



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**CONSTITUCIONALIDAD DEL CONTROL PREVENTIVO DE IDENTIDAD DE
LA LEY 20.931**

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

DANILO FERNANDO MOLINA ANDRADE

Profesora Guía: **ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO**

Santiago de Chile

2018

A mis padres, abuelos y amigos.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción	1
Capítulo I. Los Derechos Fundamentales y el Bloque de Constitucionalidad.....	5
1.- Fundamento, conceptualización y fuentes de los Derechos Fundamentales	5
1.1.- La dignidad humana como fuente de los Derechos Fundamentales	5
1.2.- Concepto y concepción de los Derechos Fundamentales	9
1.3.- Los Derechos Fundamentales como principios	16
2.- El bloque de constitucionalidad	18
2.1.- Antecedentes y fundamentos del bloque de constitucionalidad	19
2.2.- Concepto y contenido del bloque de constitucionalidad	22
2.3.- El control de convencionalidad y la fuerza normativa del bloque de constitucionalidad	22
Capítulo II. Derecho a la Libertad Personal y Seguridad Individual, regulación en el Ordenamiento Nacional y en el Bloque de Constitucionalidad.....	25
1.- Regulación constitucional del derecho a la Libertad Personal y Seguridad Individual.	25
1.1.- Concepto de libertad en sentido amplio y libertad jurídica	25
2.- Evolución histórica de la regulación al derecho de Libertad Personal y Seguridad Individual	29
2.1.- Proyecto de Constitución Provisoria de 1818.....	29
2.2.- Constitución Política del Estado de Chile sancionada el 29 de diciembre de 1823.....	30
2.3.- La Constitución Política de la República de 1833	31
2.4.- La Constitución Política de la República de 1925	32

3.- La Libertad como principio fundante en la Constitución Política de la República de 1980	34
3.1.- El derecho a la Libertad Personal y Seguridad Individual del artículo 19 numeral 7.....	36
4.- La Libertad Personal y Seguridad Individual en el bloque de constitucionalidad	44
4.1.- Convención Americana de Derechos Humanos	46
4.1.1.- Las obligaciones de los Estados en la Convención Americana y su contenido	46
a.- Obligación de respetar y garantizar	46
b.- Obligación de adoptar medidas	47
c.- Obligación de cooperar	48
4.1.2.- La atribución de responsabilidad al estado	48
4.1.3.- Restricciones admitidas	49
4.1.4.- Regulación del Derecho Fundamental a la Libertad Personal y Seguridad Individual	50
4.1.5.- Interpretación de los tratados.....	53
4.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	54
Capítulo III. El Control de Identidad	57
1.- Reseña histórica Control de identidad	57
1.1.- Detención por sospecha.....	58
1.2.- Evolución del control de identidad de la Ley 19.567 del año 1998.....	59
2.- Regulación actual en el artículo 85 del Código Procesal Penal.....	62
2.1.- La función represivo preventiva.....	63
3.- El control de identidad en el Derecho Comparado	64
3.1.- Control preventivo de identidad en Alemania	64
3.2.- Control preventivo de identidad en España.....	67
3.3.- Control preventivo de identidad en Perú	69

Capítulo IV. El control de identidad preventivo del artículo 12 de la ley 20.931 “Que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos”, como límite a Derechos Fundamentales.....	71
1.- Historia de la ley	72
1.1.- Mensaje Presidencial	72
1.2.- Comisión de Seguridad Ciudadana	72
1.3.- Informe de la Corte Suprema	73
1.4.- Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento	74
1.5.- Comisión mixta	75
1.6.- Respecto a lo señalado por el Tribunal Constitucional.....	76
2.- El control preventivo de identidad.....	79
3.- De las limitaciones a los Derechos Fundamentales	87
3.1.- Limitaciones de derecho. Clasificación.....	90
3.1.1.- Limitaciones según la circunstancia en que opera.....	90
3.1.2.- Limitaciones según su origen.....	91
3.2.- Condiciones para limitar Derechos Fundamentales	93
3.2.1.- Condición competencial.	93
3.2.2.- Condición internacional.....	93
3.2.3.- Condición material o de contenido esencial	94
3.2.4.- Condición Lógica.....	96
4.- Limitaciones fácticas a los Derechos Fundamentales	97
4.1.- Concepto de limitación fáctica a los Derechos Fundamentales	97
4.2.- Requisitos de existencia.....	97
4.3.- Respecto de la ilegitimad de las limitaciones fácticas a los Derechos Fundamentales.....	98
5. Limitaciones al derecho de Libertad Personal y Seguridad Individual	99
5.1.- Privación y restricción del derecho a la Libertad Personal y Seguridad Individual	99

