identificación al agente policial.

defensa (guardar silencio, declarar sin defensor, etc.), “sólo puede ser válida si ha sido adoptada en forma voluntaria e informada al imputado por quien tiene asignado ese rol desde la primera actuación del procedimiento penal en su contra: el defensor (...) De manera que no resulta legítima la renuncia prestada en otros términos, ni las actuaciones que se deriven de aquella”<sup>59</sup>.

Lo anterior no rige respecto del control de identidad realizado a los testigos de un hecho punible, en el supuesto contemplado en el art. 83 letra d) CPP, que faculta a los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile a realizar, sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales, la identificación de testigos y a *consignar las declaraciones que efectuaren voluntariamente*, en los casos contemplado en las letras b) y c) del art. 83 CPP (detención en flagrancia y resguardo del sitio del suceso).

Respecto a la segunda diligencia investigativa señalada, esto es, la realización de un reconocimiento del sujeto por parte de terceros o por la misma víctima, debemos precisar que esta medida no se encuentra regulada en el CPP, pero en virtud de las posibles consecuencias de dicha diligencia investigativa y el tratamiento que otorga el ordenamiento jurídico a situaciones similares, podemos sostener que también rige lo anteriormente señalado respecto del defensor y la declaración del imputado.

Agrega ROMERO MUZA que “debemos recordar que el art. 83 no contempla dentro de sus hipótesis de actuación autónomas de la policía, la posibilidad de realizar diligencias de reconocimiento. Si la diligencia de reconocimiento con todo, se efectúa, y con ella se obtiene una flagrancia sobreviniente, simplemente entendemos que constituye una diligencia ilegal, con una consecuente detención ilegal, reclamable en el control de detención, siendo su resultado susceptible de exclusión como prueba por infracción de garantías”<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> ROMERO MUZA, op. cit., p. 130-131. El autor señala que ello también es aplicable a las hipótesis de exámenes corporales y pruebas caligráficas de acuerdo al art. 197 del CPP.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 135.

## IX. Duración del control de identidad

El control de identidad constituye una diligencia de duración limitada, en efecto, el inciso cuarto dispone: “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” sin perjuicio de la detención en razón de la falta del art. 496 n° 5 CP<sup>61</sup>.

Sin embargo, las ocho horas a que alude el art. 85 inc. 4º, no constituyen un término a utilizar de forma íntegra por la autoridad policial. El inciso final del art. 85 establece que “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 en consecuencia, el plazo de ocho horas es un límite máximo, y el procedimiento deberá concluir una vez realizadas las diligencias que autoriza el art. 85 CPP, de la manera más expedita posible.

Este periodo de tiempo se otorga sólo con fines identificativos, es decir, al afectado por el control no se le puede someter a procedimientos de índole investigativa o cualquier otro que no tenga por objetivo lograr su correcta identificación (sólo excepcionalmente procede un registro limitado y la constatación de órdenes de detención). Por otro lado, el agotamiento íntegro del plazo máximo aumentado a ocho horas se establece por razones técnicas vinculadas a la identificación, pues en caso de que sea necesaria la comprobación de la identidad mediante huellas digitales una vez conducido el sujeto a la unidad policial más cercana, el Servicio de Registro Civil e Identificación debe remitir la información solicitada durante ese plazo. En el Senado, también se defendió dicho aumento por razones técnicas, en zonas rurales o con dificultades en las comunicaciones, buscando evitar la falta de identificación por la falta de acceso a las bases centralizadas donde constan los datos<sup>62</sup>. Por tanto, las policías

---

<sup>61</sup> Recordemos que, como se dijo en la historia legislativa del art. 85, en el texto original se establecía una duración máxima de 4 horas, que posteriormente fue aumentada a 6 y finalmente a 8 horas, en virtud de razones técnicas de factibilidad de la comprobación de la identidad. Para mayor detalle, vid. ROMERO MUZA, op. cit., p. 61; SALAS ASTRAIN, op. cit., pp. 187-188, 196.

<sup>62</sup> Vid. Historia legislativa Ley N° 19.789, op. cit., p. 77; PIEDRABUENA, op. cit., pp. 96, 103.

sólo podrán hacer uso del aumento del plazo sólo cuando efectivamente concurrieren dificultades técnicas en la identificación del sujeto.

La razón de esta limitación temporal es la protección de los derechos del controlado de identidad, ya que funciona como una garantía para evitar que el procedimiento se alargue artificialmente con la excusa de no lograrse la identificación, lo que se prestaría para abusos por parte de la policía, especialmente en razón de que el sujeto controlado de identidad no se encuentra detenido<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> En este mismo sentido, vid. ROMERO MUZA, op. cit., p.61.

## Sección Segunda

### Modelo I: El control de identidad como instrumento para la verificación o descarte de una situación de flagrancia

#### I. Finalidad

La tesis defendida en la sección tercera del capítulo anterior, expone como premisa la heterogeneidad de la regulación del artículo 85 CPP, que reúne en su naturaleza represivo-preventiva, distintas finalidades de identificación e indagación, tanto de sujetos sospechosos y no sospechosos de realización de un hecho punible.

Esta heterogeneidad, en razón de las diversas finalidades del control, así como la distinta intensidad en la afectación de derechos fundamentales, y la vigencia del principio de proporcionalidad, importa interpretar el procedimiento de control de identidad desde una perspectiva diferenciada, según el carácter del indicio, la finalidad de la medida y la relevancia de los derechos fundamentales involucrados.

El primer modelo de control de identidad se fundamenta en la existencia de indicios —es decir, supuestos no constitutivos de una situación de flagrancia— que permiten realizar un registro de carácter limitado que tiene por finalidad, además de la seguridad del agente, la búsqueda de evidencia del ilícito pesquisado. En consecuencia, este control de identidad pretende la verificación o descarte de una situación de flagrancia, a través de la realización de un registro, con miras a la detención del sujeto<sup>1</sup>. De este modo, *el control de identidad es un instrumento para realizar una detención*, cuya finalidad es tanto la identificación como la indagación del ilícito pesquisado, con el objeto de verificar o descartar una situación de flagrancia.

Sin embargo, el pronóstico de una eventual flagrancia sometida a corroboración mediante el control de identidad, requiere que el indicio se fundamente en la realización de hechos susceptibles de una detención en situación de flagrancia. No todo sospechoso puede ser detenido in fraganti, y en consecuencia, no resulta idónea

---

<sup>1</sup> Oficio F.N. N° 554, op .cit., p. 11.

la realización de un control de identidad instrumental a la detención si esta medida cautelar no es posible desde un punto de vista ex ante, según el indicio que sirve de fundamento al control de identidad.

## II. Supuestos de procedencia

Si en este modelo, el control de identidad se entiende como un instrumento para la corroboración de una situación de flagrancia susceptible de detención, entonces, el ilícito imputado que fundamenta la medida debe ser ex ante idóneo para esta finalidad.

La medida cautelar *detención* no es procedente tratándose delitos que la ley no sanciona con penas privativas ni restrictivas de libertad (art. 124 CPP). El delito flagrante que autoriza la detención es el delito de acción penal pública y excepcionalmente, el delito de acción penal previa instancia particular si el delito flagrante fuere de aquellos previstos y sancionados en los artículos 361 a 366 quater del Código Penal, que se refieren a la violación, estupro, y otros delitos sexuales (art. 129 CPP). En todos los demás delitos de acción penal pública previa instancia particular y en todos los delitos de acción penal privada no es procedente la detención por flagrancia<sup>2</sup>.

En principio, la regulación del CPP original tampoco permitía la detención en el caso de las faltas, procediendo únicamente la citación. Sin embargo, la Ley N° 19.789 hizo procedente la detención en situación de flagrancia en los casos a que se refiere el inciso cuarto del art. 134 CPP: el imputado podrá ser detenido si hubiere cometido alguna de las faltas contempladas en el Código Penal en los siguientes artículos:

- 494 N° 4: El que amenazare a otro con armas blancas o de fuego y el que riñendo con otro las sacare, como no sea con motivo justo.
- 494 N° 5: Lesiones leves

---

<sup>2</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I., p. 373.



- 494 N° 19: El que ejecutare alguno de los hechos penados en los artículos 448 (hurto de hallazgo), 467, 469, 470 (estafas y otros engaños) y Art. 477 (incendio de objetos) siempre que el delito se refiera a valores que no excedan de una U.T.M.
- 494 bis Hurto- falta (si el valor de la cosa hurtada no pasa de media U.T.M).
- 495 N° 21: Daños que no excedan de una U.T.M. en bienes públicos o de propiedad particular.
- 496 N° 5: El que ocultare su verdadero nombre y apellido a la autoridad o a persona que tenga derecho para exigir que los manifieste, o se negare a manifestarlos o diere domicilio falso.
- 496 N° 26: El que tirare piedras u otros objetos arrojados en parajes públicos, con riesgo de los transeúntes, o lo hiciere a las casas o edificios, en perjuicio de los mismos o con peligro de las personas.

En consecuencia, el control de identidad de mayor injerencia en los derechos fundamentales –el control asociado al registro en búsqueda de evidencia del ilícito pesquisado, cuya finalidad es la corroboración de una situación de flagrancia– sólo es procedente si el ilícito investigado, del cual sólo se tiene indicios, es susceptible de la medida cautelar detención en caso de constatarse una situación de flagrancia del art. 130 CPP. Por tanto, **sólo tiene aplicación en presencia de un indicio de que el sujeto hubiere cometido, intentado cometer, o se dispusiere a cometer un crimen o delito sancionado con pena privativa o restrictiva de libertad, de acción penal pública o acción penal pública previa instancia particular si el delito fuere de aquellos previstos y sancionados en los artículos 361 a 366 quater del Código Penal, o en presencia de un indicio de que el sujeto hubiere cometido, intentado cometer, o se dispusiere a cometer una falta del art. 134 inc. 4º CPP.**

De este modo, la injerencia en los derechos fundamentales del sospechoso de falta (arts. 134 CPP), ampliamente criticada en doctrina<sup>3</sup>, y manifiestamente desproporcionada en el caso de tentativa, pues ni siquiera constituye punible, se rige también por un criterio de excepcionalidad a través de la aplicación restringida de este

---

<sup>3</sup> Vid. *supra*, Capítulo II, Sección 3ª.

modelo de control de identidad, bajo los mismos supuestos de procedencia de la detención en situación de flagrancia, y en coherencia con la finalidad legislativa de buscar una mayor eficacia en la labor policial respecto a específicos ilícitos cuya comisión genera alarma pública.

### **III. Medidas autorizadas a realizar por la policía**

#### **1. Primera etapa: Identificación *in situ***

##### **1.1. *El requerimiento de identificación***

El art. 85 inc. 1º CPP autoriza a efectuar un requerimiento de identificación como medida esencial en la realización del procedimiento de control de identidad. La ley establece al respecto tres reglas fundamentales:

a) La identificación se debe realizar ***en el lugar en que la persona se encuentra***. La restricción de libertad que importa la realización de un requerimiento de identificación no permite el traslado del sujeto a otro lugar, sino que debe permanecer en el que se encontraba al momento de efectuarse el requerimiento.

b) La identificación se debe realizar ***por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública***, tales como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte (enunciación meramente ejemplificativa)

En relación a la cédula de identidad, el art. 5º del DL nº 26 establece que “estarán obligados a obtener su libreta de identidad personal, todos los residentes en el territorio de la República, tanto nacionales como extranjeros que hayan cumplido veintiún años de edad...”. Actualmente, se debe entender que dicha norma rige a partir de los dieciocho años de edad, en razón de la modificación a la mayoría de edad de la Ley 19.221 de 1993. En este sentido, VODANOVIC señala que actualmente “están obligados a solicitar dicha cédula los chilenos y extranjeros que residan en el territorio de la República, mayores de 18 años de edad, salvo los extranjeros que tengan la calidad de residentes oficiales, los turistas y los tripulantes. Los menores de la edad

señalada están obligados a requerir la cédula de identidad cuando por disposición legal han obtenido o deban obtener ésta”<sup>4</sup>.

El art. 6° DL N° 26 señala que la cédula de identidad “será documento suficiente para probar la identidad del individuo en todos los actos públicos o privados en que la presente, y tendrá, por lo tanto, valor legal”. Sin perjuicio de lo anterior, para efectos del control de identidad, no es el único documento capaz de dar fe de la identidad del controlado, pues el art. 85 CPP permite la identificación por documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, señalando a modo de ejemplo, la cédula de identidad, la licencia de conducir y el pasaporte. Esto permite concluir que si bien existe un deber de obtener la cédula de identidad al cumplir la mayoría de edad, no existe la obligación de portarla en todo momento, pues de ser así, la cédula de identidad sería el único documento capaz de acreditar la identidad ante un control del art. 85 CPP, y se establecería una sanción a aquellos que no pudieran exhibirla por no portarla en ese momento.

c) Por último, el art. 85 inc. 1° establece que el funcionario policial deberá otorgar a la persona a quien se requirió su identificación, las **facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos**.

En consecuencia, no está permitido al funcionario policial efectuar un registro exhaustivo en busca de dichos instrumentos en la vestimenta, equipaje o vehículo del sujeto afectado por la medida, por ejemplo, un registro exhaustivo en la billetera del controlado de identidad que pretenda el análisis de toda la documentación que porte el afectado por la medida. El policía deberá otorgar al afectado las facilidades para encontrar por sí mismo dicha documentación, para efectos de ser posteriormente exhibida al agente policial.

## **1.2. La detención por la falta del art. 496 n° 5**

---

<sup>4</sup> VODANOVIC, op.cit., p. 444. Sobre la obligación de los extranjeros de obtener la cédula de identidad, sus requisitos y condiciones, véase los arts. 52 y 53 del DL 1.094 del Ministerio del Interior de 19 de Julio de 1975.

La regulación de la detención por la falta del art. 496 n° 5 CP durante la realización del procedimiento de control de identidad, es contradictoria. En efecto, el art. 85 inc. 4° y 5° dispone que si existen indicios de que la persona ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa, se procederá a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el art. 496 n° 5 CP. Por su parte el art. 134 inc. 4° dispone la procedencia excepcional de la detención en caso de faltas, cuando el imputado hubiere cometido alguna de las que enumera dicha norma, entre las cuales menciona la del art. 496 n° 5 CP.

La contradicción entre ambas reglas es manifiesta, pues mientras el art. 134 inc. 4° se remite a la regulación general de la situación de flagrancia como antecedente que justifica la detención, el art. 85 inc. 4° dispone la procedencia de la detención bastando la mera existencia de *indicios*. En este sentido, SALAS ASTRAIN, ha criticado la hipótesis del art. 85 inc. 4° y 5°, señalando que “lo *innovador* de esta modificación será que, nuevamente, se rompe con el sistema general del Código. En efecto, se faculta a una detención por falta, utilizando un mecanismo análogo al de la flagrancia, con la sola diferencia que, en el caso de ésta, la policía debe detener cuando constate la ocurrencia de alguno de los supuestos fácticos, precisos e indiscutibles, a que se refiere el artículo 130 del Código Procesal Penal. En el otro caso, por el contrario, basta para detener que existan los indicios suficientes según la apreciación subjetiva que la policía estime en cada oportunidad [...] esta modificación al artículo 85 resulta comparativamente desproporcionada respecto de los estándares generales que habilitan la detención por flagrancia, pues se entrega a la policía la calificación de los supuestos de hecho necesarios para detener”<sup>5</sup>.

La detención como medida cautelar se encuentra regulada con jerarquía constitucional en el art. 19 n°7 letra c) CPR, que dispone que “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

---

<sup>5</sup> SALAS ASTRAIN, op. cit., pp. 190-191.

siguientes”. La regla se reitera a nivel legal en el art. 125 CPP, que señala que “ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después que dicha orden le fuere intimada en forma legal, a menos que fuere sorprendida en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere”.

En consecuencia, la Constitución sólo considera admisible la detención en dos casos: cuando exista orden de un funcionario público facultado por ley y cuando el detenido sea sorprendido en delito flagrante. Por otro lado, la determinación de la situación de flagrancia, tiene regulación legal en el art. 130 CPP, y dado los estrictos términos de la regulación constitucional, y lo dispuesto en el art. 5º CPP que prescribe la interpretación restrictiva y la prohibición de analogía de las disposiciones del CPP que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado, estimamos que la detención por meros indicios a que alude el art. 85 inc. 4º y 5º es manifiestamente inconstitucional, por no respetar el mandato constitucional que exige para la realización de una detención, orden previa o la constatación de una situación de flagrancia.

Si la detención por la existencia de meros indicios a que alude el art. 85 inc. 4º y 5º es inaplicable por ser inconstitucional, la situación se regula por la norma que regula la procedencia excepcional de la detención por falta flagrante en el art. 134 CPP inc. 4º y 5º. En consecuencia, si el sujeto se niega a manifestar su identidad, o se le sorprende ocultando la verdadera o proporcionando una falsa, deberá ser detenido por la realización flagrante de la falta contemplada en el art. 496 nº 5 CP.

La detención se regula por los arts. 85 inc. 5º y 134 inc. 5º CPP, que establecen que el agente policial (y no el encargado del recinto de detención) deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal (y no dentro del plazo máximo de doce horas del art. 131 inc. 2º CPP<sup>6</sup>), quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea

---

<sup>6</sup> Según SALAS ASTRAIN, la comunicación de inmediato al fiscal de la detención, constituiría un reconocimiento del carácter desproporcionado de la *detención por meros indicios*, pues ante el error del agente, el fiscal deberá disponer de la libertad del detenido. Sin embargo, la comunicación inmediata no es exclusiva de la detención por la falta del art. 496 nº 5 CP, sino que es común a todas las detenciones en caso de faltas, según el art. 134 inc. 5º CPP. Si estimamos que la detención por meros indicios no es

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. El fiscal comunicará su decisión al defensor en el momento que la adopte (art. 134 inc. 5º CPP).

Asimismo, es aplicable el art. 131 inc. 4º CPP que dispone que para los efectos de poner a disposición del juez al detenido, las policías cumplirán con su obligación legal dejándolo bajo la custodia de Gendarmería del respectivo tribunal.

## **2. Segunda etapa: Registro y cotejo de órdenes de detención pendientes *in situ***

El art. 85 inc. 2º establece que “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 consecuencia, son tres las medidas policiales a realizar por la policía en esta etapa: el registro, el cotejo de órdenes de detención pendiente y la detención

Es de importancia señalar que la realización de esta segunda etapa es facultativa para las policías, y además, no exige que la identificación del afectado se encuentre pendiente, toda vez que podrá realizarse el registro y el cotejo incluso cuando el sujeto se encuentra ya identificado.

---

aplicable por ser una medida inconstitucional, la comunicación inmediata tendrá lugar en razón de lo dispuesto por el art. 134, cuyo fundamento es el inmediato pronunciamiento del fiscal respecto de una excepcional detención por falta.

## 2.1. *El registro*

### 2.1.1. Origen y finalidades del registro

La facultad de registrar al sujeto controlado de identidad, sin su consentimiento o autorización judicial previa, fue incorporada al art. 85 CPP por la Ley N° 19.789 de 2002<sup>7</sup>. Como se expuso en la Sección Primera del Capítulo II de esta investigación, el Mensaje del Ejecutivo señalaba que “de lo que se trata, con este proyecto de ley, es de permitirle a la policía que en el contexto de un control de identidad, pueda proceder al examen de las vestimentas, equipaje o vehículo, de manera de resguardar a los funcionarios policiales que están efectuando dicho procedimiento de posibles ataques que pudiesen ser efectuados por quien se encuentra bajo este control, además de permitir la averiguación acerca de la existencia de evidencia del ilícito pesquisado”<sup>8</sup>.