5.2.- Requisito constitucional que exige la determinación de los casos y forma de cualquier restricción o privación del derecho a la Libertad Personal y Seguridad Individual	103
6. El control preventivo de identidad como límite a los Derechos Fundamentales	104
6.1.- Condición competencial aplicada al control preventivo de identidad	104
6.2.- Condición internacional aplicada al control preventivo de identidad..	105
6.2.1.- El control preventivo de identidad y las condiciones generales para limitar Derechos Fundamentales.....	106
6.2.2.- El control preventivo de identidad y las condiciones específicas para limitar el derecho a la Libertad Personal y Seguridad Individual ...	113
6.3.- Condición material o de contenido esencial aplicada al control preventivo de identidad	116
6.4.- Condición lógica aplicada al control preventivo de identidad	117
Conclusión	123
Bibliografía	127

RESUMEN

La presente memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, pretende proporcionar al lector un estudio sistematizado de la Constitucionalidad del artículo 12 de la reciente ley 20.931. Para tal efecto, el cuerpo de la investigación se ha dividido en cuatro capítulos.

En el primer capítulo se abordará el concepto de derechos fundamentales y el de bloque de constitucionalidad, con la finalidad de esclarecer el concepto, fundamentación y alcance de los primeros. En el segundo capítulo se abordará el concepto de libertad personal y seguridad individual en razón de su posible afectación por el control preventivo de identidad. En el tercer capítulo se estudiará la institución del control de identidad, partiendo por su desarrollo histórico en nuestra legislación, pasando por sus características actuales y finalizando con su estudio en derecho comparado. Finalmente, en el capítulo cuarto, se realiza un estudio del control preventivo y su relación con el derecho de libertad personal y seguridad individual, evaluándose si esta prerrogativa de las policías cumple con los requisitos constitucionales y de derecho internacional para limitar el derecho fundamental mencionado.

ABSTRACT

El estudio del control preventivo de identidad del artículo 12 de la ley número 20.931 significa un valioso avance en una materia que, debido a su especificidad y reciente promulgación, no ha sido abordada en profundidad por la dogmática nacional. En definitiva, a través de la presente memoria se busca dar una respuesta coherente y sistemática a las problemáticas que han surgido en lo tocante a la correspondencia del mencionado precepto legal y nuestra Constitución Política de la República, más específicamente en relación al derecho a la libertad personal y seguridad individual.

Introducción.

Con fecha 24 de julio del año 2016 se promulga la ley número 20.931 que *“facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos”*, en el marco del Plan Nacional de Seguridad Pública y Prevención de la Violencia y el Delito, el cual lleva por nombre *“Seguridad para Todos”* de la Subsecretaría de Prevención del Delito, específicamente, concretando la prioridad número 8 del documento que consiste en reforzar la labor preventiva de la policía y la eficacia del sistema de persecución penal¹. Esta ley, que tuvo entre sus objetivos *“perfeccionar el Código Procesal Penal para mejorar la investigación y juzgamiento de los delitos de mayor connotación social, permitiendo a Carabineros (...) revisar las vestimentas, vehículo y equipajes de los detenidos”*², ha sido cuestionada seriamente en uno de sus artículos, a saber, el número 12, que contempla el llamado control preventivo de identidad, el cual faculta a Carabineros para que *“en cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública, y sin perjuicio de lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, los funcionarios policiales indicados en el artículo 83 del mismo Código podrán verificar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años en vías públicas, en otros lugares públicos y lugares privados de acceso al público, por cualquier medio de identificación, tal como cédula de identidad, licencia de conducir, pasaporte o tarjeta estudiantil o utilizando, el funcionario policial o la persona requerida, cualquier dispositivo tecnológico idóneo para tal efecto, debiendo siempre otorgarse las facilidades necesarias para su adecuado cumplimiento”*.

¹ Subsecretaría de prevención del delito. *“Plan Nacional de Seguridad Pública y Prevención de la Violencia y el Delito, Seguridad para Todos”* [en línea]. Santiago, 2014, p.61. Disponible en: <<http://www.seguridadpublica.gov.cl/media/2014/10/Plan-Nacional.pdf>> [Fecha consulta: 21 diciembre de 2016].