En consecuencia, son exclusivamente dos las finalidades que deben concurrir para que el funcionario policial realice la facultad de registro regulada en el art. 85 inc. 2° CPP:

- a) **Finalidad defensiva:** Registro en búsqueda de armas con el objeto de resguardar al agente policial de posibles ataques.
- b) **Finalidad investigativa:** Registro en búsqueda de evidencia del específico y concreto ilícito pesquisado, entendiéndose por tal, el crimen, simple delito o falta, cuyos indicios fundamentan la realización del control de identidad<sup>9</sup>.

La finalidad del registro no es indiferente a su intensidad y ámbito de extensión. Desde el punto de vista de su intensidad, o dicho de otro modo, de la injerencia en el derecho a la privacidad del sujeto afectado por la medida, el registro de finalidad

---

<sup>7</sup> Señala SALAS ASTRAIN, op. cit., p. 185, que la facultad de registro incorporada en el art. 85 CPP “desde luego incompatible con la regulación del sistema original del Código, fue motivada, nuevamente, por razones extrajurídicas, pues se advirtió en las regiones piloto en las que primero rigió la reforma, que dicha normativa provocaba que la policía no podía actuar de una forma más intensa, cuestión que indujo a la deslegitimación del nuevo sistema, en el entendido que la policía era *percibida* por la población y por ellos mismos como incapaces de actuar”.

<sup>8</sup> Mensaje de S.E. el Presidente de la República, citado por ROMERO MUZA, op. cit., pp. 44-45.

<sup>9</sup> ROMERO MUZA, op. cit., p. 45.

defensiva constituye una injerencia de menor intensidad al registro investigativo, pues dado el objeto buscado (armas) y la finalidad defensiva, el cacheo policial se restringe al mero palpamiento superficial y fugaz de la vestimenta del afectado. Subyace a esta limitación a la intensidad del registro la idea de que su finalidad restringe la realización del registro al objeto a encontrar y la finalidad pretendida. El registro investigativo no representa por sí mismo limitación alguna, pues, si de lo que se trata es de la “averiguación acerca de la existencia del ilícito pesquisado”, ni el objeto buscado ni su finalidad limitan la intensidad del registro. P. ej. si el ilícito pesquisado es porte de drogas, dada la forma física de la evidencia buscada, no existe limitación alguna para realizar el registro con intromisión en la intimidad corporal del afectado.

Lo mismo ocurre con el ámbito de extensión de la medida. En abstracto, el registro defensivo se circunscribe al registro superficial y externo de la vestimenta del afectado, y de su espacio circundante<sup>10</sup>, pues la finalidad es precaver un ataque actual o inminente del sujeto registrado. En cambio, la realización de un registro investigativo tanto en la vestimenta (incluso en las cavidades corporales del sujeto), como en el equipaje y vehículo del afectado (donde quiera que estos se encuentren), es una medida idónea si se trata de la búsqueda de evidencia del ilícito investigado.

### **2.1.2. Procedencia del registro investigativo como instrumento de constatación o descarte de una situación de flagrancia**

La detención en situación de flagrancia, en cuanto al sujeto autorizado para detener, y al supuesto fáctico que fundamenta esa medida cautelar, se encuentra regulada en los arts. 129 y 130 CPP.

Artículo 129.- Detención en caso de flagrancia. Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al ministerio público o a la autoridad judicial más próxima. Los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisión de un delito.  
(...)

---

<sup>10</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I., p. 602.



La policía deberá, asimismo, detener al sentenciado a penas privativas de libertad que hubiere quebrantado su condena, al que se fugare estando detenido, al que tuviere orden de detención pendiente, a quien fuere sorprendido en violación flagrante de las medidas cautelares personales que se le hubieren impuesto y al que violare la condición del artículo 238, letra b), que le hubiere sido impuesta para la protección de otras personas.

(...)

Artículo 130.- Situación de flagrancia. Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

- a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;
- b) El que acabare de cometerlo;
- c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;
- d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y
- e) El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato.

Para los efectos de lo establecido en las letras d) y e) se entenderá por tiempo inmediato todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas.

El título de imputación del art. 129 CPP es el *sorprendimiento*, la *percepción sensorial directa* de una situación de flagrancia, esto es, de alguna de las hipótesis reguladas en el art. 130 CPP<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Al respecto, ROMERO MUZA, op .cit., p. 86 y ss, sostiene que las características propias de la flagrancia son la *ostensibilidad* y la *coetaneidad o inmediatez*. Nuestra jurisprudencia ha señalado expresamente que “si bien es cierto, concurre el requisito de coetaneidad o inmediatez, por cuanto el individuo fue detenido en las cercanías del lugar en un tiempo próximo, debió realizarse con posterioridad una diligencia de investigación referida al reconocimiento de la víctima, lo cual hace pensar que el requisito de la ostensibilidad, esto es que el delito por el cual se haya efectuado la detención sea de carácter ostensible o manifiesto [...]” (RIT 206-2005, resolución dictada por la jueza Claudia Andrea Santos, Juez de Garantía de Puente Alto, citada por ROMERO MUZA, op. cit., p. 87 nota 57). La coetaneidad o inmediatez se analizan

A diferencia de la detención en caso de flagrancia, el control de identidad no exige un estándar de imputación tan exigente como la percepción sensorial directa de alguna de las hipótesis reguladas en el art. 130 CPP. El control de identidad regulado en el art. 85 CPP, exige la presencia de un caso fundado, en que, según las circunstancias, los funcionarios de policía estimaren que existen indicios de participación<sup>12</sup>. En este sentido, el profesor Julián López sostuvo durante la discusión en la Comisión de Constitución del Senado de la Ley 20.253 que “el referido control debería ser ocupado por las policías en los casos en que no proceda la detención por delito flagrante. Por ejemplo: si hay una denuncia de robo de un objeto determinado y una patrulla de Carabineros sorprende a una persona portando un aparato de ese tipo en las inmediaciones del lugar donde se ha cometido el delito, efectivamente hay un delito flagrante y el portador del dispositivo puede ser detenido sin orden judicial. Cosa distinta es que, sin haber ninguna denuncia por robo, alguien sea sorprendido a altas horas de la madrugada transportando un artefacto cualquiera; en este caso no hay delito flagrante, pero si hay indicios suficientes para hacer un control de identidad, pesquisa en la cual un Carabinero diligente debería anotar el carné de identidad del controlado, su dirección y la marca y modelo del artículo que porta, de forma tal de tener un registro para cotejar con eventuales denuncias de robo”<sup>13</sup>.

Pues bien, como se señaló anteriormente, el registro del art. 85 CPP excede la finalidad meramente defensiva. El legislador pretendió que mediante el registro de vestimenta, equipaje y vehículo se investigara la existencia de evidencia del ilícito pesquisado. Por otro lado, esa constatación de evidencia constituye la realización de un supuesto de flagrancia del art. 130 CPP, especialmente la letra d) (“el que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo”) y las letras a) y b), p.ej. en el caso del delito de porte ilegal de armas. En consecuencia, si el resultado del registro es positivo, encontrándose

---

ex post facto, en cambio, la ostensibilidad se analiza ex ante, y por tanto, no son suficientes los meros indicios, sospechas o presunciones para detener en situación de flagrancia, vid. *ibidem*, p. 88.

<sup>12</sup> Sobre *indicios*, vid. *supra*, Capítulo III, Sección 1ª, V.

<sup>13</sup> Historia de la Ley N° 20.253, op. cit., p. 284.

cualquier tipo de evidencia del delito investigado, entonces, procederá la detención flagrante del controlado de identidad, en los términos del art. 85 inc. 2º (“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”)

Si la búsqueda de evidencia del ilícito pesquisado constituye una finalidad relevante para la realización de un control de identidad, entonces el art. 85 CPP excede la finalidad meramente identificativa y comprende la realización de una medida investigativa: el registro. Y si el resultado pretendido por la Policía –encontrar existencia de evidencia del delito investigado- constituye un supuesto de situación de flagrancia, entonces, la finalidad del registro investigativo no es otra que intentar constatar una situación de flagrancia del art. 130 CPP y realizar una detención “a propósito del registro”. En otras palabras, búsqueda de evidencia es búsqueda de una situación de flagrancia, y de ese modo el procedimiento de control de identidad se convierte en un instrumento para la detención en caso de flagrancia.

Sin embargo, al tratarse de un registro en búsqueda de evidencia del específico y concreto delito investigado, con el objeto de constatar una situación de flagrancia y realizar una detención, el registro investigativo sólo será procedente cuando sea una medida idónea en relación a su finalidad, lo que ocurrirá sólo si en razón del específico ilícito investigado, el sujeto es susceptible de ser detenido en flagrancia<sup>14</sup>. En otros términos, si el registro es instrumental a la detención en situación de flagrancia, y el indicio que autoriza el registro es el mismo que autoriza la realización de un control de identidad (“durante este procedimiento, sin necesidad de nuevos indicios, la policía podrá proceder al registro [...]”) entonces, el específico ilícito investigado deberá ser susceptible de la medida cautelar detención en caso de flagrancia para que el registro investigativo en la vestimenta, equipaje y vehículo del sujeto sea una medida idónea y proporcional.

---

<sup>14</sup> Vid. en el sentido de que el registro investigativo sólo procede ante la existencia de un “indicio suficiente” que constituya un caso fundado habilitante de la diligencia de control de identidad, ROMERO MUZA, op. cit., p. 101. Estimamos que el “indicio suficiente” es aquel vinculado a la existencia de un hecho punible susceptible de detención en situación de flagrancia.

### **2.1.3. Modo de realizar un registro investigativo. La regulación de los arts. 85 inc 2º y 89 CPP**

En el CPP original, el registro investigativo se regulaba exclusivamente en el art. 89. Dicha norma, no modificada hasta la fecha, dispone lo siguiente:

Artículo 89.- Examen de vestimentas, equipaje o vehículos. Se podrá practicar el examen de las vestimentas que llevare el detenido, del equipaje que portare o del vehículo que condujere, cuando existieren indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación.

Para practicar el examen de vestimentas, se comisionará a personas del mismo sexo del imputado y se guardarán todas las consideraciones compatibles con la correcta ejecución de la diligencia.

El texto señala expresamente que el registro investigativo es procedente respecto del sujeto *detenido*. En consecuencia, en el contexto del CPP original, la injerencia en el derecho a la libertad personal y privacidad del afectado por el registro investigativo, sólo es procedente en caso que concurren los presupuestos que autorizan la medida cautelar detención (orden judicial o situación de flagrancia). Pero ello no es suficiente, pues la norma exige además la concurrencia de nuevos indicios que “permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación”.

Asimismo, implícitamente el art. 89 autoriza un registro con afectación de la intimidad corporal, pues exige que la realización de la medida se realice por “persona del mismo sexo del imputado” guardándose todas las consideraciones compatibles con la correcta ejecución de la diligencia. La exigencia de persona del mismo sexo es relevante cuando la diligencia compromete la intimidad corporal, previniendo de ese modo el abuso por parte de los agentes policiales, y constituye una manifestación de respeto al recato de la persona afectada por la medida.

La incorporación del registro al art. 85 CPP por la Ley N° 19.789, no reguló expresamente ni la finalidad, ni los requisitos de procedencia de la medida, disponiendo sólo que “durante este procedimiento, el policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla”. Es

decir, durante la realización del control de identidad, los funcionarios están facultados (“podrá”) para realizar un registro. El problema es que el registro investigativo del art. 89 CPP es más exigente en cuanto a sus requisitos respecto de la situación del detenido que la del sujeto controlado de identidad (exigencia de nuevos indicios, agente del mismo sexo y de estricta corrección en el ejercicio de la medida).

La regulación manifiesta un serio problema de inconsistencia entre ambas normas, pues el art. 85 CPP autoriza la realización del registro investigativo sin otros requisitos que el desarrollo de un procedimiento de control de identidad, a diferencia del art. 89 CPP. Para HORVITZ y LÓPEZ, lo anterior resulta inaceptable, pues importaría admitir que la ley impone mayores exigencias al registro del detenido que al del controlado de identidad, lo que es una conclusión absurda y contraria a todo criterio de proporcionalidad, exigiendo en consecuencia que “se cumpla siempre con el requisito general del art. 89, que consiste en la *existencia de indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación*”<sup>15</sup>.

En contra, SALAS ASTRAIN, reconociendo que la interpretación de los profesores HORVITZ y LÓPEZ pretende restablecer el “espíritu primitivo del sistema de medidas intrusivas” del CPP original, afirma que la Ley N° 19.789 precisamente rompió ese espíritu, con el propósito de otorgar mayores facultades autónomas a las policías en la persecución penal de los delitos. En consecuencia, sostiene que basta para la realización del registro, que concurren los requisitos que autorizan el control de identidad<sup>16</sup>.

La Ley N° 20.253, rechazando la interpretación de los profesores HORVITZ y LÓPEZ y de un sector de la jurisprudencia, dispuso expresamente que el registro del art. 85 inc. 2° CPP es procedente “sin necesidad de nuevos indicios”<sup>17</sup>. En consecuencia, para el registro investigativo a realizar durante el desarrollo de un control de identidad

---

<sup>15</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I., p. 605.

<sup>16</sup> SALAS ASTRAIN, op. cit., p. 186.

<sup>17</sup> La expresión fue propuesta por el Diputado Burgos en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, en donde fue aprobada por unanimidad. En el Senado, la Senadora Alvear presentó una indicación que omitía la expresión “sin necesidad de nuevos indicios”, la que fue rechazada en el seno de la Comisión de Constitución por unanimidad (Senadores Espina, Gómez y Larraín). Vid. PIEDRABUENA, op. cit., pp. 95, 101-102; vid. también *supra*, Capítulo II, Sección 1ª, III, 5.

sólo es necesaria la concurrencia de un caso fundado de los señalados en el inc. 1º del referido art. 85 CPP, esto es, la existencia de los indicios iniciales para efectuar un control de identidad<sup>18</sup>.

Sin embargo, la inconsistencia denunciada por los profesores HORVITZ y LÓPEZ subsiste con la modificación legal. La solución exige asumir que el registro regulado en el art. 89 CPP no es equivalente al registro del art. 85 inc. 2º, tanto en lo referente a los indicios que le sirven de fundamento, como a la calidad del sujeto afectado por la medida<sup>19</sup>, y en consecuencia, la inconsistencia debe ser resuelta mediante una limitación del registro investigativo del art. 85 CPP en la injerencia en los derechos fundamentales del afectado. La intensidad de la afectación en el derecho a la libertad personal y la privacidad es mayor si se trata del registro del detenido, y en consecuencia, no sólo requiere la concurrencia de los presupuestos de la detención, sino que además exige los requisitos adicionales que establece el art. 89 CPP.

En cambio, el registro investigativo del art. 85 CPP es menos invasivo, pues el control de identidad constituye “una intervención policial limitada y de menor entidad investigativa, en concordancia con la menor certeza propia del indicio acerca de la efectividad de aquella participación o conocimiento. El legislador, ante la debilidad del indicio como fundamento de imputación punible, determinó, en consecuencia, un procedimiento de menor entidad invasiva de los derechos y garantías del sujeto controlado [...]”<sup>20</sup>. Por esta razón, el registro del art. 85 CPP no exige los supuestos de procedencia de la detención ni del art. 89 CPP. Por su propia naturaleza, el control de identidad faculta al policía a realizar un registro defensivo, en búsqueda de armas, lo cual se traduce en el fugaz palpamiento superficial de las vestimentas del afectado, sin comprometer la intimidad corporal del afectado. Nuestra legislación autoriza, cuándo constituye una medida idónea según lo anteriormente señalado, un registro

---

<sup>18</sup> SALAS ASTRAIN, op. cit., p. 195; PIEDRABUENA, op. cit., pp. 106-107.

<sup>19</sup> ROMERO MUZA, op. cit., p. 100.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, p. 59. Afirma respecto del control de identidad que se trata de “una diligencia investigativa no invasiva, que atendida la menor entidad del supuesto sobre el que descansa (un indicio), y en forma simultánea y expresa, restringe la afectación de dos derechos fundamentales: la libertad ambulatoria de las personas, y la intimidad y privacidad de las mismas, determinando que la diligencia tenga un límite temporal, y el registro que se faculta tenga un carácter superficial y limitado al ilícito cuyo indicio motivo la diligencia” (*ibíd.*, p. 65).

investigativo, que debe guardar coherencia con el carácter expedito de un control de identidad. Este mandato se regula explícitamente en el inc. final del art. 85 CPP, al disponer que “los procedimientos dirigidos a obtener la identidad de una persona en conformidad a los incisos precedentes, deberán realizarse en la forma más expedita posible [...]”.

En consecuencia, aún cuando el registro en búsqueda de evidencia del ilícito pesquisado se autoriza a propósito del control de identidad, el fundamento de esta medida se encuentra en los indicios que autorizan la realización del procedimiento de identificación y por tanto, al no reunir el carácter de gravedad de los motivos que justifican la detención y de los indicios que autorizan el registro del detenido, el registro del controlado de identidad es una medida de menor intensidad en cuanto afectación de derechos fundamentales<sup>21</sup>.

Este registro investigativo (limitado), *no puede constituir una injerencia en la intimidad corporal* del controlado de identidad, pues se encuentra desprovisto de los resguardos adecuados contemplados en el art. 89 para el caso del detenido. Por lo tanto, está vedado para el agente policial realizar palpamientos en zonas íntimas del controlado de identidad. En ningún caso se autoriza el registro de la persona vestida en su ropa interior, ni tampoco desnudar a la persona para realizar una inspección ocular de su cuerpo o un registro en sus cavidades corporales tales como el ano o la vagina, en búsqueda de evidencia del delito pesquisado (señas, rastros o medios de prueba). El registro del art. 85 CPP sólo es lícito si se realiza en la *vestimenta, equipaje y vehículo* del afectado.

Respecto a la vestimenta, equipaje y vehículo, la exigencia de proceder “en la forma más expedita posible” es incompatible con la realización de un registro exhaustivo, propio del estatus de la detención, que exige la existencia de indicios adicionales de que el sujeto detenido *oculta en su vestimenta, equipaje y vehículo, objetos importantes para la investigación*. En términos de ROMERO MUZA, “la superficialidad del registro es proporcional a la superficialidad de la imputación que el

---

<sup>21</sup> Vid. también, en este sentido, ROMERO MUZA, op. cit., p. 104.

indicio supone<sup>22</sup>. En consecuencia, respecto de la vestimenta, el agente podrá registrar ámbitos propios de la privacidad del sujeto (sin afectación de su intimidad corporal) como sus bolsillos, de una forma adecuada a la exigencia de celeridad en la realización de un control de identidad. Respecto del equipaje y vehículo, la búsqueda de evidencia permitida debe también realizarse de la forma más expedita posible, no permitiéndose el registro exhaustivo del equipaje y vehículo, en todos sus documentos y papeles privados, ni tampoco provocar mayor desorden en los asuntos particulares del sujeto registrado.

En todo caso, el registro debe guardar coherencia en su intensidad y extensión, con el específico y concreto ilícito pesquisado, no procediendo en consecuencia, registros de excesiva intensidad y abiertos a la búsqueda de ilícitos indeterminados<sup>23</sup>. Cualquier otro registro es incompatible con la realización de un control de identidad<sup>24</sup>.

## **2.2. El cotejo de órdenes de detención pendiente**

Esta medida fue incorporada por la Ley N° 20.253, y formaba parte del proyecto original enviado por el Ejecutivo. La modificación facultó a las policías a proceder *in situ*, sin necesidad de nuevos indicios, a proceder a cotejar la existencia de órdenes de detención pendientes del sujeto controlado de identidad<sup>25</sup>. Dicho cotejo se efectúa a través de los datos computarizados de las policías o de la base de datos que crea el art. 3° permanente de la Ley N° 20.253<sup>26</sup>.

La persona cuya identificación se ha cumplido satisfactoriamente, no podrá ser conducida a la unidad policial más cercana para exclusivos fines del cotejo de órdenes de detención pendiente, en caso de imposibilidad de realizar dicha medida *in situ*.

---

<sup>22</sup> ROMERO MUZA, op. cit., pp. 101-102.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 63, 101, 102-104.

<sup>24</sup> Por el contrario, estimamos la irrelevancia constitucional para el derecho a la vida privada de la orden del funcionario policial de abrir la boca para realizar una rápida inspección ocular sin utilización de medios especiales, (p.ej. para observar si el controlado de identidad introdujo en ella la droga portada) por no constituir una injerencia relevante para derechos fundamentales, pues la boca, como cavidad corporal, no constituye un ámbito de la privacidad del sujeto, ni resguardado por la intimidad corporal.

<sup>25</sup> El profesor LÓPEZ expresó en la Comisión de Constitución del Senado, que esta facultad es “una cuestión obvia que no requiere norma legal que así lo disponga”. Vid. PIEDRABUENA, op. cit., p. 97.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 108.



Dicho traslado obedece únicamente a las causales de negativa a acreditar la identidad e imposibilidad de identificación, reguladas en el inc. 3º del art. 85 CPP.

### **2.3. La detención**

La procedencia de la detención durante la realización de un control ha sido uno de los aspectos más discutidos en la jurisprudencia y doctrina nacional. La génesis del problema se encuentra en la regulación original del control de identidad, que obedece a una finalidad única –la identificación del sujeto- y por tanto, la legalidad del desarrollo de otras medidas tales como el registro y la detención por flagrancia sobreviniente era un tema ampliamente discutido<sup>27</sup>.

La Ley N° 19.789 incorporó al texto la posibilidad de efectuar un registro al sujeto controlado de identidad, con fines defensivos e investigativos. Respecto a este último registro, como instrumento de una constatación de una situación de flagrancia, la procedencia de la detención era una consecuencia necesaria. Sin embargo, parte de la doctrina y la jurisprudencia, como también de los defensores de los imputados, consideraban ilegal la detención en ciertos casos vinculados a la detención por órdenes pendientes –cuando no existiere fundamento para la realización de un control de identidad<sup>28</sup>–, a la detención por flagrancia sobreviniente desvinculada del indicio que sirvió de fundamento al control –en que se exigía orden judicial<sup>29</sup>– y a la detención del sujeto ya identificado –pues se argumentaba que el procedimiento finalizaba con la identificación y, por tanto, el cotejo, registro y detención posterior eran ilegales, tesis a la que subyace la comprensión del control de identidad como un procedimiento con fines exclusivamente identificatorios<sup>30</sup>–.

La Ley N° 20.253 expresamente dispuso en el inc. 2º del art. 85 que “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

---

<sup>27</sup> Vid. al respecto SALAS ASTRAIN, op. cit., pp. 175-176.

<sup>28</sup> Vid. al respecto, PIEDRABUENA, op. cit. p. 91; ROMERO MUZA, op. cit., p. 96.

<sup>29</sup> ROMERO MUZA, op. cit., pp. 107-108.

<sup>30</sup> SALAS ASTRAIN, op. cit., p. 195.

registren orden de detención pendiente”. El propósito del legislador fue establecer que el control de identidad no tiene por fin único la identificación del sujeto, y en consecuencia, el registro, cotejo y detención posterior serán legalmente procedentes incluso si el sujeto ya se encuentra identificado<sup>31</sup>.

En consecuencia, son tres las hipótesis que autorizan la detención en esta etapa del procedimiento de control de identidad *in situ*:

- a) La detención por flagrancia sobreviniente
- b) La detención por existencia de una orden de detención pendiente
- c) La detención por la falta del art. 496 n° 5 CP.

### **2.3.1. La detención por flagrancia sobreviniente**

La policía procederá a la detención flagrante de quienes se sorprenda, a propósito del registro, en alguna situación de flagrancia de las establecidas en el art. 130 CPP, sin necesidad de orden judicial y en conformidad a lo dispuesto en los arts. 85 inc. 2º, 129 y 131 inc. 2º CPP. En consecuencia, el agente policial que la hubiere realizado o el encargado del recinto de detención, deberán informar de ella al Ministerio Público dentro de un plazo máximo de doce horas. El fiscal podrá dejar sin efecto la detención 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 el detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado. Cuando el fiscal ordene poner al detenido a disposición del juez, deberá, en el mismo acto, dar conocimiento de esta situación al abogado de confianza de aquél o a la Defensoría Penal Pública. Para los efectos de poner a disposición del juez al detenido, las policías cumplirán con su obligación legal dejándolo bajo la custodia de Gendarmería del respectivo tribunal.

Si la detención se realiza a propósito del sorprendimiento en flagrancia de una falta contemplada en el art. 134 inc. 4º CPP (con excepción de la del art. 496 n°5 CP), el agente policial deberá informar al fiscal, de inmediato, de la detención, para los

---

<sup>31</sup> SALAS ASTRAIN, op. cit., pp. 195-196; PIEDRABUENA, op. cit., pp. 90-93, 108.

efectos de lo dispuesto anteriormente, en el inc. 2º del art. 131. El fiscal comunicará su decisión al defensor en el momento que la adopte (art. 134 inc. 5º).

### **2.3.2. La detención por existencia de una orden de detención pendiente**

Asimismo, la policía procederá a la detención de quienes, a raíz del cotejo, registren orden de detención pendiente, sin necesidad de orden judicial previa, rigiéndose según lo dispuesto en los arts. 85 inc. 2º, 129 inc. 4º y 131 inc 2º CPP<sup>32</sup>.

### **2.3.3 La detención por la falta del art. 496 nº 5 CP**

Si durante o una vez terminado el registro o el cotejo de órdenes de detención pendiente *in situ*, el sujeto controlado de identidad persiste en su negativa a manifestar su identidad o ha ocultado la verdadera o proporcionado una falsa, deberá ser detenido por la realización flagrante de la falta contemplada en el art. 495 nº 5 CP, rigiéndose dicha detención por lo dispuesto en los arts. 85 inc. 5º, 134 inc. 4º y 5º y 131 inc. 4º CPP<sup>33</sup>.

## **3. Tercera etapa: Conducción de la unidad policial**

### **3.1. Naturaleza jurídica de la conducción a la unidad policial**

El inciso 3º del art. 85 CPP establece la facultad policial de *conducir a la unidad policial más cercana* (y no a la que cuente con medio técnicos más idóneos) al individuo que está siendo sujeto a un control de identidad respecto del cual no se pueda acreditar su identidad en el lugar en el que se encuentra, por negativa o imposibilidad.

Cabe hacer notar que el verbo rector es *conducir*, por lo que se debe precisar en qué calidad jurídica se encuentra el sujeto conducido a la unidad policial.

---

<sup>32</sup> Según PIEDRABUENA, la modificación de inciso 2º del art. 85 que permite esta detención era innecesaria, pues ya estaba regulada en el art. 129 CPP. Su introducción pretendería rechazar la tesis que afirma la ilegalidad de la detención en cumplimiento de una orden de detención pendiente cuando el control de identidad no tiene fundamento legal, *ibidem*, p. 107.

<sup>33</sup> Vid. *supra*, Capítulo III, Sección 2ª, III, 1.2.

Según el profesor LÓPEZ, “una vez verificada la negativa o imposibilidad de acreditar la identidad mediante tales documentos la persona se encuentra propiamente sometida a una detención, aunque la ley no la denomine de ese modo”<sup>34</sup>. En consecuencia, el control de identidad constituiría “una forma de detención revestida de garantías y plazos especiales”<sup>35</sup>. Subyace a esta opinión la tesis de que “toda privación efectiva de libertad deambulatoria será una detención con independencia de que se la denomine de una u otra forma”<sup>36</sup>, entendiendo la detención en un sentido amplio como “toda privación de libertad ambulatoria de una persona, distinta de la prisión provisional o de la ejecución de una pena privativa de libertad, ejecutada bajo invocación de un fin previsto y permitido por el ordenamiento jurídico”<sup>37</sup>. Lo relevante es que el concepto amplio de detención “permite aplicar el estatuto jurídico del detenido, esto es afirmar los derechos y garantías que el sistema le reconoce, con independencia de la denominación que se dé oficialmente al acto”<sup>38</sup>.

En contra, ROMERO MUZA ha sostenido que al igual que el art. 134 CPP distingue entre la detención y la conducción del imputado, el art. 85 CPP distingue el traslado para obtener la identidad, del traslado de una detención. Sin desconocer el carácter privativo de libertad de la conducción a la unidad policial, sostiene que su estatuto es “particular y diverso al de la detención propiamente”<sup>39</sup>. Afirma respecto a la asimilación entre “privación de libertad” y “detención” que “no es conceptualmente riguroso asumir tal postura, máxime bajo las prescripciones del artículo 5º CPP, sin asumir simultáneamente la consecuencia necesaria que tal afirmación conlleva, cual sería asumir derechamente que se trata de una detención inconstitucional e ilegal, al no encontrarse autorizada como hipótesis de detención ni en el artículo 19 Nº 7 de la Constitución ni el artículo 125 del Código Procesal Penal”<sup>40-41</sup>.

---

<sup>34</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I, p. 381.

<sup>35</sup> Ídem.

<sup>36</sup> DE LLERA SUÁREZ, (B). *Derecho procesal penal (Manual para criminólogos y policías)*,. 2ª edición, Valencia. 1997, citado por HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., p. 381.

<sup>37</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., p. 363.

<sup>38</sup> Ídem.

<sup>39</sup> ROMERO MUZA, op. cit., p. 60. En el mismo sentido de una privación de libertad sometida a un estatuto especial se pronuncia SALAS ASTRAIN, op. cit., p. 163.

<sup>40</sup> ROMERO MUZA, op. cit., pp. 69-70.

Como se expuso en la sección segunda del capítulo anterior, la conducción a la unidad policial constituye siempre una privación de libertad<sup>42</sup>, por importar una injerencia en la libertad de abandono o libertad de movimiento en todas sus direcciones, del sujeto controlado de identidad. Sin embargo, dicha conducción no constituye una detención propiamente tal<sup>43</sup>, pues, independiente del carácter inconstitucional que ésta tendría en razón de lo dispuesto en el art. 19 n° 7 letra c) CPR<sup>44</sup>, ambas medida tienen presupuestos y efectos disímiles. La conducción sólo posee fines identificatorios y de hecho, la misma norma establece que una vez acreditada la identidad debe dejarse en libertad al sujeto controlado de identidad, sin contemplar la puesta a disposición judicial, ni los plazos más extensos que la detención contempla, ni la realización de diligencias propias del detenido como el registro investigativo del art. 89 CPP. La detención constituye una medida cautelar de mayor injerencia en los derechos fundamentales, y en consecuencia, se encuentra rodeada de mayores garantías. La extensión de garantías al sujeto controlado de identidad no exige la asimilación de ambas figuras en un concepto amplio de detención, sino que se debe aplicar las garantías que la CPR y los tratados de derechos humanos vigentes en Chile, contemplan respecto del sujeto privado de libertad, así como las garantías legales de todo imputado (art. 93 CPP) y del imputado privado de libertad (art. 94 CPP), que resulten pertinentes.

### **3.2. Supuesto de procedencia: la negativa o imposibilidad de acreditar la identidad**

---

<sup>41</sup> En la tramitación parlamentaria de la Ley 19.789, el Senador Stange solicitó respecto a la expresión “conducción a la unidad policial”, que se aclarara si se trataba de una detención o no, a lo que el Senador Zurita respondió que la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia ya había resuelto el tema en orden a entender el significado de tal expresión como “*llevado a*” y no “*detenido*”. Vid. ROMERO MUZA, op. cit., p. 52.

<sup>42</sup> Vid en detalle. *supra*, Capítulo II, Sección 2ª, II.

<sup>43</sup> La “detención en sentido amplio” emana de la STC 98/1986, que definió un concepto de “privación de libertad” (o detención en sentido constitucional), no coincidente a la detención como medida cautelar. Respecto a la discusión en el Derecho Español, vid. en detalle, *supra*, Capítulo I, Sección 2ª, I, 2.1. y 2.3.

<sup>44</sup> En la discusión parlamentaria de la Ley 19.789, Segundo Trámite Constitucional, el diputado Andrés Palma denunció el carácter inconstitucional del art. 85 CPP en razón de que autorizaría una tercera hipótesis de detención, distinta a los casos constitucionalmente admisibles de orden judicial y delito flagrante, vid. ROMERO MUZA, op. cit., p. 50.

De acuerdo al texto legal, procederá el traslado a la unidad policial “en caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo”.

Como se dijo en la sección primera de este capítulo, constituirá negativa el rechazo o reticencia del sujeto a la verificación o comprobación de la identidad manifestada al agente policial. En cambio, la imposibilidad está referida a los casos en que si bien el controlado de identidad está dispuesto a identificarse, no logra hacerlo en los términos establecidos por el art. 85 del CPP.

Debemos recordar que la acreditación de identidad *in situ* se debe efectuar mediante documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, de manera que las hipótesis de conducción a la unidad policial –negativa o imposibilidad de acreditar la identidad- existirán cuando la persona sujeta a control se rehúse a exhibirlos o no los portare consigo. Estimamos pertinentes las palabras del profesor LÓPEZ, quien sostiene respecto de la conducción a la unidad policial que “en el contexto cultural de nuestro país, en que el porte de documentos de identificación y, en particular, de la cédula nacional de identidad es una costumbre sumamente arraigada, pareciera que, de respetarse el procedimiento de control de identidad previsto por la ley, éste debiera llevar muy rara vez a la conducción de la persona a la unidad policial”<sup>45</sup>.

### **3.3. Medidas autorizadas a realizar por la Policía**

El art. 85 inc. 3º dispone expresamente que el traslado a la unidad policial se efectuará exclusivamente para fines de identificación. En consecuencia, no se puede realizar un nuevo registro al sujeto controlado de identidad o efectuarse uno si es que no se había realizado con anterioridad, pues el registro no obedece a fines identificativos, sino que tiene por finalidad la seguridad del agente o la búsqueda de evidencia del ilícito pesquisado, ambas satisfechas en el lugar del requerimiento<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I, p. 381.

<sup>46</sup> Al respecto, durante la tramitación parlamentaria de la Ley Nº 20.253, ante una propuesta de los Diputados Turres, Cardemil, Eluchans, Cristián y Nicolás Monckeberg y Ward para permitir la realización del registro en la unidad policial, previendo la posibilidad que no pudiese hacerse en el lugar en que se

### 3.3.1. *Identificación por otros medios*

En los casos en que el sujeto se niegue a acreditar su identidad, o habiendo recibido las facilidades del caso, la identificación fuese imposible, será conducido a la unidad policial más cercana con fines de identificación. Con este propósito, se le darán facilidades para procurar una *identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados* –documentos de identificación expedidos por la autoridad pública– como por ejemplo, la exhibición de otros documentos en que conste la identidad del sujeto (p.ej. documentos no expedidos por la autoridad pública), junto a llamadas telefónicas a familiares y la acreditación de la identidad mediante testigos<sup>47</sup>.

En subsidio, en los casos en que no haya sido posible acreditar la identidad por otros medios, se autoriza la toma de huellas digitales del controlado para ser identificado por el Servicio de Registro Civil en el tiempo que dura la medida, con un límite máximo de ocho horas a partir del inicio del procedimiento<sup>48</sup>. La norma dispone

---

efectúe el control, los representantes del Ejecutivo señalaron la conveniencia de revisar el art. 85 en su contexto, “precisando que su inciso primero se refería a un primer acto que sería el control de identidad; si la persona se negaba a identificarse no obstante las facilidades que se le daban, sería conducida a la unidad policial para el sólo efecto de la identificación, según señala el inciso tercero. De acuerdo a la propuesta, simultáneamente con el control de identidad, la policía adquiere la facultad de registrar vestimentas y vehículo. Si en dicho registro no encontró nada que pudiera incriminar al controlado, pero si, no obstante, éste no logra acreditar su identidad, lo conducirá a la unidad más cercana para el sólo efecto de identificación. No para un nuevo registro porque en el que ya realizó no encontró nada. Si la policía durante el control hubiere encontrado algo que permitiere considerar al controlado en situación de flagrancia o al cotejar las órdenes de detención que pudieren afectarle, hallare alguna, lo estaría llevando a la unidad en calidad de detenido. En tal caso, se produciría un nuevo reconocimiento de acuerdo a lo que dispone el artículo 89, pero este nuevo registro se realiza a alguien que se encuentra detenido. Lo que propone la indicación parlamentaria, en cambio, afectaría a alguien que no se encuentra detenido, a quien no se le encontró nada al efectuar el primer registro y que, además, fue llevado a la unidad para el sólo efecto de la identificación. La indicación, entonces, afectaría el orden y el sentido de los incisos” (Historia de la Ley N° 20.253, op. cit., pp. 75-76).

<sup>47</sup> En la tramitación del CPP, la Comisión de Constitución del Senado discutió si podría acreditarse la identidad mediante testigos, concluyendo su efectiva procedencia, lo que tiene la ventaja de dejar consignada la identidad de los testigos, para el caso en que la identificación no resulte verdadera. Vid. Historia de la Ley N° 19.696, op. cit., p. 1282.

<sup>48</sup> En la regulación original, se ofrecía al controlado ponerlo en libertad si autorizaba por escrito la toma de huellas digitales, las que sólo podían ser utilizadas para fines de identificación. Por modificación de la Ley N° 19.789 se estableció la toma compulsiva de huellas. “No obstante que el mecanismo de toma de huellas con autorización de la persona retenida resulta coherente con el sistema del Código en cuanto a impedir la realización de diligencias intrusivas sin orden judicial previa, se prefirió, más tarde, modificar este sistema por el “problema práctico” que se le producía a la policía ante la negativa de prestarse dicha autorización” (SALAS ASTRAIN, op. cit., p. 178).

que las huellas serán usadas únicamente con fines de identificación, y cumplido tal propósito deberán ser destruidas, lo que excluye toda autorización de su uso con fines investigativos<sup>49</sup>.

La toma de huellas digitales puede ser realizada sin el consentimiento del afectado, no exigiéndose tampoco orden judicial previa. Lo último ha generado opiniones críticas en doctrina, por ejemplo, se ha señalado que “la norma que autoriza la toma de huellas digitales en estas condiciones crea, sin lugar a dudas, un problema de relevancia constitucional, porque afecta el principio de no autoincriminación, en cuanto autoriza la utilización del imputado como órgano de prueba sin que medie su consentimiento ni autorización judicial previa subsidiaria”<sup>50</sup>. No compartimos dicha opinión, pues estimamos que la identidad no es considerada en nuestra legislación como información incriminatoria<sup>51</sup>, y en consecuencia, las huellas obtenidas no constituyen medio de prueba alguno, sino que la ley las permite con el único fin de permitir la identificación satisfactoria del sujeto controlado de identidad.

En consecuencia, si ante la imposibilidad de lograr una identificación satisfactoria por otros medios, el sujeto se niega a la toma de huellas digitales para fines de identificación, la policía podrá obtener dichas huellas sin consentimiento del afectado, y el sujeto será sancionado por la falta del art. 496 n° 1 CP, que dispone que “sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales: 1° El que faltare a la obediencia debida a la autoridad dejando de cumplir las órdenes particulares que ésta le diere, en todos aquellos casos en que la desobediencia no tenga señalada mayor pena por este Código o por leyes especiales”.