² Mensaje Presidencial N°1167-362 [en línea]. Santiago de Chile, 23 de enero de 2015. Disponible en: <<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=7819>> [Fecha consulta: 21 diciembre de 2016].

Como puede colegirse, el acento de este cuerpo normativo está puesto sobre la efectividad en la persecución penal, pero aún antes que ello, en la prevención de la comisión de delitos de “*mayor connotación social*”³ por parte de la policía. Es entendible que el Estado busque dotar de herramientas a sus agentes para cumplir con las funciones que le han sido asignadas constitucionalmente, tal como acontece en el caso del Presidente de la República, cuya autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden interno conforme a lo establece el artículo 24 de nuestra Carta Magna, sin embargo, este hecho no obsta a que dichas facultades deban estar en consonancia con los derechos fundamentales reconocidos en ella, los que constituyen verdaderas normas materiales de delimitación de competencias para la autoridad⁴. Es sobre este último punto, que se han alzado voces críticas desde la academia y los expertos en derecho⁵ a la ley en comento, ya que, tal como se encuentran establecidas, las facultades conferidas a la policía ponen en peligro el pleno respeto a garantías como la libertad personal y seguridad individual contemplada en el numeral 7 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Por estos motivos, es necesario efectuar un análisis jurídico integral de la facultad de control preventivo de identidad, esto implica un estudio somero de

³ Cabe hacer presente que la categoría de “delitos de mayor connotación social” no es propia de la dogmática penal y constitucional, sino más bien una creación del lenguaje periodístico, que luego se ha asentado mediante el discurso político transversal a los diversos sectores identificables. Por el objeto de este trabajo no ahondaremos en esta vaga conceptualización presente en el mensaje de la ley, sin perjuicio de que puede revisarse un completo análisis en Silva Sánchez, Jesús-María. “*La expansión del derecho penal. Aspecto de la política criminal en las sociedades postindustriales*”. Civitas, Madrid, 1999.

⁴ NOGUEIRA, Humberto, “*Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*”. México D.F., 2003, pp. 93 - 99.

⁵ Informe Comisión Mixta. Sesión ordinaria número 24: Informe 9885-07 [en línea]. Sala de la Comisión Mixta, 12 de mayo de 2016. Disponible en: <<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=18575&prmTIPO=INFORMEPLY>> [Fecha consulta: 21 diciembre de 2016].

los derechos fundamentales y del bloque constitucional⁶, con la finalidad de dotarnos de una batería de elementos para evaluar de forma crítica la institución en comento y por supuesto si ella se ajusta a las exigencias establecidas por el constituyente, en segundo lugar, ahondaremos en las libertades civiles y políticas, y su regulación en el bloque de constitucionalidad, atendido a que los derechos constitucionales posiblemente afectados por el control preventivo corresponden a garantías de esta categoría, en tercer lugar expondremos una descripción dogmática completa del control preventivo, para finalmente efectuar un estudio concreto, en base a los antecedentes previamente analizados, sobre el control preventivo de identidad contemplado en el artículo 12 de la ley número 20.931.

Con el objeto de guiar al lector, es importante señalar en esta introducción, que asumiremos una postura crítica, que considera inconstitucional la facultad contemplada de control preventivo tal como se encuentra regulada, en atención a la falta de criterios legales que delimitan su ejercicio, dejando un amplio campo de discrecionalidad a los agentes policiales. En efecto, la ejecución de esta potestad debe tener como fundamento “*el resguardo del orden y la seguridad pública*”, conceptos jurídicos indeterminados y amplios, además, se señala que la verificación de identidad es sin perjuicio de

⁶ El estudio de los derechos constitucionales no es uniforme en nuestra doctrina, como bien señala Ruiz-Tagle, tradicionalmente se han seguido dos corrientes, por una parte, una visión intuitiva que considera al derecho analizado como un todo encerrado en sí mismo, en este sentido podemos encontrar a Silva Bascuñán, Alejandro. “*Tratado de Derecho Constitucional*”. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963. Evans De la Cuadra, Enrique. “*Los Derechos Constitucionales*”. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999. Y Cea Egaña, José Luis. “*El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*”. En: *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, v.10 n.1, Valdivia, 1999. Por otra parte, encontramos una visión denominada republicana liberal, que considera que los derechos de nacionalidad y ciudadanía deben ser integrados con los derechos y deberes del capítulo III de la CPR, pero no sólo eso, sino que también con normas relativas a los regímenes de excepción constitucional, las acciones constitucionales y los derechos humanos contemplados en instrumentos internacionales. En este sentido Nogueira, Humberto. “*Dogmática constitucional*”. Editorial Universitaria de Talca, Talca, 1997. Ruiz-Tagle, Pablo. “*Visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del Bicentenario*”. En: *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2006.

lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, por tanto no sólo se establece una doble regulación sobre la materia, sino que puede colegirse también, que la facultad del artículo 12 no está sujeta a las limitaciones materiales y formales del artículo 85. En consecuencia, y siguiendo la doctrina española, es tan amplia la atribución, que no permite a los ciudadanos prever la hipótesis en que ésta será ejercida, dejando abierta la puerta para que esta excesiva discrecionalidad, derive rápidamente en la comisión de abusos y arbitrariedades contra las garantías fundamentales⁷.

⁷ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. *“Lecciones de derecho administrativo con ejemplos”*. Valencia, 2014, pp. 140-143. En vista a esta doctrina el razonamiento jurídico sería el que sigue: el artículo 12 de la ley número 20.931 establece una potestad amplísima en cuanto a discrecionalidad, esto tiene dos graves consecuencias, primero, conlleva una vulneración del principio de legalidad material, y segundo, se produce un grave riesgo para las garantías fundamentales como el derecho de libertad individual, por el peligro de que la discrecionalidad derive en arbitrariedad. Por el objeto de este estudio, nos centraremos en la vulneración de derechos fundamentales, sin entrar a abordar el principio de legalidad material.

Capítulo I.

Los Derechos Fundamentales y el Bloque de Constitucionalidad.

En atención a que el objeto de esta investigación está centrado en un análisis de constitucionalidad del control preventivo de identidad, es que este primer capítulo busca dilucidar qué son los derechos fundamentales, y en una segunda parte, qué relación puede establecerse con el bloque de constitucionalidad. Para ello se expondrá primero cuál es el fundamento de los derechos fundamentales, y la manera en que han sido conceptualizados por la doctrina, para luego analizar el bloque de constitucionalidad, como forma de entender, interpretar y sistematizar las diversas normas contenidas en nuestra Carta Magna, referidas a las garantías y derechos que reconoce a toda persona⁸.

1.- Fundamento, conceptualización y fuentes de los Derechos Fundamentales.

1.1.- La dignidad humana como fuente de los Derechos Fundamentales.

Preguntado por ¿Qué debe entenderse por derechos fundamentales? Solozábal expone que éstos pueden ser analizados desde dos puntos de vista⁹, por una parte, a partir de una perspectiva objetiva, como elementos del orden jurídico en general, en el cual son requisito *sine qua non* de la democracia, toda

⁸ Es necesario indicar que, tratándose de los derechos fundamentales en cuanto a su origen, los diversos instrumentos normativos que los consagran no los constituyen, sino que los reconocen, es decir se trata de derechos anteriores al Estado, titularizados por toda persona en todo momento y en todo lugar, acogiéndonos a las modernas doctrinas en la materia, que sin caer en una visión *iusnaturalista* de corte religioso al modo de John Finnis o Alasdair MacIntyre, consideran que a partir de la dignidad de toda persona, derivan una serie de garantías que la protegen. En este sentido se pronuncia por ejemplo Rawls, John. “*Justice as fairness: Political not Metaphysical*”. En: *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 14 no.3, p. 223-251, Princeton University Press, Princeton (NJ), 1985, y Dworkin, Ronald. “*Los derechos en serio*”. Ariel, Barcelona, 1984.

⁹ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan. “*Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales*”. En: *Revista de Estudios Políticos*, no. 71 Enero-Marzo, 1991, pp. 87-109.

vez que la formación democrática de la voluntad del Estado no es posible sin el ejercicio de ciertas libertades básicas¹⁰, en segundo lugar, constituyen normas competenciales, ya que delimitan el campo de acción de los agentes del Estado en relación a los individuos, y titulariza con carácter de exclusividad, la potestad normativa imprescindible en el legislador, y, finalmente, se trata de normas principales proyectadas respecto de todo el ordenamiento jurídico, debiendo cada una de las ramas que lo componen, tender al reconocimiento y protección de ellas, dejando claro por supuesto, que algunas áreas del derecho están en comunicación más directa y continua que otras. Sin embargo, una segunda visión de los derechos fundamentales responde a una vertiente subjetiva o individual, en la cual *“los derechos fundamentales están ligados a la dignidad de la persona, son la proyección positiva, inmediata y vital de la misma. Constituyen asimismo la condición de su libertad y autodeterminación. Su desconocimiento o conculcación vulnera la dignidad e impide el desarrollo del individuo como persona. Por eso su disfrute resulta imprescindible. Los derechos fundamentales constituyen el núcleo básico, ineludible e irrenunciable, del status jurídico del individuo”*¹¹.

Esta segunda perspectiva conecta dos ideas que son centrales en el desarrollo de nuestro trabajo: los derechos fundamentales y la dignidad, siendo esta última fuente de la primera. Como bien señala Habermas, este concepto filosófico está presente desde la antigüedad, sin embargo, su contenido actual fue construido por Immanuel Kant, y su positivización en instrumentos de derecho internacional sólo se produce tras la segunda guerra mundial¹², salvo

¹⁰ HABERLE, P. *“Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz”*. Heidelberg, 1983.

¹¹ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan. *“Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”*. Óp. cit p. 88.

¹² HABERMAS, Jürgen. *“La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”*. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, traducido por Juan Luis Fuentes Osorio, Granada, 2010, pp. 105-121,

por una contada excepción en la Constitución de Paulskirche¹³. Este hecho resulta paradójico si se tiene en cuenta que los modernos derechos fundamentales aparecen en las declaraciones del siglo XVIII y codificaciones siglo XIX, pero sin hacer mención a la dignidad¹⁴ ¿Significa esto que la dignidad como fuente de los derechos fundamentales es una creación doctrinal de posguerra, y las primeras declaraciones estaban ajenas a esta idea? A nuestro entender no, más bien han existido desde un primer momento, aunque de manera implícita, pues los derechos humanos se originan desde una resistencia a la opresión, en un proceso dialéctico de desvelamiento: viendo ciertas condiciones de la vida sociopolítica que resultan insoportables a sus habitantes en un determinado tiempo y espacio, la noción de dignidad se presenta en la conciencia de los afectados, y una vez asentada, se cristaliza con fuerza normativa en los textos jurídicos¹⁵, aun cuando estos últimos no hagan mención expresa a la misma. En este sentido la dignidad humana cumple una doble función en tanto fuente de los derechos fundamentales; se actualiza mediante una lectura de sus rasgos específicos, conduciendo al descubrimiento de nuevas garantías esenciales, y permite extraer de manera continua el contenido normativo de derechos ya existentes. Sin perjuicio de lo dicho, debemos efectuar un resumido periplo por el concepto mismo de dignidad en el derecho, para sentar las bases de nuestro razonamiento posterior.

En nuestra tradición jurídica occidental, la dignidad humana encuentra su origen en la *dignitas* romana, que consiste en el prestigio de los hombres de la administración y de sus funcionarios alrededor de la *res publica*¹⁶. Esta visión, no obstante, guarda relación con estructuras jerárquicas, propias de sociedades

¹³ El §139 señala que “un pueblo libre debe respetar la dignidad humana, incluso del delincuente” en Denninger, E. “Der Menschenwürdesatz im Grundgesetz und seine Entwicklung in der Verfassungsrechprechung, 2009.

¹⁴ MCCRUDDEN, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”. En: The European Journal of International Law, vol. 19, 2008. pp. 665-724.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”. Óp. cit.

¹⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. “Derecho Público Romano”. Civitas, Madrid, 2014.

con organizaciones políticas con vínculos de subordinación y supra-ordenación, que, por tanto, marcan una diferencia entre individuos de la misma especie, unos superiores y otros inferiores, lo que no se adapta al moderno concepto de dignidad humana. El primer paso en esta dirección, según Waldron¹⁷, sería dado por la filosofía estoica, y los escritos de Cicerón¹⁸, quienes inician la universalización de lo que hasta entonces era una dignidad situada en un individuo, hacia una dignidad de todos los hombres, la dignitas humana, que sitúa a nuestra especie en una posición ontológicamente sobresaliente en el universo. Aun así, esta idea logra fundamentar garantías en cuanto especie humana, pero no del individuo, por tanto, continúa siendo inútil para dar sustento a pretensiones normativas.