---

<sup>49</sup> En el Congreso se discutió la destrucción de las huellas dactilares tomadas al sujeto cuya identidad se controla en la unidad policial, razón por la cual la medida no tiene un fin investigativo sino exclusivamente identificatorios. Se expuso la preocupación de que las huellas pudieran quedar guardadas en algún dossier a título de antecedentes residuales o de información residual, señalando que en el Derecho comparado se dispone su destrucción para evitar la constitución de archivos separados de los expedientes judiciales que pudieran dar lugar a seguimientos, chantajes y situaciones incorrectas respecto de personas q siempre han sido inocentes. Vid. ROMERO MUZA, op. cit., pp. 52-53.

<sup>50</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I, p. 603.

<sup>51</sup> Vid. *supra* Cap. II, Secc. I, II.



### **3.3.2. El cotejo de órdenes de detención pendiente**

Una vez comprobada satisfactoriamente la identidad en la unidad policial, se deberá indagar si existe alguna orden de detención pendiente. A nuestro parecer, el art. 85 inc. 3º establece en términos imperativos que la puesta en libertad del controlado procede “previo cotejo de la existencia de órdenes de detención que pudieren afectarle”, de manera que será obligatorio para la policía realizar dicho cotejo, siempre y a condición de que los recursos técnicos de la unidad policial así lo permitan, pues en caso de no ser ello posible, el sujeto controlado deberá ser puesto en libertad sin más trámite.

### **3.3.3. La detención**

#### **3.3.3.1. La detención por existencia de una orden de detención pendiente**

Si a raíz del cotejo en la unidad policial, se observa que el sujeto tiene una orden de detención pendiente, la policía deberá proceder a su detención, sin necesidad de orden judicial previa.

#### **3.3.3.2. La detención por la falta del art. 496 N°5 CP**

La conducción del sujeto a la unidad policial para fines de identificación, excluye como hipótesis de detención la “negativa a manifestar la identidad”, pues si el sujeto fue conducido a la unidad es porque *in situ* manifestó al agente policial sus datos, restando sólo la acreditación, comprobación o verificación de su identidad (por negativa o imposibilidad *in situ*).

Si una vez acreditada fehacientemente la identidad por la policía, aparece una disconformidad con la informada anteriormente por el sujeto, procederá a la detención en virtud de la realización flagrante de la falta del art. 496 N°5 del CP en los casos en el sujeto haya ocultado la verdadera identidad o proporcionado una falsa.

## **Sección Tercera**

### **Modelo II: El control de identidad exclusivamente identificativo**

#### **I. Finalidad**

En la sección anterior, analizamos el control de identidad vinculado a la apreciación indiciaria de participación, que en caso de existir una situación de flagrancia, autorizaría la detención. Asimismo, la procedencia del registro investigativo, como instrumento para la constatación de un supuesto de flagrancia, exige que la detención sea una medida *ex ante* idónea según el concreto y específico ilícito pesquisado. De este modo, si la sospecha que recae sobre el sujeto no se relaciona con algún hecho punible susceptible de una detención en situación de flagrancia, entonces, el registro investigativo carece de idoneidad en relación a su fin –la medida cautelar detención- y en consecuencia, es una diligencia no autorizada por manifiesta falta de proporcionalidad.

En los supuestos en que la detención flagrante no es una medida realizable según el ilícito pesquisado, el control de identidad tiene sólo fines identificativos, es decir, obedece al único propósito de lograr la efectiva acreditación de la identidad del sujeto controlado.

En consecuencia, el control de identidad de menor injerencia en los derechos fundamentales del individuo –el control de identidad de fines exclusivamente identificativos- es procedente en aquellos casos en que no exista una imputación que por su gravedad importe la realización de un registro investigativo en aras de verificar una situación de flagrancia. Los supuestos de procedencia distinguen hipótesis imputativas de menor gravedad no susceptibles de detención flagrante, y supuestos no imputativos (la identificación de testigos y la identificación del encapuchado o embozado que responde a una finalidad exclusivamente preventiva).

## II. Supuestos de procedencia

El control de identidad con fines exclusivamente identificativos es aplicable a hipótesis distintas a la imputación de un crimen, simple delito o falta susceptible de detención. Por esta razón, debemos distinguir entre las hipótesis que atribuyen participación, la hipótesis de identificación de testigos, y la hipótesis exclusivamente preventiva del encapuchado o embozado, agregada por la Ley N° 20.253.

### 1. Imputación de un hecho punible no susceptible de detención en flagrancia

Si el registro investigativo en búsqueda de evidencia del ilícito pesquisado y de constatación de una flagrancia, no es procedente respecto de la imputación indiciaria de ilícitos no susceptibles de una detención, entonces, el control de identidad exclusivamente identificativo comprende sólo la imputación de ilícitos en que esa medida cautelar se encuentra proscrita:

- a) Existencia de indicios de que el sujeto hubiere cometido, hubiere intentado cometer o se dispusiere a cometer *delitos que la ley no sanciona con penas privativas ni restrictivas de libertad* (art. 124 CPP)
- b) Existencia de indicios de que el sujeto hubiere cometido, hubiere intentado cometer o se dispusiere a cometer *delitos de acción penal pública de previa instancia particular, con excepción de los previstos y sancionados en los arts. 361 a 366 quater CP* (art. 129 CPP)
- c) Existencia de indicios de que el sujeto hubiere cometido, hubiere intentado cometer o se dispusiere a cometer *delitos de acción penal privada*
- d) Existencia de indicios de que el sujeto hubiere cometido, hubiere intentado cometer o se dispusiere a cometer una *falta, con excepción de las contempladas en el art. 134 inc. 4º CPP*.

La procedencia del control de identidad respecto de indicios de que una persona “se dispusiere a cometer una falta”, es criticable, pues no constituye un hecho penalmente relevante, en razón de que la tentativa de falta es impune (art. 9º CP). La

hipótesis constituye un supuesto de naturaleza exclusivamente preventiva. El modelo propuesto en esta sección hace solamente aplicable el control de identidad menos invasivo a las hipótesis de naturaleza exclusivamente preventiva (existencia de indicios de tentativa de falta y el caso del encapuchado o embozado). Asimismo, la hipótesis de tentativa de falta, junto a la identificación de testigos y la identificación del encapuchado, constituyen tres supuestos de *identificación de sujetos no sospechosos de un hecho punible*, y en consecuencia, corresponde la aplicación de las mismas reglas.

## **2. Identificación de testigos**

La identificación de testigos se consagra en el art. 83 letra d) CPP, que establece como una de las actuaciones a realizar por los funcionarios de Carabineros y de la PDI, sin orden previa de los fiscales, la identificación de testigos y la consignación de sus declaraciones voluntarias, en los casos de detención flagrante y resguardo del sitio del suceso.

Con carácter más general, el art. 85 CPP exige a los mismos funcionarios policiales, también sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de una persona, cuando según las circunstancias, estimaren que existen *indicios de que el sujeto pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta*.

## **3. Identificación del sujeto encapuchado o embozado**

La Ley N° 20.253 incorporó como hipótesis constitutiva de un caso fundado para la realización de un control de identidad, la situación de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad<sup>1</sup>. Este caso constituye un supuesto de naturaleza exclusivamente preventiva, pues el comportamiento descrito no constituye hecho punible alguno, asociándose a circunstancias tales como manifestaciones en lugares públicos, pues expresaría una disposición de enfrentamiento contra los funcionarios policiales y de realización

---

<sup>1</sup> Respecto al origen de esta modificación, vid. *supra*, Capítulo II, Sección I, 5, a).

anónima de hecho ilícitos (sin perjuicio de que el carácter de encapuchado o embozado, unido a otras circunstancias, constituya un indicio distinto, o se circunscriba a una situación de flagrancia).

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia entiende por encapuchar “cubrir o tapar algo con capucha”, y por embozar “cubrir el rostro por la parte inferior hasta las narices o los ojos”<sup>2</sup>. Ambos supuestos, por tratarse de hechos ostensibles, exigen su efectiva constatación, no bastando la mera apreciación indiciaria requerida en las anteriores causales<sup>3</sup>. Pero la constatación de que el sujeto se encapuche o emboce, no es suficiente para la realización del control de identidad. El inc. 1º del art. 85 exige expresamente que esos actos tengan la finalidad de *ocultar, dificultar o disimular* la identidad, intención que deberá ser apreciada según las circunstancias concretas en que el sujeto se encuentre, lo que en definitiva alude a un cierto conocimiento indiciario de esa finalidad. Por ejemplo, es distinta la situación del sujeto que durante una madrugada de invierno, se desplaza embozado en bicicleta a su lugar de trabajo (irrelevante para la procedencia del control de identidad), que la situación del embozado o encapuchado que se encuentre presente en el lugar donde ocurren graves desordenes públicos.

¿Son los disturbios públicos el único contexto relevante para el caso del encapuchado o embozado? Esa era la pretensión de la indicación nº 19 presentada por el Senador Horvath, quien propuso agregar dos nuevos requisitos al texto del inc. 1º: que la presencia del encapuchado o embozado se dé en un contexto de disturbios públicos, y que la finalidad de ocultar, dificultar o disimular la identidad aparezca demostrada por un indicio serio. La indicación fue rechazada por la unanimidad de los miembros de la Comisión presentes, senadores Espina, Gómez y Larraín. Este último

---

<sup>2</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, op. cit.

<sup>3</sup> SALAS ASTRAIN, op. cit., p. 194. Recordemos que explícitamente la norma no exige indicios para el caso del encapuchado o embozado, pues expresamente dispone que la frase “en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que [...]” se aplica a las restantes hipótesis, en cambio la expresión “o en el caso de la persona que se encapuche o emboce [...]”, es exclusiva de esta última situación.

señaló que la restricción no parece ser justificada, porque en circunstancias normales tampoco las personas andan por la calle ocultando o dificultando su identidad<sup>4</sup>.

El problema que el Senador Larraín no advierte, es que encapucharse o embozarse no representa delito alguno, e incluso constituye una conducta socialmente adecuada en ciertos contextos sociales (p. ej. por razones climáticas). Pero además, el encapucharse o embozarse para efectos de dificultar, disimular u ocultar la identidad, tampoco realiza la falta del art. 496 n°5 CP, que exige la ocultación o negativa a manifestar el *nombre y apellido*. Y si tales circunstancias se estiman constitutivas de una eventual tentativa de falta del art. 496 n° 5 CP, el comportamiento es impune.

Estimamos que el único supuesto en que el caso del encapuchado o embozado tiene verdadera autonomía, en razón de su naturaleza exclusivamente preventiva, es durante el contexto de manifestaciones, desórdenes o disturbios públicos, por existir un claro indicio de la intención de ocultar, disimular o dificultar la identidad, lo que satisface plenamente las exigencias del art. 85 inc. 1° CPP. Fuera de ese ámbito, el hecho de que un sujeto se encapuche o emboce no autoriza por sí mismo la realización de un control de identidad, a menos que exista una sospecha de que el sujeto pretende ocultar, disimular o dificultar su identidad, sospecha que deberá fundarse en la existencia de indicios que permitan inferir esa finalidad. Estimamos que en general, esos indicios estarán vinculados a la intención de actuar clandestinamente en la perpetración de un hecho punible, y en consecuencia, tales indicios no se excluyen de la regla general de justificación en base a indicios de los supuestos represivos del control de identidad.

### **III. Medidas autorizadas a realizar por la policía**

#### **1. Primera etapa: Identificación *in situ***

Respecto al requerimiento de identificación efectuado en el lugar en que se practica el control de identidad, rigen las mismas reglas del modelo anterior, tanto en lo

---

<sup>4</sup> Historia de la Ley N° 20.253, op. cit. p. 318.

relativo al requerimiento mismo, como en lo relacionado con la detención por la falta del art. 496 n° 5 CP.

## **2. Segunda etapa: Registro y cotejo de órdenes de detención pendientes *in situ***

### **2.1. *El registro defensivo***

En general, ya hemos señalado que el registro del inc. 2º del art. 85 CPP obedece a dos finalidades: la protección de la seguridad del agente y la búsqueda de evidencia del ilícito pesquisado.

La exclusiva aplicación del registro defensivo a los supuestos menos graves de control de identidad, dando estricta aplicación al principio de proporcionalidad, tiene como presupuesto el texto mismo del inc. 2º, que establece el registro como una facultad policial (*podrá...*), y en consecuencia, existirán casos en que el registro no será necesario, lo que da fundamento a la posibilidad de una aplicación diferenciada.

El registro investigativo para la comprobación o rechazo de una situación de flagrancia no es procedente dado los supuestos de procedencia de este modelo de control de identidad, pues no existe indicio de participación punible que permita la medida cautelar detención en situación de flagrancia, pretendiéndose sólo que el sujeto controlado suministre información respecto de su identidad. En estos términos, el registro investigativo resulta innecesario, desproporcionado e ilegítimo, lo que se observa con mayor razón en aquellos casos en que los indicios ni siquiera atribuyen participación punible (como el caso del testigo y del encapuchado o embozado) y que por tanto, ni siquiera podría configurarse ostensiblemente *ex ante* un supuesto de flagrancia del art. 130 CPP, que en sus cinco casos, exige participación punible. Entonces, por ejemplo, desde un punto de vista descriptivo, si el agente sólo tiene indicios de la eventual calidad de testigo de un sujeto, no puede pretender configurar una hipótesis de flagrancia, *a propósito del registro*, pues el indicio no atribuye participación, y dado que el registro es “sin necesidad de nuevos indicios”, es la eventual posibilidad de ser testigo lo que fundamenta el control de identidad, y la acción del agente durante todo el procedimiento.

Por ello, si se pretende que el control de identidad se efectúe para verificar una situación de flagrancia, no se puede después obviar este punto para señalar que control de identidad y detención por flagrancia sobreviniente son autónomos, independientes entre sí. En nuestro ejemplo, lo que fundamenta el actuar policial es un indicio de calidad de testigo, lo cual debe orientar la acción de la policía durante todo el procedimiento, y en consecuencia, no procederá el registro investigativo.

En cambio, el registro defensivo obedece a la finalidad de proteger la seguridad del funcionario policial que realiza el procedimiento de identificación, propósito que es común a todo control de identidad.

La finalidad defensiva importa que el registro se realice exclusivamente con el propósito de encontrar armas. Desde el punto de vista de su ámbito de extensión, el registro defensivo se circunscribe al registro superficial y externo de la vestimenta del afectado, y de su espacio circundante<sup>5</sup>, pues la finalidad es precaver un ataque actual o inminente del sujeto registrado. Respecto de su intensidad, el registro de finalidad defensiva constituye una injerencia menos invasiva que el registro investigativo, pues se restringe al mero palpamiento superficial y fugaz de la vestimenta del afectado. En relación al espacio circundante, debemos distinguir entre el equipaje y el vehículo:

a) Si el equipaje se encuentra en el espacio circundante del controlado de identidad, en los casos que la finalidad defensiva pueda lograrse a través de un palpamiento superficial, p. ej. registro de un morral, bastará con ese procedimiento. Si el palpamiento superficial no es idóneo, p. ej. en el caso de una maleta, o si a propósito del palpamiento externo surgieren dudas, p. ej. se palpa externamente un objeto con forma de pistola, el policía podrá solicitar al afectado que abra su equipaje, procediendo a la inspección ocular y palpamiento del interior del equipaje, limitado a la finalidad de búsqueda de armas.

b) Respecto del vehículo del sujeto controlado de identidad, el registro defensivo sólo será procedente si el vehículo se encuentra en el espacio circundante al lugar donde se realiza el control de identidad. La policía podrá proceder, en búsqueda de

---

<sup>5</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. I., p. 602.



armas, a realizar una inspección ocular al interior del vehículo y al palpamiento fugaz tanto en el interior del vehículo, como en sus ámbitos cerrados, como el maletero y la guantera.

## **2.2. *El cotejo de órdenes de detención pendiente***

El cotejo de órdenes de detención pendiente será también procedente dado el tenor del art. 85 inc. 2º CPP.

## **2.3. *La consignación de las declaraciones voluntarias de los testigos en los casos de las letras b) y c) del art. 83***

El art. 83 letra d) establece que a los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones corresponde realizar, sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales, además de la identificación de los testigos, la consignación de las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente, tratándose de los casos de detención en situación de flagrancia y resguardo del sitio del suceso.

## **2.4. *La detención***

La medida cautelar detención será procedente en esta etapa del control de identidad en los mismos términos del modelo anterior, esto es, la detención por flagrancia sobreviniente, la detención por existencia de una orden de detención pendiente y la detención por la falta del art. 496 nº 5 CP.

Respecto de la detención por flagrancia sobreviniente, si el registro limitado a una finalidad defensiva en búsqueda de armas, se realiza en los términos expuestos anteriormente (extensión e intensidad restringida) y como resultado se constata una situación de flagrancia del art. 130 CPP desconectada de los indicios que justificaron la realización del control de identidad, procederá la detención flagrante –en los casos que ella sea una medida a realizar por la policía según el ilícito descubierto- sin necesidad de orden judicial previa.

### **3. Tercera etapa: Conducción de la unidad policial**

En razón que la conducción a la unidad policial más cercana se realiza con exclusivos fines identificatorios, será plenamente aplicable a este modelo lo señalado respecto del anterior, y en consecuencia, los supuestos de procedencia (negativa o imposibilidad de acreditar la identidad) como las medidas autorizadas a realizar por la Policía (identificación por otros medios, cotejo de órdenes de detención pendiente y la detención por la falta del art. 496 n°5 y como resultado del cotejo anterior) se rigen por las mismas reglas.

## **Sección Cuarta**

### **Garantías del sujeto controlado de identidad**

#### **I. Aspectos generales**

El art. 86 CPP dispone respecto del sujeto controlado de identidad lo siguiente:

Artículo 86.- Derechos de la persona sujeta a control de identidad. En cualquier caso que hubiere sido necesario conducir a la unidad policial a la persona cuya identidad se tratare de averiguar en virtud del artículo precedente, el funcionario que practicare el traslado deberá informarle verbalmente de su derecho a que se comunique a su familia o a la persona que indicare, de su permanencia en el cuartel policial. El afectado no podrá ser ingresado a celdas o calabozos, ni mantenido en contacto con personas detenidas.

Sin embargo, la determinación de las garantías de la persona sujeta a un control de identidad no se restringen a lo dispuesto en el citado artículo 86 CPP, sino que dependen del estatuto jurídico aplicable al individuo afectado por la medida<sup>1</sup>, y en consecuencia, se debe aplicar las garantías que la Constitución (art. 19 n° 7) y los tratados de derechos humanos vigentes en Chile, contemplan respecto del sujeto privado de libertad, así como las garantías legales de todo imputado (art. 93 CPP) y del imputado privado de libertad (art. 94 CPP), que resulten compatibles con la naturaleza, duración y finalidad del procedimiento de identificación regulado en el art. 85 CPP.

Al respecto debemos recordar que el control de identidad importa una privación de libertad en el caso de existir una conducción a la unidad policial más cercana, sin perjuicio de que el requerimiento de identificación y el registro del art. 85 inc. 2º, importan por sí mismos una restricción de la libertad personal<sup>2</sup>. Asimismo, es necesario recordar que en aquellos casos en que el control de identidad tiene por antecedente la estimación de indicios por parte del agente policial, en razón de los cuales atribuye

---

<sup>1</sup> Vid. en este sentido, ROMERO MUZA, op .cit., p. 67

<sup>2</sup> Vid. *supra*, Capítulo II, Sección 2ª, II, 4.

participación en un hecho punible, el sujeto controlado de identidad tiene el carácter de imputado, según lo dispuesto en el art. 7º CPP<sup>3</sup>.