Siguiendo el razonamiento de Habermas, para alcanzar tal objetivo planteado, se requiere de una individualización del concepto, esto es, la cuestión del valor de cada hombre en un marco de relaciones horizontales con otros, superando la visión de dignidad en relación a Dios o a seres inferiores. Este paso se produce con la noción de valor absoluto o incomparable de cada persona, es decir ya no sólo la humanidad goza de superioridad, sino que cada uno de sus individuos goza de un valor que no puede ser sujeto a comparaciones respecto de otros. Este momento histórico se produce con los escritos de Kant, quien introduce el concepto de autonomía, entendida como la capacidad de la persona para la autolegislación racional, en este sentido, no

¹⁷ WALDRON, Jeremy. *"Dignity and Rank"*. En: *Archive Européene de Sociologie XLVIII*, pp. 201-237, Cambridge, 2007. Para este autor resulta paradójico el hecho de que una noción como la dignidad, que atiende a la posición sobresaliente de un individuo en particular en relación a otros, luego se universalice a una cualidad de una especie entera; esto generará en el devenir del desarrollo del concepto una constante tensión entre la dignidad de la humanidad versus la dignidad del individuo, cuestión que recién será resuelta tras la segunda guerra mundial, pero aun así, esta noción extendida -según el autor- nunca deberá dejar de lado las diferencias entre los sujetos de una especie, *"Once associated with hierarchical differentiation of rank and status, dignity now conveys the idea that tall human persons belong to the same Rank and that rank is a very high one indeed"*.

¹⁸ CICERÓN, Marco Tulio. *"De Officiis"* (Libro I, capítulo 7, § 22).

debe tratarse a ninguna persona como un medio, sino que cada una de ellas debe ser considerada como un fin en sí mismo¹⁹.

Es así como surge el contenido de la dignidad humana en su interpretación actual, la cual en los modernos Estados se asocia a la calidad de ciudadano, como aquel que pertenece a una comunidad políticamente organizada, en que cada uno tiene el mismo estatus, y por consecuencia, los mismos derechos. De este modo, *“la dignidad humana configura, por así decir, el portal a través del cual el contenido universal igualitario de la moral se importa al derecho. La idea de la dignidad humana es la bisagra conceptual que ensambla la moral del respeto igualitario a cada sujeto con el derecho positivo y la producción jurídica democrática, de tal manera que de su interacción en circunstancias históricas favorables pudo resultar un orden político basado en los derechos fundamentales [...] Los derechos humanos muestra un rostro de Jano, que mira al mismo tiempo a la moral y al derecho”*²⁰.

1.2.- Concepto y concepción de los Derechos Fundamentales.

Habiendo establecido que la fuente última de los derechos fundamentales corresponde a la dignidad humana, es necesario pasar a revisar los elementos que conforman su concepto. Para esto, seguiremos la distinción efectuada por Nash, entre concepto y concepción²¹. El concepto, por una parte, corresponde a aquellas nociones en las que existe un acuerdo extendido sobre el contenido y elementos que lo constituyen -en este caso, la idea de derechos fundamentales-, por otro lado, la concepción está caracterizada por aquellas

¹⁹ KANT, Immanuel. *“Fundamentación de la metafísica de las costumbres”*. Tecnos, Madrid, 2006.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. *“La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”*. Óp. cit.

²¹ NASH ROJAS, Claudio. *“La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica. — Tendencias jurisprudenciales”* [en línea]. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2008. Disponible en: <<http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/106789>> [Fecha consulta: 1 de enero 2017]

expresiones respecto a elementos del concepto en las cuales el contenido varía, de manera que sobre un mismo concepto, pueden existir diversas concepciones. Esto bien lo explica Dworkin, al señalar que la relación entre concepto y concepción es una cuestión de niveles de abstracción, ya que en el concepto las ideas que se emplean son utilizadas por todas las interpretaciones que hay sobre el objeto, en cambio, en la concepción se asume una visión que es parte del debate²², por tanto, está sujeto a constantes cuestionamientos, sin perjuicio de que con el tiempo se asiente y extienda en acuerdo, dejando de ser una concepción, y constituyéndose como un elemento no discutido del concepto.

Dejando lo anterior en claro, debemos diferenciar los derechos fundamentales de otras nociones que han sido tradicionalmente confundidas por la doctrina, a saber, los derechos públicos subjetivos, las libertades públicas, los derechos humanos, los derechos constitucionales, los derechos morales y los derechos naturales.

La idea de derechos públicos subjetivos surge en Alemania durante el siglo XIX en el período de las revoluciones liberales, entendidos como prerrogativas que conceden las leyes y tienen como objetivo limitar al poder estatal, estableciendo ciertos límites donde el individuo no puede ser afectado²³. Como puede apreciarse, esta idea es tributaria de la corriente iuspositivista, toda vez que tales derechos deben ser conferidos por el ordenamiento jurídico, sin atender a un fundamento metajurídico. Una noción similar es desarrollada en paralelo en Francia, denominada “*libertades*

²² DWORKIN, Ronald. “*Los derechos en serio*”. Op. cit.