En consecuencia, podemos distinguir entre las garantías establecidas para todo individuo sujeto a un control de identidad, y las garantías específicas del imputado y del controlado de identidad privado de libertad.

## **II. Derechos y garantías de toda persona sujeta a control de identidad**

a) Derecho a que el procedimiento de control de identidad se realice de la forma más expedita posible, en un tiempo máximo no superior a ocho horas (art. 85 inc. 4º y 6º CPP)

## **III. Derechos y garantías del imputado sujeto a control de identidad**

a) Derecho a que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes (art. 93 letra a) CPP)

b) Derecho a ser asistido por un abogado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra (art. 8 y 93 letra b) CPP), sin perjuicio de que el art. 102 CPP disponga que “la designación del defensor debe tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado”.

c) Derecho a guardar silencio (con excepción de la identidad), y en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento (art. 93 letra g) CPP)

d) Derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 93 letra h) CPP)

---

<sup>3</sup> Vid, *supra*, Capítulo II, Sección 3ª, IV.

#### **IV. Derechos y garantías del sujeto conducido a la unidad policial con fines de identificación (privado de libertad)**

a) Derecho a ser informado de las razones de su privación de libertad<sup>4</sup> (art. 7.4. CADH<sup>5</sup>, si se trata de un imputado, rige también el art. 94 letra a) CPP).

b) Derecho a que la privación de libertad sea ordenada por funcionario público expresamente facultado por ley y que dicha orden le sea comunicada al controlado de identidad (aplicación por analogía del art. 19 nº 7 CPR, no siendo necesario el requisito de *intimación* por no tratarse de una orden escrita, ni tampoco la puesta a disposición judicial, en razón de que esta conducción requeriría un tiempo excesivo en relación al límite máximo legal de ocho horas del control de identidad y al mandato legal de realizar el procedimiento de la forma más expedita posible).

c) Derecho a que el funcionario que practique el traslado le informe verbalmente de su derecho a que se comunique a su familia o a la persona que el controlado le indique, de su permanencia en el cuartel policial (art. 86 CPP). Estimamos que se debe aplicar por analogía el derecho del imputado privado de libertad a que el encargado de la guardia del recinto policial comunique esa información, así como el motivo de esa permanencia, en presencia del sujeto controlado de identidad (art. 94 letra e) CPP)

d) Derecho a no ser ingresado a celdas o calabozos, ni mantenido en contacto con personas detenidas (art. 86 CPP)

---

<sup>4</sup> BOVINO, op. cit., p. 372, ha señalado que corresponde al agente que personalmente ejecuta la medida que restringe la libertad ambulatoria, explicar al sujeto las razones de hecho y de derecho que justifican la medida. Respecto a la notificación sin demora de los cargos formulados, no es aplicable al control de identidad por aludir a una notificación ordenada por un juez, ibídem, p. 374

<sup>5</sup> “Art. 7.4. 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”. Al respecto BOVINO, señala que además de evitar privaciones de libertad ilegales o arbitrarias, la disposición tiene como finalidad posibilitar el ejercicio del derecho de defensa. Respecto a la “retención”, señala que el término alude a cualquier situación que reduzca sustancialmente la libertad personal, a pesar del nombre técnico o vulgar que pueda ser usado para determinar restricciones a la libertad personal, vid. BOVINO, op. cit., p. 371. Medina, op. cit., p. 226, ha que “el haber agregado la palabra “retenida” en este inciso sólo puede entenderse como un intento de ampliar la protección a otra forma de privación de libertad, derivado, probablemente, del conocimiento de los redactores de la diversidad de la nomenclatura en este campo [...]”

- e) Derecho a que el traslado con fines de identificación se efectúe al *lugar público* destinado a ese objeto (unidad policial más cercana) (art. 85 inc. 31 y art. 19 n° 7 letra d) CPR)
- f) Derecho a que los encargados del recinto policial dejen constancia de la conducción a la unidad policial del sujeto controlado de identidad, en un registro público (art. 19 n°7 letra d) CPR).
- g) Derecho a que el encargado del recinto policial otorgue un certificado de hallarse el sujeto controlado de identidad, en la unidad policial (art. 19 n° 7 letra d) CPR)
- h) Derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su privación de libertad (art. 95 CPP, art. 21 CPR y art. 7.6. CADH, si se trata de un imputado, rige también el art. 94 letra d) CPP)

Si el sujeto conducido a la unidad policial es también un imputado, tiene los siguientes derechos:

- a) Derecho a entrevistarse privadamente con su abogado (art. 94 letra f) CPP)
- b) Derecho a recibir visitas y comunicarse por escrito o por cualquier otro medio (no se aplica la excepción del art. 151 CPP, en razón de que la prohibición de comunicación rige sólo respecto del detenido o preso) (art. 94 letra h) CPP). Estimamos que este derecho es plenamente aplicable a todo sujeto conducido a la unidad policial con fines de identificación.

**CAPÍTULO IV**  
**EL CONTROL DE IDENTIDAD ILEGAL**

## **Aspectos generales**

### **El control de la actividad ilegal de la policía**

El control de identidad, como actividad autónoma de la policía que importa una intromisión en los derechos fundamentales, es una medida sujeta a control posterior con el objeto de evitar el abuso en su ejercicio y asegurar a los ciudadanos el respeto de sus derechos y del ordenamiento jurídico vigente.

En palabras de ROMERO MUZA, “si dentro del mismo Estado de derecho se reconocen a la policía ciertos grados de **discrecionalidad** en su actividad, propios de la dinámica del trabajo policial concreto, igualmente se deberán reconocer ciertos controles para **la adecuación** de tal discrecionalidad policial a la legalidad y constitucionalidad que supone el actuar de los poderes públicos dentro de un Estado de derecho, garantizándose la sujeción a tal juridicidad mediante la existencia de **controles internos** de la policía, como son las orientaciones e instructivos de los mandos superiores, así como la existencia de procedimientos de reclamo y sanción administrativa a las actuaciones apartadas del derecho [...] el **control clásico** de la sujeción de las policías a la legalidad es el **control externo**, radicado en los tribunales de justicia, que no sólo pueden hacer efectiva la responsabilidad civil y penal del ejercicio arbitrario o ilegal de la discrecionalidad, sino también ejercer el control de legalidad sobre el producto de su actuación, traducido normalmente en las pruebas de cargo que su actividad genera, excluyendo aquellas que se obtengan vulnerando garantías fundamentales. La aplicación de tales controles son, en definitiva, los que “**disciplinan**” la discrecionalidad y la actuación policial al cumplimiento de las normas constitucionales y legales”<sup>1</sup>.

Es por esto que para efectos de análisis dividiremos la materia en tres ámbitos: en primer lugar, la responsabilidad que acarrea la realización de un control de identidad ilegal; en segundo lugar, el control judicial efectuado mientras el control está pendiente o deriva en una detención; y por último, la exclusión de la prueba obtenida en un procedimiento de control de identidad ilegal.

---

<sup>1</sup> ROMERO MUZA, op.cit., p. 23.



## **Sección Primera**

### **Responsabilidad por la realización de un control de identidad ilegal**

Si el control de identidad se realiza sin ajustarse al procedimiento establecido por ley, el funcionario policial podrá ser jurídicamente responsable, lo que se analizará una vez concluido el procedimiento en caso de existir dudas sobre su legalidad. Esta responsabilidad puede ser de tres tipos: penal, disciplinaria y civil.

#### **I. Responsabilidad penal del funcionario policial**

El art. 85 inc. 4º establece que el abuso en el ejercicio del control de identidad podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el art. 255 del párrafo XII, Título V, Libro II del CP, que establece lo siguiente:

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

##### **1. Sujeto activo: *empleado público***

El art. 255 CP exige la calidad de “empleado público”. El art. 260 CP dispone que para efectos del Título V y del Párrafo IV del Título III se reputa empleado público “todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”. En consecuencia, se establece un concepto de “empleado público” que emana de la función realizada, más amplio que el del Estatuto Administrativo. Se sostiene además que pese a la limitación que establece el mismo art. 260 CP (“para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III”), “no se

discute su aplicación a otras figuras donde la calidad de empleado público es relevante, partiendo por la agravante genérica 8º del art. 12”<sup>1</sup>.

## 2. Bien jurídico protegido

Respecto a los delitos contemplados en el Título V del Libro II del Código Penal (“De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”, arts. 216 a 260) el legislador pareciera agrupar infracciones en atención al sujeto activo –empleado público- y no según un bien jurídico tutelado<sup>2</sup>.

Debemos entender que el bien jurídico protegido corresponde a la “administración pública”, entendida en el sentido más amplio como “actividad general del Estado, incluyendo por tanto la actividad propia de la administración como la del poder legislativo y judicial. Lo protegido es el recto y normal desenvolvimiento de la administración pública; las tareas concretas que realiza en el cumplimiento de sus funciones la autoridad pública encargada de ejercer soberanía. No resulta atacado el Estado mismo, sino su regularidad funcional<sup>3</sup>.

Explica ETCHEBERRY que la regulación no comprende todo ataque a la administración pública, sino que sanciona sólo el caso del empleado público como sujeto activo. Ello da relevancia, junto a la afectación del bien jurídico protegido, a la infracción de un deber específico de lealtad, corrección y eficiencia (para ETCHEBERRY el art. 255 CP se encuentra en la categoría de los delitos que consisten en la infracción de deberes del cargo)<sup>4</sup>. Los funcionarios tienen un “deber especial frente a la

---

<sup>1</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 488.

<sup>2</sup> El carácter de empleado público no es exclusivo de los delitos contemplados en dicho título; existen además delitos cometidos por empleados públicos que afectan otros bienes jurídicos, que para el legislador son más importantes (p.ej., contra las garantías constitucionales), sin perjuicio de que también lesionen la administración pública.

<sup>3</sup> Vid. ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. Santiago, Carlos E. Gibbs, 1975, pp.177-180; BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, T. IV, 2ª edición. Santiago, Legal Publishing, 2007, p. 153.

<sup>4</sup> ETCHEBERRY clasifica los delitos del Título V en: delitos de carácter reglamentario o formal (anticipación y prolongación de funciones, nombramientos ilegales), delitos que consisten en infracción de deberes del cargo (prevaricación usurpación de atribuciones, infidelidad en la custodia de documentos, violación de

consecución de las finalidades en orden a la prosecución del Bien Común, que justifica el diferente tratamiento penal que aquí se les dispensa, mediante la construcción de “delitos especiales”, sin perjuicio de las particularidades de cada delito”<sup>5-6</sup>.

### 3. *Vejaciones o apremios*

El tipo del art. 255 CP sanciona al empleado público que desempeñando un acto del servicio, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas o usare de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño del servicio respectivo.

Según ETCHEBERRY –siguiendo a LABATUT- **vejación** es “cualquier maltrato, molestia, perjuicio o gravamen de que se haga víctima a una persona”. Entiende por **apremios** las “formas de presión, de coacción, que a través de la mortificación o molestia que causan al afectado, lo impelen a realizar determinada conducta”. El *apremio, no es sino una forma especial de vejación injusta*. La alusión al carácter de “injusta” de la vejación, e “ilegítima” o “innecesaria” del apremio, excluye aquéllas conductas inherentes al deber del funcionario o necesarias legalmente para su buen desempeño<sup>7</sup>, por constituir un comportamiento justificado según el art. 10 n° 10 CP<sup>8</sup>.

---

secretos, resistencia y desobediencia, denegación de auxilio y abandono de destino, abusos contra particulares –vejaciones o apremios, denegación de servicio, atentados contra la honestidad-) y delitos que consisten en falta de probidad (Malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, cohecho). Vid ETCHEBERRY, *Derecho Penal...* (1975) op. cit., pp. 177-180.

<sup>5</sup> POLITOFF y otros, op. cit., p. 488.

<sup>6</sup> “Los empleados públicos tienen a su cargo distintas responsabilidades y obligaciones y deberes que cumplir; el incumplimiento de los mismos desquicia la marcha del Estado y puede llegar a constituir delito, de acuerdo con las ideas generales expuestas anteriormente –los empleados públicos pueden incurrir en responsabilidad administrativa, civil y penal, siendo ellas independientes-; a su turno, los particulares como miembros de una comunidad políticamente organizada, se encuentran en el deber de prestar a la Administración Pública la cooperación indispensable para el desenvolvimiento de las actividades que le son propias. Es en la desobediencia de estos deberes, que implican un atentado contra la normal marcha de la Administración Pública que se halla el fundamento de la sanción de la ley” ZAMBRANO FUENTES, Sergio. *Regulación positiva de los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Públicos con abuso de sus funciones*, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1986, p. 135.

<sup>7</sup> ETCHEBERRY, Alberto. *Derecho Penal, Parte Especial*, T. IV, 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 233-234.

<sup>8</sup> POLITOFF y otros, op. cit., p. 515 han señalado respecto de los delitos contemplados en el Parágrafo 12 del Título V que “el Código contempla [...] algunas figuras genéricas de otras especiales comprendidas en otros tipos del mismo párrafo y en el Parágrafo 4 del Título III, cuya utilización práctica ha sido escasa, sino nula en todo el tiempo de vigencia de nuestro Código, según se desprende de la falta absoluta de

La remisión del art. 85 CPP a este tipo penal ha sido criticada, no sólo por ser aplicable aún a falta de ella, sino que además por reflejar “una preferencia por las responsabilidades ulteriores como mecanismo de protección de garantías que se antepone a la opción por el control previo, lo que resulta sumamente cuestionable en la perspectiva de lograr una protección efectiva”<sup>9</sup>.

## II. Responsabilidad disciplinaria del funcionario policial

La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios policiales encargados de realizar el control de identidad está regulada por sus leyes correspondientes. En el caso de Carabineros, la Ley Orgánica Constitucional (LOC) N° 18.961 y en el caso de

---

tratamiento jurisprudencial de casos en que resulten aplicables las disposiciones penales contenidas en este párrafo”. Al respecto, el 12º Juzgado de Garantía de Santiago el 31 de diciembre de 2007 en la causa RIT N° 926-2006; RUC N° 0610003870-4 sostuvo respecto de la vejación injusta, que ella requiere tres requisitos: a) que se realice una vejación injusta en otra persona; b) que tal acción se realice por un funcionario público; c) que tal acción se realice en el marco de sus funciones. Respecto del primero, afirma que a definición de LABATUT de *vejación*, se condice con lo señalado por el Diccionario de la Real Academia que define el término “vejar” como “maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicarlo o hacerle padecer”. Sin embargo, agrega la sentencia que “en el lenguaje común la vejación no es cualquier maltrato o molestia sino que es aquel que ridiculiza; tiene cierto carácter humillante, de menosprecio, de menoscabo en la honra o dignidad del que lo sufre. No es posible pretender que el derecho, y particularmente el derecho penal, pretenda sancionar únicamente la molestia que se produce en la administración pública cada vez que se atiende mal al usuario, sino en la medida en que tal molestia tiene un sentido infamante”. Agrega que “la expresión «injusta» permite excluir aquella molestia que es connatural al desempeño funcionario apegado a su deber ser, legitimado por las normas que rigen su actuar. De modo que es injusto el maltrato que no encuentra una justificación normativa. Así, el Carabinero que procede a un control de identidad causa una molestia, pero si su actuación se justifica por la existencia de indicios que permiten presumir que el sujeto sometido a esa acción ha participado en un delito, tal molestia no puede ser calificada como injusta por cuanto el funcionario obró en el marco de sus atribuciones establecidas legalmente”

<sup>9</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op.cit., T. I, pp. 605-606. Según consta de la historia de la Ley 19.789, la remisión al art. 255 CP se consideró como resguardo al respeto del plazo máximo de duración del procedimiento, para incentivar que se realice de la forma más expedita posible y disuadir de cualquier exceso a la policía. Vid. ROMERO MUZA, op. cit., p. 64; OTERO LATHROP, Miguel. *La policía frente al código procesal penal*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 69; GONZÁLEZ JURI, Gustavo. “Las funciones policiales en la reforma procesal penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, n° 20. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005, p. 221. Consideramos que no sólo el abuso en el plazo realiza el tipo del art. 255 CP, sino que lo relevante es que la efectiva conducta policial sea subsumida en el tipo, por importar una vejación injusta contra las personas o el uso de apremios ilegítimos o innecesarios (en este sentido, vid. SALAS ASTRAIN, op. cit., p.187), sin perjuicio de la realización de otras figuras especiales respecto del art. 255, o que importen la lesión de bienes jurídicos adicionales. Por ejemplo, señala POLITOFF que “con la actual regulación del art. 150-A CP, esta figura ha quedado completamente desplazada en lo que se refiere a los apremios ilegítimos y, en lo referido a los vejámenes, en la medida que ellos se contemplan dentro de la aplicación de tormentos a que hace referencia esta última disposición” (POLITOFF y otros, op. cit., p. 515).

la Policía de Investigaciones (PDI), el DL N° 2.460 del año 1979, LOC de Policía de Investigaciones de Chile<sup>10</sup>.

La LOC de Carabineros, en su art. 36, dispone que “la potestad disciplinaria será ejercida por las autoridades institucionales competentes a través de un racional y justo procedimiento administrativo. El personal que infrinja sus deberes u obligaciones incurrirá en responsabilidad administrativa conforme lo determine el Reglamento de Disciplina, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda afectarle”.

El referido reglamento es el N° 11<sup>11</sup>, que en su Título V se encarga de la clasificación de las faltas, regulando en su art. 22 N° 5 el abuso de autoridad. Al respecto se establece que “se considerarán comprendidas entre ellas: (...) Toda extralimitación de atribuciones, ya sea contra los subalternos o contra el público, y todo hecho que pueda calificarse como abuso de funciones, siempre que no alcance a constituir delito”.

De acuerdo a lo anterior, la responsabilidad disciplinaria es procedente sólo en los casos en que no exista responsabilidad penal del funcionario. Ello es coherente con la regulación del art. 85 CPP, que establece que el abuso en la realización de un control de identidad *podrá* ser constitutivo del delito contemplado en el art. 255 CP, y por tanto, la responsabilidad penal no es consecuencia necesaria de la ilegal realización de un control de identidad. Estimamos que el criterio de distinción entre ambos tipos de responsabilidad dependerá de la gravedad del injusto del agente, y de la efectiva lesión al bien jurídico protegido por el art. 255, esto es, la administración pública. Respecto de los abusos cometidos en la realización de un control de identidad, es posible sostener que, en general, no procederá la responsabilidad disciplinaria salvo en los casos en que la vejación sea de una gravedad mínima, sin considerar las molestias inevitables de la correcta realización del control de identidad, que no importan responsabilidad para el agente.

---

<sup>10</sup> Para ROMERO MUZA, op. cit., p. 23, la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios policiales se enmarca dentro de los controles internos de la actividad policial.

<sup>11</sup> Disponible en <http://www.carabineros.cl/transparencia/transparencia2009/reglamento11.pdf>

Por otro lado, el Decreto Ley N° 2.460 del año 1979, LOC de la PDI, señala en su art. 4 que “la misión fundamental de la Policía de Investigaciones de Chile es investigar los delitos de conformidad a las instrucciones que al efecto dicte el Ministerio Público, sin perjuicio de las actuaciones que en virtud de la ley le corresponde realizar sin mediar instrucciones particulares de los fiscales” y las normas de disciplina se encuentran contenidas en el Estatuto del Personal de Policía de Investigaciones de Chile<sup>12</sup>.

El Capítulo Segundo del estatuto trata de las responsabilidades y su art. 138 señala que “el personal que infrinja sus obligaciones o deberes funcionarios, incurrirá en responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la civil o penal que pueda afectarle”. Continúa el art. 139 “La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal y, en consecuencia, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluye la posibilidad de aplicar al empleado una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos. Si se le sancionare con alguna medida de carácter expulsivo como consecuencia exclusiva de hechos que revistan caracteres de delito y en el proceso criminal hubiere sido absuelto o sobreseído definitivamente por no constituir delito los hechos denunciados, el funcionario deberá ser reincorporado a la Institución en el cargo que desempeñaba a la fecha de su alejamiento o en otro de igual jerarquía, conservando todos sus derechos y beneficios legales y previsionales, como si hubiese estado en actividad [...]”.

Según se puede apreciar, la reglamentación es menos específica que la de Carabineros, pero se puede ver en el art. 139 que un hecho que no constituye responsabilidad penal no puede por sí sólo fundar la sanción máxima de responsabilidad disciplinaria, por lo que es aplicable lo dicho anteriormente a propósito de los funcionarios de carabineros.

### **III. Responsabilidad civil**

¿Es posible exigir la responsabilidad civil por los perjuicios causados por el funcionario policial al realizar un control de identidad?

---

<sup>12</sup> DFL N° 1 del Ministerio de Defensa Nacional del 15 de Mayo de 1980.

Respecto de la responsabilidad del agente policial que realiza el control de identidad, debemos entender que nos referimos a la hipótesis en que el daño se produce porque el procedimiento infringe el art. 85 CPP (“culpa infraccional”), ya que de otra manera, la acción del agente se encuentra justificada por el cumplimiento del deber legal que importa el control de identidad legalmente realizado. En este sentido, estimamos procedente la responsabilidad civil del agente policial y la correspondiente indemnización de los perjuicios causados.

Asimismo, se plantea la interrogante de si el Estado es quien deba responder por los daños causados por el actuar del agente policial, como funcionario público. La Carta Fundamental, en su art. 38 inciso 2º establece que: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

De acuerdo a esta disposición, en los casos en que se produzca un abuso en la realización del control de identidad y por lo tanto se vulneren los derechos del controlado, existiría responsabilidad del Estado por los perjuicios causados por el agente policial. Sin embargo, el art. 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado excluye a las Fuerzas Armadas y Carabineros de la imputación por falta de servicio, por lo que sólo pueden aplicarse los marcos constitucionales y de acuerdo a este, no hay nada que obste a la persecución de la reparación del daño causado.

Para algunos autores, como PIERRY, esta regulación ha dado lugar a grandes confusiones; por ello propone que el criterio de imputación se fundamente del siguiente modo: “(...) a las Fuerzas Armadas y Carabineros debe aplicárseles, en definitiva, el mismo sistema de responsabilidad que al resto de la Administración; esto es, el de la falta de servicio, y que la mejor manera de hacerlo es a partir del artículo 2314 del Código Civil, aplicado esta vez al Estado como responsable por el hecho propio, sin necesidad de probar culpa o dolo del funcionario. Resultaría inconsecuente la aplicación de dos sistemas diversos dentro de la misma Administración del Estado; uno, por falta de servicio, y otro regulado por los artículos 2320 y 2322 del Código Civil,

por responsabilidad por el hecho ajeno debiendo probarse culpa o dolo del funcionario. Lo razonable entonces consiste en aplicar también a las Fuerzas Armadas y Carabineros la falta de servicio, institución de derecho público, pero a partir del artículo 2314 del Código Civil. En ninguno de los casos, por supuesto, la responsabilidad tendría el carácter de objetiva. La alternativa a lo que nosotros hemos propuesto consiste en aplicar directamente el artículo 4 de la Ley de Bases de la Administración del Estado, no obstante que fue concebido por sus redactores sólo como un principio general. Eso sí que, siguiendo el fallo de la Corte Suprema "María Paz Santibáñez Viani con Fisco", con la exigencia de la reprochabilidad de la conducta de la Administración, "por cuanto, sólo las actuaciones que merecieran reproche por causar injustamente un daño o por haberse ejecutado de manera arbitraria, podrían traer consigo una reparación patrimonial, en la medida que sean objeto de algún reparo de ilegitimidad"<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> PIERRY ARRAU, Pedro. *¿Es objetiva la responsabilidad del estado? Estado actual de la jurisprudencia*, en Revista de Derecho N° 11, p. 3, en <http://portal.cde.cl/wps/wcm/connect/6477c6004fbf7209b7d2bf46ce4e7365/3.pdf?MOD=AJPERES>.



## Sección Segunda

### Control judicial de una medida ilegal mientras se encuentre pendiente

El procedimiento de control de identidad se concibió como una actuación autónoma de la policía, sin orden judicial o fiscal previa, existiendo sólo un control judicial ex post respecto de la conformidad a Derecho del actuar policial. Según SALAS ASTRAIN, “en la práctica, la calificación de lo que es o no un “caso fundado”, siempre será hecha por la policía y sólo podrá ser objeto de un control *a posteriori*, ya sea, por el Ministerio Público, antes de una posible judicialización, o, por el propio Juez de Garantía, por la vía del *amparo de garantía* o de la declaración de legalidad o ilegalidad de la detención, en caso contrario”<sup>1</sup>.

#### I. Amparo ante el juez de garantía

La primera forma en que se realiza un control judicial de la actividad policial es mediante el amparo ante el juez de garantía, definido como “aquel que resulta procedente respecto de toda persona privada de libertad, la que tiene derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encuentra, constituyéndose, si es necesario, en el lugar en que ella estuviera”<sup>2</sup>.

Está consagrado en el art. 95 CPP y constituye una acción rápida<sup>3</sup>, que se puede interponer verbalmente por cualquier persona a nombre del sujeto privado de libertad ante el juez de garantía, y que está referida a los casos en que la privación de libertad no tenga origen jurisdiccional, pues de lo contrario su legalidad sólo puede impugnarse por los recursos que correspondan ante el tribunal que dictó la privación de libertad, sin perjuicio de la acción constitucional de amparo del art. 21 CPR.

---

<sup>1</sup> SALAS ASTRAIN, op. cit., p. 171.

<sup>2</sup> CORREA SELAMÉ, Jorge Danilo. *Recursos procesales penales*. Santiago, Lexis Nexis, 2006, p. 359.

<sup>3</sup> Vid. CHAHUAN SARRAS, op. cit., p. 119.

Es interesante analizar como coexisten ambas normas, lo que ha sido ampliamente discutido en la doctrina nacional. En primer lugar, la acción constitucional de amparo constituye “un medio extraordinario que tiene por objeto restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado cuando éste ha sido arraigado, detenido o privado de libertad con infracción a la Constitución Política de la República o a las leyes o sufra ilegalmente cualquier otra perturbación, privación o amenaza en su libertad personal o seguridad individual”<sup>4</sup>.

Para CHAHUÁN SARRAS, “de la mera lectura del art. 95 CPP citado, se desprende que ese articulado no afecta la norma del art. 21 de la CPR. En efecto, pues el nuevo CPP confiere una acción judicial para recurrir ante el Juez de Garantía, con el fin que examine la legalidad de la privación de libertad del recurrente o de un tercero, y las condiciones en que se encontrare. Empero, **dicha privación de libertad no debe tener un origen jurisdiccional**. Si la privación de libertad “hubiera sido ordenada por resolución judicial”, su legalidad solo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado (recursos), sin perjuicio de lo prescrito en el art. 21 de la CPR (acción constitucional de amparo-o *Habeas Corpus*)”<sup>5</sup>.

El profesor CEA EGAÑA explica: “Por supuesto esta disposición no puede entenderse como equivalente de lo exigido en el artículo 21º del Código Fundamental y, por ende, cabe concluir que solo **complementa o suplementa** lo dispuesto en este precepto. Cualquier interpretación contraria tiene que ser calificada de inconstitucional. Más enfática aún debe ser nuestra posición para discrepar de la razón aducida en el Senado con el propósito de justificar la norma comentada, es decir, sostener su procedencia sobre la base de que el amparo procede sólo en contra de resoluciones administrativas. El inciso final, que es meramente legal, corrobora la tesis que desestimamos, la cual no puede afectar la supremacía e imperatividad **in actum** del Código Político”<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> CORREA SELAMÉ, op. cit., p. 351.

<sup>5</sup> CHAHUAN SARRAS, op. cit., pp. 118-119.

<sup>6</sup> CEA EGAÑA, José Luis. “Marco constitucional del nuevo sistema procesal penal”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol 29 n° 2. Santiago, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, mayo/agosto 2002, p. 227.

En definitiva, las diferencias entre los arts. 21 CPR y 95 CPP son las siguientes:

- a.- La acción de amparo constitucional tiene carácter preventivo y correctivo, el amparo del Código Procesal Penal, solo es correctivo;
- b.- La acción constitucional preserva la libertad ambulatoria y la seguridad individual; el amparo del Código, la libertad ambulatoria y la recta observancia de las normas que regulan la privación de libertad;
- c.- El amparo constitucional tiene lugar cualquiera sea el origen de la privación, perturbación o amenaza a la libertad personal o seguridad individual; el amparo del art.95 no procede si la privación de libertad tiene origen jurisdiccional;
- d.- La tramitación del amparo constitucional se norma en el art. 21 de la CPR y en el auto acordado de la Corte Suprema del año 1932; la del CPP exclusivamente en ese cuerpo legal;
- e.- El amparo constitucional se resuelve en primera instancia por la Corte de Apelaciones respectiva y, en segunda, por la Sala Penal de la Corte Suprema; el del CPP, en única instancia por el juez de garantía<sup>7</sup>.

De acuerdo a lo expuesto, es posible argumentar lo siguiente:

- 1.- Si el procedimiento de control de identidad es ilegal, e importa una privación de libertad, es procedente tanto el amparo ante el juez de garantía como la acción constitucional de amparo.
- 2.- Si el procedimiento de control de identidad es ilegal pero importa una mera perturbación o amenaza del derecho a la libertad personal, será sólo procedente el amparo constitucional. Sin embargo, dada la corta duración del control de identidad, la acción constitucional pierde toda eficacia práctica, pues su tramitación superaría ampliamente la duración del control de identidad. Lo mismo puede decirse, aunque en menor medida, respecto del amparo ante el juez de garantía, cuando la conducción del controlado de identidad ante la presencia del juez requiera más tiempo que el máximo de duración del procedimiento de control de identidad.

---

<sup>7</sup> Vid. CHAHUAN SARRAS, op. cit., pp. 120-121.

## II. La declaración de ilegalidad de la detención

En la primera audiencia judicial del detenido, se podrá declarar la ilegalidad de la detención cuando ésta se haya realizado sin el debido respeto a los procedimientos establecidos, decisión que toma el juez de garantía, previo debate<sup>8</sup>.

El problema de la ilegalidad de la detención se vincula a la realización del control de identidad ilegal, en los casos en que dicho procedimiento deriva en la detención del sujeto controlado (por flagrancia sobreviniente o por la existencia de órdenes de detención pendiente). En la práctica, la mayoría de las detenciones declaradas ilegales se relacionan al control de identidad o la flagrancia, siendo los casos más comunes aquéllos en que se detuvo en situación de flagrancia a individuos que fueron sorprendidos durante el procedimiento de control de identidad con drogas, especies hurtadas o robadas, vehículos robados, armas no inscritas, etc., pero cuyas detenciones fueron declaradas ilegales por vicios en el control de identidad al no existir indicios iniciales de que el sujeto hubiere cometido, intentado cometer o se dispusiere a cometer un crimen, simple delito o falta, y los casos en que se ha declarado ilegal la detención por estimar que no se estaba en presencia de un delito flagrante por haber transcurrido un plazo excesivo entre que se cometió el ilícito y se produjo la detención<sup>9</sup>.

De acuerdo al art. 132 del CPP (modificado por la Ley N° 20.253), la declaración de ilegalidad de la detención no impedirá que el fiscal o el asistente del fiscal pueda formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares procedentes, pero no podrá solicitar la ampliación de la detención. Continúa el artículo expresando que esta declaración no produce efecto de cosa juzgada en relación a las solicitudes de exclusión de prueba por ilicitud que se hagan posteriormente y el art. 132 bis se encarga de establecer los casos específicos en que la resolución que declara la

---

<sup>8</sup> “La Ley N° 20.074 sustituyó el inciso 1° del artículo 132 para permitir no sólo al fiscal sino que al asistente del fiscal concurrir a la primera audiencia judicial del detenido y en la historia de su establecimiento, consta que el legislador tuvo en vista el inmenso trabajo que demandaban las audiencias de control de legalidad de la detención para establecer que el fiscal podía ser ayudado por un abogado asistente de la Fiscalía, liberando los fiscales de permanecer por largo rato en los tribunales. Es decir, se admitió implícitamente que en la primera audiencia del detenido, existía un debate y una resolución respecto de la legalidad de la detención” (PIEDRABUENA, op. cit., p. 121).

<sup>9</sup> PIEDRABUENA, op. cit., pp. 122-123.

ilegalidad de la detención es apelable, pero en todos los demás no es susceptible de recurso de apelación.

En la discusión de la Ley N° 20.253, , el Defensor Nacional propuso que, en los casos de ilegalidad de una detención, los funcionarios policiales debían responder disciplinariamente por haberse apartado de la legalidad. El abogado de la PDI “estimó que la indicación envuelve una amenaza contra las policías, porque obliga al fiscal a definir en la misma audiencia la suerte del funcionario que ejecutó el procedimiento declarado ilegal”<sup>10</sup>. A raíz de esto el Fiscal Nacional precisó que es muy excepcional que una detención sea declarada ilegal por apremios ilegítimos, la mayoría de los casos se debe al tema de la configuración de la flagrancia o de los supuestos necesarios para hacer un control de identidad o de la procedencia de una detención practicada por orden judicial. El senador Larraín y el Fiscal Nacional sostuvieron que había que suprimir la frase que obligaba al fiscal a denunciar de inmediato al funcionario que incurrió en la detención ilegal, sin darle tiempo a ponderar si los antecedentes lo ameritaban y el senador Gómez coincidió también en que era preferible eliminar la obligación de denunciar al policía en la misma audiencia, eliminándose del texto en definitiva<sup>11</sup>.

Críticamente, se ha señalado que “el control jurisdiccional se vio fuertemente debilitado a partir de la sustitución realizada por la Ley N° 20.253 del inciso 2 del artículo 132 del Código. Conforme a ella, no obstante haberse declarado la ilegalidad de la detención, el Ministerio Público, igualmente, se encuentra autorizado para formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que procedieren; en el mismo sentido, la declaración de ilegalidad de la detención tampoco ahora produce efecto de cosa juzgada, en relación con las solicitudes de exclusión de prueba que se hagan oportunamente, de conformidad al artículo 276, con lo que se *desfundamentaliza* notablemente la denominada *teoría de los frutos del árbol envenenado*”<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> PIEDRABUENA, op. cit., p. 132.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 132-133.

<sup>12</sup> SALAS ASTRAIN, op. cit., p. 196.

## Sección Tercera

### Exclusión de la prueba ilícita

#### I. Aspectos generales

La responsabilidad penal, civil o disciplinaria, y el control judicial de la actuación ilegal que se encuentra pendiente, no son los únicos medios que existen contra la actividad ilegal de la policial en la realización de un control de identidad. Sostiene ROMERO MUZA que “la disciplina proyectada a la policía por los tribunales, para que actúen conforme a Derecho, se logra de un modo más concreto aún con el destino otorgado al resultado o fruto del trabajo policial, es decir, la prueba recabada por la actividad policial deberá, al margen de su utilidad investigativa, pasar el filtro de la licitud de su origen o génesis conforme al debate y examen que de ella se realice en diversas instancias procesales || Tal debate será central en la futura **audiencia de preparación del juicio oral**, conforme al art. 276 del CPP, y nuevamente podrá ser objeto de examen al momento de **valorar la prueba** y fallar, **por parte del tribunal oral**, conforme a los arts. 297 y 340 del mismo Código. Incluso un último examen y control puede en la actualidad plantearse ante la Corte Suprema, vía **recurso de nulidad conforme al art. 373 letra a)** del CPP, en particular a partir de la reforma de dicha causal por la Ley N° 20.074, (...) frase que ahora incluye la etapa investigativa (...)”<sup>1</sup>.

Este es el problema de la denominada “prueba ilícita”, que puede definirse como “todo aquel medio probatorio aportado por las partes o por funcionario público, que en sí mismo o en su obtención importe la violación de alguno de los derechos o garantías constitucionales, sin necesidad de existir al respecto sanción procesal expresa”<sup>2-3</sup>. Ello se traduce en el necesario respeto de los derechos y garantías constitucionales en todo momento del proceso, incluso por sobre la averiguación de la

---

<sup>1</sup> ROMERO MUZA, op. cit., pp. 24-26.

<sup>2</sup> MATURANA, *Aspectos generales...* op. cit., p. 145.

<sup>3</sup> “Ello equivale a sostener que la investigación y el juicio criminal, sobre todo desde el prisma de los órganos encargados de la persecución penal pública, encuentran un muro infranqueable en el pleno respeto de las garantías y derechos fundamentales del imputado y de los otros intervinientes” CHAHUAN SARRAS, op. cit., p. 260.

verdad. Se trata de límites éticos y legales que la policía, el juez y las partes no pueden violentar, bajo ningún pretexto<sup>4</sup>.

Para CHAHUÁN SARRAS, “el desarrollo de la teoría de las prohibiciones de prueba se encuentra íntimamente ligado al reconocimiento y respeto de los derechos y garantías individuales. El proceso penal debe ser un fiel reflejo de la vigencia del principio del Estado de Derecho y en esta tarea las prohibiciones de prueba juegan un rol de gran importancia. Ello no significa que deba llegarse al extremo de eliminar toda posibilidad de afectación de los derechos de las personas, toda vez que «una adecuada administración de justicia penal no es posible sin ciertas facultades procesales de intervención» en los derechos de la persona del inculcado o de terceros”<sup>5</sup>.

Según lo analizado en el Capítulo I, se puede apreciar que el primer problema que plantea la prueba ilícita es su denominación. Explicamos que en Estados Unidos se estudia de acuerdo a sus consecuencias, la regla de exclusión (*exclusionary rule*) que incluye otros supuestos que sobrepasan la violación de garantías. En Alemania se trata de prohibiciones probatorias o prohibiciones de prueba (*beweisverbote*) divididas en prohibiciones de producción de prueba –que impiden su práctica- y prohibiciones de valoración de la prueba –que impiden el aprovechamiento de sus resultados-. Por otro lado, la doctrina española utiliza diversas denominaciones (*prueba con violación de derechos y libertades fundamentales, prueba prohibida o prueba ilícita*) en razón de la formulación de diversas categorías conceptuales para su clasificación<sup>6</sup>.

El segundo problema de la prueba ilícita, es que no se produce dentro del proceso, si no que “en una etapa que suele ser denominada “preprocesal” o

---

<sup>4</sup> En este mismo sentido, “(...) la meta de la fase de investigación del proceso penal no es la averiguación de la verdad, siguiendo a Hassemer, lo que el juez descubre no es la verdad material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir, la verdad forense”. Añade que “sólo un Derecho Procesal Penal aplicado con respeto estricto a sus normas y con sus garantías profundamente enraizadas en la conciencia de los ciudadanos puede impedir que la producción del caso penal signifique también una vulneración de la ley. La formalización de la indagación de la verdad, su obstaculización y limitación por reglas estrictas constituye el *ethos* propio de la fase de producción del caso” (MATURANA, *Aspectos generales...* op. cit., pp. 152-153).

<sup>5</sup> CHAHUAN SARRAS, op. cit., p. 261, con cita a BOFFIL, Jorge. *La prueba en el proceso penal* (inédito).