²³ PECES-BARBA, Gregorio. “*Curso de derechos fundamentales. Teoría General*”. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999.

públicas”, entendidos como ámbitos exentos de la intervención estatal que permiten el libre desenvolvimiento individual²⁴.

En las antípodas iusfilosóficas, encontramos la noción de “*derechos naturales*”, la cual surge en el siglo XVIII de la corriente iusnaturalista, que consiste en ciertas prerrogativas de todo individuo, anteriores a su vida en sociedad, inalienables e imprescriptibles, que se alzan como verdaderos límites al poder del soberano²⁵. Esta idea de origen más bien continental, es recepcionada por el derecho anglosajón en el siglo XIX, surgiendo la idea de “*derechos morales*”, esto es, estipulaciones constitucionales que limitan el poder de las mayorías, fundados en principios morales²⁶.

Los derechos humanos por su parte, son una creación conceptual de post-segunda guerra mundial, entendida como un catálogo de libertades y derechos, consagrados en instrumentos internacionales, a favor de todos quienes se encuentren sujetos a la soberanía de los Estados signatarios²⁷, de manera que son dos las notas características frente a otras categorías similares, en primer lugar, su establecimiento a partir de fuentes del derecho internacional, y luego, la constitución de obligaciones positivas para el Estado con el objeto de darles cumplimiento.

La idea de derechos constitucionales si bien ha sido confundida con derechos humanos, debe ser simplificada en aras a su mejor comprensión, entendiéndola simplemente como el conjunto de prerrogativas que se reconoce a toda persona en un determinado instrumento constitucional²⁸, lo que en nuestro caso correspondería a aquellos consagrados en el capítulo III de la

²⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio. “*Los derechos fundamentales*”. Tecnos-Madrid, Madrid, 1993.

²⁵ NINO, Carlos. “*Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*”. Astrea, Buenos Aires, 1989.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ PRIETO, Luis. “*Estudios sobre Derechos Fundamentales*”. Editorial Debate, Madrid, 1990.

²⁸ ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “*Derechos fundamentales*”. Editorial Thomsom Reuters, Santiago, 2008.

CPR, sin perjuicio de una lectura integrada y sistemática con las demás disposiciones de nuestra carta fundamental²⁹.

Finalmente, los derechos fundamentales, siguiendo a Pérez Luño, deben ser entendidos como aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, institucionalmente reconocidos los cuales tienen un carácter fundamentador del sistema jurídico político de un Estado de Derecho, sin embargo, yendo un paso más allá, un concepto más completo es el que da Nogueira, para quien, los derechos fundamentales son “*el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos -considerados tanto en su aspecto individual como comunitario-, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos*”³⁰. Es decir, se distinguen de conceptos como los derechos naturales, los derechos morales, las libertades públicas o los derechos públicos subjetivos, en que no se fundamentan en una visión puramente iuspositivista o iusnaturalista, según sea el caso. Tampoco puede limitarse a los derechos constitucionales propiamente, aun cuando los derechos fundamentales estén consagrados en la Constitución, pues muchos de estos últimos pueden estar contemplados en la Carta Magna, pero esta relación es contingente, mas no esencial. Finalmente, la relación que existe con los derechos humanos es estrecha, pero las garantías fundamentales son algo más que un catálogo de libertades y prerrogativas establecidas en instrumentos internacionales, sino que constituyen las exigencias de la dignidad humana

²⁹ Se sigue, en este sentido, la idea de bloque de constitucionalidad propuesta por autores nacionales como Humberto Nogueira y Pablo Ruiz-Tagle en Nogueira, Humberto. “*Dogmática constitucional*”. *Ibíd.* Y Ruiz-Tagle, Pablo. “*Visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del Bicentenario*”. *Ibíd.*

³⁰ NOGUEIRA, Humberto. “*Derechos fundamentales y garantías constitucionales*”. Librotecnia, Santiago, 2010. p. 23.

dentro de un determinado contexto, que deben ser respetadas por todos los Estados, no sólo los signatarios de un determinado tratado.

Asentado el concepto de derechos fundamentales, y sus elementos distintivos respecto de otras categorías con las cuales se suele confundir, es necesario que revisemos la forma en que éstos han sido recogidos y caracterizados en la Constitución Política del Estado de 1980, incluidas, por cierto, sus subsecuentes reformas.