<sup>6</sup> Vid. HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. II. pp. 164-168.

“extraprocesal”, porque es anterior al proceso penal propiamente tal. Se trata, fundamentalmente, de una actividad que tiene por objeto *obtener* los elementos probatorios (o fuentes de prueba) que serán más tarde incorporados al proceso como medios de prueba. Esta actividad está regida por el principio de investigación oficial y no forma parte de la actividad probatoria, pero se encuentra íntimamente vinculada a ella, ya que constituye su antecedente necesario”<sup>7</sup>.

## **II. Inadmisibilidad de la prueba obtenida con inobservancia de los derechos y garantías constitucionales**

Según LÓPEZ, la posición doctrinaria predominante en Iberoamérica había defendido la admisión, validez y eficacia procesal de las pruebas obtenidas ilícitamente. La utilidad para el descubrimiento de la verdad parecía ser razón suficiente para su admisión y valoración, con independencia de la forma en que hubiese sido obtenida. No se trataba de un desconocimiento de los derechos y garantías fundamentales, sino que se argumentaba que en la ponderación de los valores en juego debería prevalecer la necesidad de que la sentencia definitiva responda a la verdad material, que posee un interés público y, por lo tanto, preponderante ante la lesión de un derecho individual que tendría carácter privado. La postura contraria, sostuvo la inadmisibilidad de la prueba ilícita en el proceso, basada en la *regla de exclusión*<sup>8</sup>. El principal argumento usado era el efecto disuasivo de la regla de exclusión para el agente policial<sup>9</sup>.

En este panorama surge una tercera posición, que acepta la ineficacia de la prueba ilícita en principio, persigue moderar su aplicación evitando que ella cubra casos en que el sacrificio de la verdad parece desproporcionado en relación con la infracción al derecho fundamental comprometido<sup>10</sup>. Ha tenido un gran desarrollo en

---

<sup>7</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. II., p. 168.

<sup>8</sup> Vid. *supra*, Capítulo I, Sección Tercera.

<sup>9</sup> Vid. HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. II, pp. 170-174.

<sup>10</sup> Por ejemplo, el 11 de diciembre de 2007, la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema, en causa Rol N° 5435-07, dejó establecido que “es efectivo, como sostiene el recurrente, que la prueba que deriva de una actuación ilegal es igualmente ilícita, pero es también efectivo que ha de estarse a los fines u objetivos que se han tenido en consideración al proscribir la incorporación de prueba ilícita en juicio y que ha redundado también, en la existencia de excepciones a dicha exclusión. Entre ellas se encuentran, en la



Alemania, al amparo del principio de proporcionalidad, que impediría el sacrificio del interés en la averiguación de la verdad cuando los elementos probatorios hayan sido obtenidos con sacrificio de bienes de menor entidad. Se la denomina “teoría de la ponderación de los intereses en conflicto”<sup>11</sup>.

Las posiciones que afirman la ineficacia probatoria de la prueba ilícita tienen dos vertientes, la que considera que la barrera contra la prueba ilícita ha de establecerse al nivel de *admisión* y la que considera que ella debe establecerse al nivel de *valoración*. Compartimos la postura del profesor LÓPEZ, quien sostiene que la inadmisibilidad es la única con un verdadero efecto probatorio, ya que resulta imposible pretender que después de que el tribunal conoce un medio de prueba no vea afectada su convicción y sea capaz de abstraerse de algo de lo que ya tomó conocimiento<sup>12</sup>.

Para LÓPEZ, “son tres los principales fundamentos para la ineficacia probatoria de la prueba ilícita: primero, la necesidad de evitar que las decisiones judiciales en materia penal se vean influenciadas por la presentación de prueba que no satisface

---

doctrina comparada, la de la fuente independiente, la del descubrimiento inevitable y la del principio de conexión atenuada. Respecto de la primera, se ha reconocido, que no puede ser excluida como prueba ilícita, aquélla que tiene su origen en una fuente independiente de la ilicitud inicial, simplemente, porque en ese caso la referida prueba no sería un “fruto” de la ilicitud. Los casos más claros, son aquéllos, donde la prueba se ha obtenido con anterioridad al actuar ilegal; pero es posible aún, que ella se obtenga con posterioridad a la actuación ilegal. Si bien estas situaciones pueden resultar más complejas de analizar y aceptar, el caso propuesto en autos puede ajustarse en cierta medida a este aserto”. Agrega la Corte en su considerando noveno que “es cierto que, en términos generales, la ilegalidad de una actuación, debiera conducir a la ilegalidad de toda la prueba que de aquella derive, porque sólo en ese caso sería posible sostener la inexistencia de violación alguna de garantías constitucionales y derechos reconocidos en tratados internacionales. La ilegalidad alcanza a toda prueba directa o indirecta, mediata o inmediata derivada de la ilegalidad original. Pero es discutible aquello que debe entenderse por “fruto” de la ilicitud. A ese efecto y como sostiene el profesor Héctor Hernández Basualto en su libro *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno*, “la protección de las garantías fundamentales a través de la exclusión de la prueba obtenida con su infracción obliga sólo a impedir el aprovechamiento de la misma, pero no a sacralizar los hechos investigados, de suerte que éstos pueden ser legítimamente investigados y probados por otros medios, con tal que no representen aprovechamiento de la ilicitud, condición para cuyo examen deben valorarse razonablemente las circunstancias concretas y no sólo la posibilidad abstracta y genérica de un tal aprovechamiento. En otras palabras, debe establecerse una concreta relación causal entre la ilicitud de base y el material probatorio cuya exclusión se discute y probablemente, además, debe valorarse la calidad de esa relación”. El texto completo se puede ver en [http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Bolet%C3%ADn%20Jurisprudencia/revista\\_juridica\\_del\\_Ministerio\\_Publico\\_N\\_34.pdf](http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Bolet%C3%ADn%20Jurisprudencia/revista_juridica_del_Ministerio_Publico_N_34.pdf)

<sup>11</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. II, pp. 175-177.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 178-179.

exigencias mínimas de credibilidad (criterio de confiabilidad de la evidencia); segundo, la necesidad de asegurar que las decisiones judiciales en materia penal no se basan en medios ilícitos (criterio de integridad judicial), y tercero, la necesidad de disuadir a los agentes de la persecución penal pública de violar garantías fundamentales en el curso de investigaciones criminales (criterio de la prevención o disuasión)<sup>13</sup>. Todo lo cual surte efectos si la prueba no se admite en juicio.

### **III. Regulación de la prueba ilícita en el Código Procesal Penal**

El art. 276 inc. 3º CPP dispone que “el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”.

En este sentido, el juez de garantía es el encargado de “depurar” la prueba que va a conocer el tribunal oral en lo penal, y no admite la prueba impertinente, que pretenda acreditar hechos públicos y notorios, la prueba sobreabundante con puros fines dilatorios y las que provengan de actuaciones que hayan sido declaradas nulas o se obtuvo con inobservancia de las garantías fundamentales.

El inciso 3º contiene dos hipótesis de prueba ilícita, la obtenida con inobservancia de garantías fundamentales que resulta de la impugnación de un acto de investigación como constitutivo de una infracción constitucional y la prueba que proviene de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas. Esta última puede entenderse de dos maneras, como infracciones de rango legal (que no alcanzan a las constitucionales, la llamada *prueba irregular*) y como la infracción a la concreción de la garantía constitucional, ya que la violación se encuentra “objetivada” en una disposición de carácter legal. Compartimos la posición del profesor LÓPEZ, según la cual ambas son correctas y constituyen prueba ilícita<sup>14</sup>.

### **IV. Efectos de la prueba ilícita**

---

<sup>13</sup> HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. II, p. 181.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 188-192.

El principal efecto es la exclusión del elemento probatorio ilícitamente obtenido, afectando al elemento probatorio en sí mismo<sup>15</sup>. Pero también tiene un efecto secundario, que consiste en la exclusión de los elementos probatorios derivados, lo que se conoce como la doctrina de los frutos del árbol envenenado. “Conforme a esta teoría la ineficacia de la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que si bien son en sí mismas legales, se basan en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco estas pruebas legales puedan ser admitidas”<sup>16</sup>.

En cuanto a la extensión de la nulidad existen diferentes posturas, ya que hay algunos que sostienen que toda prueba que derive de una obtenida ilegalmente debe ser inadmitida, pero otros postulan que en ciertas ocasiones debe considerarse el elemento probatorio derivado<sup>17</sup>. Compartimos la postura de CHAHUÁN SARRAS que sostiene que “la cuestión que, en realidad importa -en el campo estrictamente procesal- es lo que, según la doctrina española se denomina “contaminación” del resto del material probatorio por la prueba o pruebas obtenidas ilícitamente. PASTOR BORGUÑÓN, dice que para considerarse “contaminada” la actividad de recogida de una fuente de prueba por haberse basado en una información obtenida con vulneración de derechos

---

<sup>15</sup> Para que la prueba se excluya, debe producirse un debate que será resuelto por el juez de garantía. En este sentido, la Corte de Apelaciones de La Serena, conociendo de un recurso de nulidad, ROL Corte N° 306-2005, sostuvo que: “OCTAVO: Que, al razonar de esta forma el juez infringió la norma de los artículos 395 y 396 del Código Procesal Penal al no haber invitado a las partes a debatir sobre la supuesta ilicitud de la prueba. NOVENO: Que, en consecuencia dicha omisión implica una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo del momento que no se permitió a los intervinientes a debatir sobre la procedencia de la prueba en que se sustentó el requerimiento del Ministerio Público, siendo la única oportunidad de hacerlo, por lo que procede la nulidad del juicio y de la sentencia ya que en la especie aparece con claridad que el sentenciador no pudo dictarla del modo que lo hizo, al no haberse alegado, ni probado en la causa el hecho de la detención ilegal que argumenta en su fallo, por lo cual ha incurrido en la causal de nulidad establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal” en <http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/Minpu/ministerio%20publico%2025.pdf>

<sup>16</sup> MATURANA MIQUEL, *Aspectos generales...* op. cit., p. 161.

<sup>17</sup> “La postura que se expide por la validez de aquellas se funda solo en una interpretación de las normas procesales relacionadas con la nulidad, sin tomar en cuenta la operatividad propia de las garantías fundamentales afectadas [...] No habrá extensión de la nulidad cuando entre el acto nulo y el que es su consecuencia exista una mera dependencia cronológica o circunstancial, o una derivación causal meramente fáctica. Esta corriente parece encontrar la solución al problema en el castigo a los funcionarios que obtuvieron la prueba mediante procedimientos inconstitucionales, pero manteniendo la validez y eficacia conviccional de esta. || Quienes sustentamos la postura contraria, pensamos que toda prueba que se obtenga gracias a la violación constitucional, siempre será consecuencia de esta última y, por tanto, tan ilegítima como el quebrantamiento que le dio origen (...)” (CHAHUAN SARRAS, op. cit., p. 262).

fundamentales, se requiere que el segundo acto sea único y exclusivamente consecuencia del primero, es decir, que será ilegítima la incorporación al proceso de la información obtenida “cuando no puede acreditarse que el investigador hubiera de todas formas realizado la actuación, en base a otros datos o razonamientos”<sup>18</sup>. De esta manera, en el Derecho comparado se han configurado fórmulas para exceptuar o atenuar la regla de exclusión de evidencia y legitimación del procedimiento que la produce, tales como la “fuente independiente”, el “descubrimiento inevitable”, el “descubrimiento de buena fe”, el “principio de proporcionalidad”, la “seguridad pública”, “las circunstancias exigentes”, el “vínculo atenuado”, la “prueba de descargo” y la afectación de garantías fundamentales cometidas por particulares, entre otras<sup>19</sup>.

## V. Exclusión de la prueba obtenida durante un control de identidad ilegal

Los medios de prueba obtenidos durante la realización del registro correspondiente al desarrollo de un control de identidad, pueden ser excluidas por importar una infracción de los derechos y garantías fundamentales<sup>20</sup>.

Antes de la Ley N° 20.253, existían casos en que habiéndose declarado ilegal una detención, la prueba recogida era considerada ilegal por el juez de garantía por el sólo hecho de haberse obtenido durante una detención ilegal. Por eso las Cortes de Apelaciones, conociendo de la apelación del fiscal sobre la exclusión de dicha prueba, tenían amplias facultades para revisar y determinar que la prueba era lícita, no obstante haberse recogido durante una detención ilegal<sup>21</sup>.

Existe doctrina en apoyo de esta práctica. ROMERO MUZA postula que “en principio, bajo las reglas de legalidad y vigencia de las garantías fundamentales,

---

<sup>18</sup> CHAHUAN SARRAS, op. cit., p. 263.

<sup>19</sup> Vid. HORVITZ y LÓPEZ, op. cit., t. II, pp. 218-228; CHAHUAN SARRAS, op. cit., pp. 261-263; ROMERO MUZA, op. cit., p. 109.

<sup>20</sup> “Cabe hacer notar que fundados en el principio de legalidad de los presupuestos de toda sentencia o resolución judicial, algunos tribunales de garantía aplican la regla de exclusión de prueba ilícita incluso en **etapas tan tempranas como la discusión de medidas cautelares**, promovida después de la formalización realizada tras la declaratoria de ilegalidad de la detención”. ROMERO MUZA, op. cit., p. 31. Un ejemplo de lo anterior es la Corte de Apelaciones de Valdivia, acoge recurso de amparo en causa ROL 5657-2006, confirmado por la Corte Suprema ROL Corte 398-2006 del 6 de noviembre de 2006.

<sup>21</sup> Vid. PIEDRABUENA, *Ley 20.253...* op. cit., pp. 122-123 y 143.

estimamos que el control de identidad con registro excesivo que da lugar a la detención determinaría una declaratoria de ilegalidad de la misma fundada en la ilegalidad del registro, con la consecuente declaratoria de ilicitud de la prueba recabada del mismo. Sin embargo, atendidas las circunstancias particulares del caso concreto, no puede afirmarse que todas las soluciones serán uniformes conforme a las normas estudiadas, consideradas como reglas de solución rígida”<sup>22</sup>.

Esta situación ha sido modificada con la reforma introducida por la Ley N° 20.253 al inciso final del art. 132 CPP, según el cual, “la declaración de ilegalidad de la detención no producirá efecto de cosa juzgada en relación a las solicitudes de exclusión de prueba que se hagan oportunamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 276”. Esto no quiere decir que la prueba deba admitirse, pero para ser excluida, deberá producirse el debate y la decisión del juez de garantía en ese sentido.

De esta manera, concluimos que la prueba ofrecida que ha sido obtenida de un registro excesivo a raíz de un control de identidad va a poder excluirse del auto de apertura del juicio oral por el juez de garantía, lo que en todo caso deberá estar precedido de un debate y pronunciamiento del juez en particular, que la califique de prueba ilícita.

---

<sup>22</sup> ROMERO MUZA, op. cit., p. 109.

## CONCLUSIONES

El devenir legislativo del control de identidad, en razón de las sucesivas modificaciones a la regulación del art. 85 CPP manifiesta la pretensión de ampliar las facultades preventivas e investigativas de las policías con el objeto de lograr una mayor eficacia en la prevención y represión de los delitos. Desde un punto de vista represivo, el control de identidad se vincula a la persecución penal, pues constituye una herramienta idónea para la investigación de los delitos. Desde un punto de vista preventivo, el control de identidad tiene por finalidad evitar su perpetración, relacionándose con la protección de la seguridad ciudadana como una finalidad inherente de la actividad policial.

Por otro lado, el control de identidad no constituye una medida irrelevante para los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los tratados de Derechos Humanos suscritos y ratificados por Chile, actualmente vigentes. Con distintas finalidades, es posible constatar que el control de identidad, tal como se expuso en esta investigación, representa una afectación constitucionalmente relevante del derecho a la libertad personal y del derecho a la vida privada, tanto desde el punto de vista negativo como positivo, o derecho a la autodeterminación informativa.

Desde otro punto de vista, las reformas legales han ido aumentando los supuestos de procedencia y las facultades de las policías. El CPP original reguló un procedimiento de identificación estableciendo como casos de aplicación supuestos jurídicopenalmente relevantes, y por tanto, susceptibles de ser investigados y juzgados penalmente: indicio de que el sujeto hubiere cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, de que se dispusiere a cometerlo o de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito. En consecuencia, el carácter preventivo constituía en el código original, una finalidad accesoria, pues la evitación de la comisión de delitos era sólo una consecuencia esperada de la realización de controles de identidad a sujetos sospechosos de comportamientos en sí mismo punibles.

Además, el control de identidad original sólo permitía una intromisión en los derechos fundamentales en razón de una finalidad única: la identificación de sujetos, estando prohibida la realización de otras diligencias investigativas sobre la persona del controlado de identidad, como el registro de sus vestimentas, equipaje o vehículo. Sin embargo, la regulación se fue desviando de la intención original del legislador. Actualmente, el control de identidad representa una medida intrusiva, estrechamente relacionada con la detención en situación de flagrancia, que procede incluso en supuestos que no constituyen hecho punible alguno y que autoriza a la policía a realizar registros, constatar órdenes de detención pendientes, y realizar detenciones, además de extender su duración a un máximo de ocho horas.

La heterogeneidad de la regulación nos permite defender una aplicación diferenciada del control de identidad, tal como se argumentó en nuestra investigación. La aplicación diferenciada permite explicar los problemas interpretativos, que se expresa en la distinción entre el control de identidad represivo y preventivo –lo que se manifiesta en los supuestos de hecho que constituyen casos fundados–, la distinción entre sujeto sospechoso y no sospechoso, y las distintas finalidades asignadas al control de identidad.

Nuestra propuesta es la aplicación de dos modelos regulativos según cual sea la finalidad que subyace al procedimiento: la comprobación o descarte mediante un registro de una flagrancia eventual o la sola identificación del sujeto.

El primer modelo de control de identidad se fundamenta en la existencia de indicios que permiten realizar un registro de carácter limitado que tiene por finalidad, además de la seguridad del agente, la búsqueda de evidencia del ilícito. De este modo, el control de identidad es un instrumento para realizar una detención, cuya finalidad es tanto la identificación como la indagación del ilícito pesquisado, con el objeto de verificar o descartar una situación de flagrancia.

El segundo modelo propuesto constituye una menor injerencia en los derechos fundamentales del individuo: el control de identidad de fines exclusivamente identificativos. Es procedente en aquellos casos en que no exista una imputación que

por su gravedad importe la realización de un registro investigativo en aras de verificar una situación de flagrancia. Los supuestos de procedencia distinguen hipótesis imputativas de menor gravedad no susceptibles de detención flagrante, y supuestos no imputativos (la identificación de testigos y la identificación del encapuchado o embozado).

La procedencia del control de identidad respecto de indicios de que una persona se dispusiere a cometer una falta, es criticable dada su irrelevancia jurídicopenal, pues la tentativa de falta es impune. El segundo modelo propuesto hace solamente aplicable el control de identidad menos invasivo a las hipótesis de naturaleza exclusivamente preventiva (existencia de indicios de tentativa de falta y el caso del encapuchado o embozado). Asimismo, la hipótesis de tentativa de falta, junto a la identificación de testigos y la identificación del encapuchado, constituyen tres supuestos de *identificación de sujetos no sospechosos de un hecho punible*, y en consecuencia, corresponde la aplicación de las mismas reglas.

Por último debemos señalar que si una persona adquiere la calidad de imputado por el sólo hecho de ser atribuida su participación en un hecho punible, realizándose cualquier diligencia o gestión investigativa, cautelar, o de otra especie, por o ante un tribunal penal, el ministerio público o la policía, entonces, el sujeto controlado de identidad tiene el carácter de imputado, no siendo necesaria una declaración expresa de tal calidad para que entren en juego las garantías establecidas en la Constitución y las leyes.

Por esta razón. la determinación de las garantías de la persona sujeta a un control de identidad no se restringen a lo dispuesto en el artículo 86 CPP, sino que dependen del estatuto jurídico aplicable al individuo afectado por la medida, y en consecuencia, rigen las garantías que la Constitución y los tratados de derechos humanos vigentes en Chile, contemplan respecto del sujeto privado de libertad, así como las garantías legales de todo imputado y del imputado privado de libertad, que resulten compatibles con la naturaleza, duración y finalidad del procedimiento de identificación regulado en el art. 85 CPP.



## BIBLIOGRAFÍA

- ABERNATHY, Glenn y PERRY, Barbara. *Civil liberties under the Constitution*, 6ª edición. Columbia, University of South California Press, 1993.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ALONSO PÉREZ, Francisco (coordinador) y otros. *Manual del Policía*, 4ª edición. Madrid, La Ley, 2004.
- AMAR, Akhil Reed. *The Constitution and criminal procedure: first principles*, New Haven, Yale University Press, 1997.
- ANGUITA RAMÍREZ, Pedro. *La protección de datos personales y el derecho a la vida privada. Régimen jurídico, jurisprudencia y derecho comparado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando, "Inaplicabilidad e incoherencia: contra la ideología del legalismo", en *Revista de Derecho*, vol. XII, 2001.
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales; introducción sobre la base de casos*, trad. de la 3ª ed. alemana por Conrado A. Finzi. Buenos Aires, Depalma, 1986.
- BENDA, E. y otros. *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed. en castellano, trad. de Antonio López Pina. Madrid, Marcial Pons, 2001.
- BERGMAN, Paul y BERGMAN, Sara J. *The criminal law handbook, know your Rights, survive the System*, 10ª edición. California, Consolidated printers Inc., 2008.
- BERLIN, Isaiah. "Dos conceptos de libertad", en *Libertad y necesidad en la historia*, trad. de Julio Bayón. Madrid, Ediciones de la Revista de Occidente, 1981.
- BOVINO, Alberto. "La libertad personal en el sistema interamericano", en MARTIN, Claudia y otros (compiladores). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 1ª edición. México, D.F., Universidad Iberoamericana; Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario; Washington College of Law, American University; Distribuciones Fontamara, 2004.
- BRANDEIS y WARREN. *The Right to privacy*. Harvard Law Review, vol. IV, núm. 5, 1890, en: [http://swiss.csail.mit.edu/6805/articles/privacy/Privacy\\_brand\\_warr2.html](http://swiss.csail.mit.edu/6805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html)
- BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo IV, 2ª edición. Santiago, Legal Publishing, 2007.

- CANO PAÑOS, Miguel Ángel. "Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania. Análisis de la legislación penal y procesal en las décadas de 1970-1980", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2008, núm. 10-14, en: <http://criminet.ugr.es/recpc10-14.pdf>
- CARRIÓ, Alejandro. *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- CASTRO CELEDÓN, José Tomás. *Modificaciones realizadas por la Ley N° 20. 253 al Código Procesal Penal*. Memoria de prueba para optar al grado de ciencias jurídicas y sociales, profesor guía Cristián Maturana Miquel. Santiago, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009.
- CEA EGAÑA, José Luis. "Marco constitucional del nuevo sistema procesal penal", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29 n° 2. Santiago, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Mayo/Agosto 2002.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. "Configuración jurídica del derecho a la privacidad II. Concepto y delimitación", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, n°2, abril-junio, 2000.
- CORREA SELAMÉ, Jorge. *Recursos procesales penales*. Santiago, Lexis Nexis, 2006.
- CRS (Congressional Research Service), *CRS Annotated Constitution*, en: [http://www.law.cornell.edu/anncon/html/amdt4oc\\_user.html](http://www.law.cornell.edu/anncon/html/amdt4oc_user.html)
- CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*, 3ª edición. Santiago, Lexis Nexis, 2007.
- DERMIZAKY PEREDO, Pablo. "El derecho a la intimidad", en *Revista Ius et Praxis*, vol. 6, No. 001, Talca, Universidad de Talca, 2000. pp. 178-180, en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19760113.pdf>
- DINTRANS, Constanza. *El tratamiento de datos personales en el proceso de persecución penal chileno*. Memoria de prueba para optar al grado de ciencias jurídicas y sociales, profesor guía Alberto Cerda Silva. Santiago, Departamento de Derecho Procesal, y Centro de Estudios en Derecho Informático, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007.
- DRESSLER, Joshua y THOMAS, George. *Criminal procedure: principles, policies and perspectives*, Saint Paul, West Group, 1999.
- DRESSLER, Joshua. *Understanding criminal procedure*, Newark, Lexis Nexis, 2002.

- DUFFAU GARCÍA, Fabián. *Derecho a la privacidad. Su contenido esencial, limitaciones y colisión con otros derechos fundamentales*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, profesor guía Álvaro Tejos Canales. Santiago, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino. Barcelona, Ariel, 2002.
- ETCHEBERRY, Alberto. *Derecho Penal*. Santiago, Carlos E. Gibbs, 1975.
- *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo IV, 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los derechos constitucionales*, 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- FERDENICO, John y otros. *Criminal procedure for the criminal justice professional*, 10ª edición. California, Wadsworth Cengage Learning, 2008.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano. “La intimidación corporal como límite de la acción investigadora del Estado”, en *Homenaje a Don Hernández Gil*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- Fourth and Fifth Amendments- Stop-and-Identify Statutes-, *Hiibel v. Sixth Judicial District Court*, en *Harvard Law Review*, vol. 118:248, No. 1, en: [http://www.harvardlawreview.org/issues/118/Nov04/Leading%20Cases/Hiibel\\_v\\_District\\_CourtFTX.pdf](http://www.harvardlawreview.org/issues/118/Nov04/Leading%20Cases/Hiibel_v_District_CourtFTX.pdf)
- GARCÍA AYALA, Renato. *La Función policial en el esquema del nuevo proceso penal chileno y en su comparación con el procedimiento penal*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad Central de Chile, 2004.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín. *El derecho a la libertad personal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- GIMENO SENDRA, Vicente y LÓPEZ COIG, Juan Carlos. *Los nuevos juicios rápidos y de faltas*, 2ª edición. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2004.
- GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Los procesos penales. Cometarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y jurisprudencia*. Barcelona, Editorial Bosch, 2000.
- GINN, Beverly. *Chief's Counsel: stop-and-identify laws*, en: [http://policechiefmagazine.org/magazine/index.cfm?fuseaction=display\\_arch&article\\_id=382&issue\\_id=92004](http://policechiefmagazine.org/magazine/index.cfm?fuseaction=display_arch&article_id=382&issue_id=92004)

- GODOY MARILLÁN, Carlos. *La identificación humana dentro del proceso penal: ventajas del sistema dactiloscópico sobre los otros sistemas de identificación humano en nuestro ordenamiento jurídico*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, profesor guía Jorge Ugarte Abrego. Santiago, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2008.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *El proceso penal alemán: introducción y normas básicas*, 1ª edición. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1985.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid, Editorial COLEX, 1990.
- GONZÁLEZ JURI, Gustavo. “Las funciones policiales en la reforma procesal penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, nº 20. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005.
- GROTE, Rainer. “El desarrollo dinámico de la preceptiva constitucional por el juez constitucional en Alemania”, en *Estado de Derecho y Reformas a la Justicia*, Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, Santiago, 2004.
- “El Tribunal Constitucional alemán como supremo guardián de la Constitución”, en *Estado de Derecho y Reformas a la Justicia*, Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, Santiago, 2004.
- GUERRERO YOACHAM, Cristián y GUERRERO LIRA, Cristián. *Breve Historia de los Estados Unidos de América*. Santiago, Editorial Universitaria, 1998.
- HALL, Livingston y GLUECK, Sheldon. *Cases on criminal law and its enforcement*. Saint Paul, West Publishing Co., 1958.
- HENDLER, Edmundo. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*. Buenos Aires, AD-HOC, 1996.
- Historia de la Ley Nº 19.696, en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19696/HL19696.pdf>
- Historia de la Ley Nº 19.789, en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19789/HL19789.pdf>
- Historia de la Ley 19.942, en: <http://recursoslegales.bcn.cl/jspui-rl/bitstream/10221.3/3847/1/HL19942.pdf>
- Historia de la Ley Nº 20.253, en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20253/HL20253.pdf>
- HOFMANN, Marcia. *Hiibel v. sixth Judicial District Court of Nevada: identification and anonymity post-9/11*, en: [http://www.idtrail.org/files/Hofmann\\_Hiibel.pdf](http://www.idtrail.org/files/Hofmann_Hiibel.pdf)
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*, Tomo I y II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

HOYOS SANCHO, Montserrat de. *La detención por delito*. Pamplona, Ed. Aranzadi, 1998.

—— “Análisis comparado de la situación de flagrancia”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 12, nº 2, Valdivia, diciembre 2001.

Instructivo Nº 4 del Fiscal Nacional del Ministerio Público sobre la investigación no formalizada o preliminar y aquella que se practica después de la formalización de la investigación, de fecha 20 de septiembre de 2000, en: <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Instructivos/INSTRUCTIVO%204.doc>

Instructivo Nº 12, del Fiscal Nacional del Ministerio Público, sobre diligencias de investigación pedidas por los intervinientes e intervención del Juez de Garantía, de fecha 18 de octubre de 2000, en: <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Instructivos/INSTRUCTIVO%2012.doc>

IZAGUIRRE GUERRICAGOITÍA, Jesús María. *La investigación preliminar del Ministerios Fiscal: la intervención de las partes en la misma*. Navarra, Ed. Aranzadi, 2001.

JAKOBS, Günther. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Derecho penal*, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá. Madrid, Editorial Civitas, 1997.

—— *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. Madrid, Marcial Pons, 1997.

—— “Representación del autor e imputación objetiva”, en *Estudios de Derecho penal*, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá. Madrid, Editorial Civitas, 1997.

JESCHECK, Hans.Heinrich. *Tratado de Derecho Penal Parte General*, trad. de la 4ª ed. por José Manzanares Samaniego. Granada, Comares, 1993.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José. *Seguridad ciudadana y derecho penal*. Madrid, Librería Editorial Dykinson, 2006.

JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio y otros. *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1995.

*La Constitución de los Estados Unidos de América; anotada con la jurisprudencia*. Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1949.

*Know your rights*, ACLU OF NORTHERN CALIFORNIA en: [http://www.aclunc.org/library/publications/know\\_your\\_rights\\_\(english\).shtml](http://www.aclunc.org/library/publications/know_your_rights_(english).shtml)

KOMISARUK, Katya. *When do you have to give your name at the RNC protest?*, 2004, en: <http://cryptome.org/rnc-rights.htm>

- LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal, Parte Especial*, T. II, 7ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983.
- LAMA DÍAZ, Rossy. “Agenda corta antidelincuencia, modificaciones al Código Procesal Penal”, en *Gaceta Jurídica*, N° 338, Santiago, Agosto de 2008.
- LARREGLA BURDILES, José. “Comentarios y algunos alcances policiales sobre la ley 20.253 – agenda corta antidelincuencia”, en *Revista de Estudios Policiales*, n° 3, Noviembre de 2008, en: [http://www.asepol.cl/publicaciones/estudios\\_policiales/numero\\_3/comentarios.pdf](http://www.asepol.cl/publicaciones/estudios_policiales/numero_3/comentarios.pdf)
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Mendoza, Ediciones Jurídicas de Cuyo, 2001.
- LÓPEZ MASLE, Julián. “Agenda corta sobre delincuencia: sensatez y sentimientos”, en *Revista Talión*, año 4, N° 6. Santiago, Gráfica Puerto Madero, 2006.
- LUDINGTON, Sarah. *Hiibel v. Sixth Judicial District Court*, en: <http://www.law.duke.edu/publiclaw/supremecourtonline/commentary/hiivsix.html>
- LUENGO MONTT, Trinidad. *Excepciones a la regla de exclusión de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2008.
- MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. “Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 1, Año 2002. Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- MARTÍN PASTOR, José. “Sobre los registros, las inspecciones y las intervenciones corporales, en la jurisprudencia constitucional y en nuestra legislación procesal penal”, en *La salud: intimidad y libertades informativas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006
- MATURANA MIQUEL, Cristián. *Actuaciones Judiciales, Notificaciones, Resoluciones y Juicio Ordinario* (Apuntes de Derecho procesal). Santiago, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006.
- . *Aspectos Generales de la Prueba*. (Apuntes de Derecho procesal). Santiago, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003.
- MORENO CATENA, Víctor (director) y otros. *El proceso penal: doctrina, jurisprudencia y formularios*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

- MUÑAGORRI, Ignacio. "Privación de libertad y derechos fundamentales", en *Privación de libertad y derechos humanos*. Barcelona, Icaria editorial, 2008.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique. "La Constitución Política frente a la reforma procesal penal", en *Revista de derecho Público*, nº 64. Santiago, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2002.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista de derecho de Derecho*, vol. 13, dic. 2002. Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Observación general nº 8 adoptada por el Comité de Derechos Humanos, 16º periodo de sesiones (1982)
- Oficio Nº 138 del Fiscal Nacional del Ministerio Público de fecha 14 de abril de 2004 que complementa el instructivo general Nº 31 de 12.12.00 y oficio circular Nº 53 del 29.01.02 en lo pertinente al control de identidad, contemplado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, en: <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Imputados/138%202004.doc>
- Oficio Nº 554 del Fiscal Nacional del Ministerio Público de fecha 2 de diciembre de 2004 que complementa el oficio anterior en materias de control de identidad e imparte nuevos criterios de actuación, en: <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Imputados/554%202004.doc>
- OLIVA SANTOS, Andrés de y otros. *Derecho procesal penal*, 8ª Edición. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007
- ORFIELD, Lester. *Criminal procedure from arrest to appeal*, New York, University Press, 1947.
- OTERO LATHROP, Miguel. *La policía frente al Código Procesal Penal*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- PARK, Brian. *Continued minimalization of Fourth and Fifth Amendments rights: Will Hiibel v. Nevada create a loophole to states to further intrude on the rights of their citizens?*, en: [http://www.law.whittier.edu/pdfs/academic\\_programs/wlr/park\\_abstract.pdf](http://www.law.whittier.edu/pdfs/academic_programs/wlr/park_abstract.pdf)
- PÉREZ DE SCHAEFER, Marianela. "Panorama general sobre la protección jurídica que brinda el Derecho Procesal Penal alemán en el procedimiento de averiguación". CC [online], sep. 2001, vol. 29, no.3. En: [http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0798-95982001000900004&lng=es&nrm=iso](http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-95982001000900004&lng=es&nrm=iso)
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio. *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, 1ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.

- PFEFFER URQUIAGA, Emilio y EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio. "Reforma Constitucional 2005. Derechos y garantías constitucionales", en ZÚÑIGA URBINA., Francisco (coordinador) y otros. *Reforma constitucional*. Santiago, Lexis Nexis, 2005.
- PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. "La adecuación entre las normas constitucionales y el nuevo sistema procesal penal", en *Revista de Derecho Público*, nº 64. Santiago, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2002.
- *Ley 20.253 Agenda Corta Antidelincuencia*. Santiago, Legis Chile, 2008.
- PIERRY ARRAU, Pedro. "¿Es objetiva la responsabilidad del estado? Estado actual de la jurisprudencia", en *Revista de Derecho*, Nº 11, disponible en <http://portal.cde.cl/wps/wcm/connect/6477c6004fbf7209b7d2bf46ce4e7365/3.pdf?MOD=AJPERES>
- PIZZI, William. *Juicios y mentiras: Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*, Madrid, Editorial Tecnos, 2004.
- POLICÍA LOCAL DEL PAÍS VASCO, *Temario*, vol. II. Editorial Mad, S.L., 2003.
- POLITOFF. Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho Penal Chileno, Parte Especial*. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- PORTILLA, Guillermo. "La práctica de torturas y rigor innecesario contra detenidos y presos en España: análisis de la legislación procesal, penal, administrativa y penitenciaria que le sirve de cobertura", en *Privación de libertad y derechos humanos*. Barcelona, Icaria editorial, 2008.
- PRADENAS PALMA, José Daniel. *Carabineros de Chile en la Reforma Procesal Penal*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad Central de Chile, 2003.
- PURSLEY, Robert. *Introduction to criminal justice*. New York, Macmillan Publishing, 1980.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*. Barcelona, J. M. Bosch, 2000.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. Madrid, Editorial Dykinson, 2005.
- Revista procesal Penal*, nº 70. Santiago, Legal Publishing Chile, abril de 2008.
- RICE, Ron. *Investigatory seizure of persons and things (stop & frisk)*. Febrero, 2009, en: <http://www.dps.state.ak.us/APSC/docs/legalmanual/IINVESTIGATORYSEIZUREOFPERSONSANDTHINGSSTOPFRISK.pdf>



- ROMERO MUZA, Rubén. *Control de identidad y detención. Doctrina y Jurisprudencia*, 2ª edición. Santiago, Editorial Librotecnia, 2007.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*, tomo I, trad. de la 2ª ed. alemana por Diego Luzón, M. Díaz y J. de Vicente. Madrid, Editorial Civitas, 1997.
- *Derecho procesal penal*, trad. de la 25ª ed. alemana por Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.
- SALAS ASTRAIN, Jaime. *Problemas del proceso penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales*. Santiago, Librotecnia, 2009.
- SALTZBURG, Stephen y CAPRI, Daniel. *American criminal procedure: cases and commentary*, Saint Paul, West Publishing Co., 1999.
- SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal*, con la colaboración de Jörg Knuper y Matthias Terbach; revisión de la trad. de Iñaki Esparza y Andrea Planchadell, 2ª ed. reelaborada. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.
- SCHWABE, Jürgen (compilador), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, trad. de Marcela Anzola Gil. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- STEPHENS, Otis H. y GLENN, Richard A. *Unreasonable searches and seizures, rights and liberties under the Law*. California, ABC-CLIO Inc., 2006.
- STULIN, Jamie. *Does Hiibel redefine Terry? The latest expansion of the Terry doctrine and the silent impact of terrorism on the Supreme Court's decision to compel identification*, en: <http://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/54/stulin.pdf?rd=1>
- The Bill of Rights Institute, *Landmark Supreme Court Cases and the Constitution, Hiibel v. Sixth judicial district of Nevada (2003)*. Abril de 2009, en: <http://www.billofrightsinstitute.org/teach/freeresources/newsletters/LSCC/2008-2009/hiibelvnevada.pdf>
- The identity project (IDP). *Nevada Hiibel. The Surveillance State* (official website of Dudley Hiibel), en: <http://www.papersplease.org/hiibel/index2.html>
- URIARTE VALIENTE, Luis y FARTO PIAY, Tomás. *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*. Madrid, La Ley Wolters Kluwer España, 2007.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario y otros. *Derecho Constitucional*, tomo I, 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- VODANOVIC, Antonio y otros. *Tratado de Derecho Civil. Parte preliminar y general*, t. I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

- WEBER ORELLANA, Rodney. *Actuación de Carabineros de Chile en el nuevo proceso penal en su calidad de auxiliar del Ministerio Público*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007.
- WITT, Elder. *La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales*, México, Ediciones Gernika, 1995.
- ZAMBRANO FUENTES, Sergio. *Regulación positiva de los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Públicos con abuso de sus funciones*, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1986.
- ZAPATA GARCÍA, María Francisca. *La prueba ilícita*, Santiago, Lexis Nexis Chile, 2004.
- ZÚÑIGA CARRASCO, Rodrigo. *La prueba ilícita penal*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001.