En nuestra Carta Magna, la primera referencia que se hace a los derechos fundamentales como categoría específica, aparece en el artículo 5° inciso segundo, dentro de las bases de la institucionalidad, al disponerse que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana constituyen un límite al ejercicio de la soberanía, estableciendo como deber del Estado tanto promover como respetar los derechos consagrados en el mismo texto constitucional, pero además, en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes³¹. Esta primera referencia es capital en la forma en que los derechos fundamentales cumplen su triple función como elemento del orden jurídico democrático, y que fueron mencionados supra, a saber, ser un requisito *sine qua non* de la democracia como régimen político, pues para la formación de una voluntad política colectiva es necesario el reconocimiento y garantía de derechos de participación³², en segundo lugar, constituyen normas materiales de competencia, pues todo ejercicio de

³¹ El inciso segundo del artículo 5° de la CPR dispone: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”.

³² Sin perjuicio de que los derechos fundamentales cumplen este rol, no es menos cierto, siguiendo a Ruiz-Tagle, que la forma en que están estructuradas estas garantías en nuestra Constitución dan énfasis a las libertades, por sobre otros derechos, tales como aquellos que aseguran la participación, existiendo una consagración más bien formal, es decir no existe una mayor diferencia por sí sólo si se vota por una opción en vez de otra. En este sentido Ruiz-Tagle, Pablo; Cristi, Renato. “*La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*”. LOM, Santiago, 2008.

potestades públicas deberá ser compatible con el respeto a tales derechos, y finalmente deben proyectarse respecto de las demás áreas del derecho, pues la actividad nomogenética expresada a través de la potestad legislativa del Congreso Nacional, la potestad reglamentaria del Presidente de la República y otros órganos de la Administración del Estado, y la potestad jurisdiccional de los Tribunales de Justicia que aplican las normas para casos concretos, deben estar en consonancia con el deber en comento.

Este reconocimiento, que nos parece bastante acorde al moderno constitucionalismo, y que fue un aporte del paquete de reformas de 1989, se ve, no obstante, matizado por la manera en que se encuentran estructuradas las garantías fundamentales en nuestra Constitución. Como bien lo ha señalado Nash, los derechos de libertad son el núcleo central que ha seguido el constituyente. Esta idea parte de una construcción dogmática anterior, denominada “*categorías de derechos*”, la cual reconoce al menos cuatro tipologías³³: libertades, entendidas como un ámbito o esfera del individuo, protegido de la intervención estatal; igualdades, entendidas como deberes de actuación del Estado en relación a los ciudadanos, en orden a no efectuar discriminaciones arbitrarias; derechos en sentido estricto, entendidos como facultades para actuar, que imponen al Estado la obligación de proporcionar los medios, y remover los obstáculos para su ejercicio, tanto de acciones de sus propios agentes, como de otros ciudadanos; y finalmente derechos que no imponen deberes positivos de actuación, entre los que se encuentran los derechos sociales, económicos y culturales, los que deben ser implementados en la medida que el Estado cuente con los recursos para ello, pero no faculta a los particulares para exigir su concreción³⁴.

³³ ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “*Derechos fundamentales*”. Óp. cit.

³⁴ Esta noción de derechos que no imponen deberes positivos de actuación se encuentra en directa relación con la idea de principios como mandatos de optimización de Alexy. Siguiendo esta idea, esta última tipología de derechos imponen al Estado un deber de realizarlo en la

Siguiendo esta distinción previa, autores como Ruiz-Tagle, Cristi³⁵, Medina³⁶ y Nash³⁷, han criticado que el núcleo de derechos fundamentales en nuestra Constitución viene dado por las libertades, las que se encuentran en los numerales 1, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 19, 21, 23 y 24. Esta concepción es tributaria de dos grandes corrientes de pensamiento: el iusnaturalismo, y la visión restringida de los derechos de Schmitt. La primera de estas escuelas, plantea que el ser humano tiene ciertos derechos, anteriores al Estado, y por tanto estos ámbitos de actuación deben ser protegidos de intervención por parte de los poderes públicos, lo que se condice con el concepto de “libertades” dentro de la tipología mencionada³⁸. La segunda fuente de pensamiento que hemos citado es la visión restringida de Schmitt sobre los derechos fundamentales, para quien sólo eran tales, aquellos que protegían al individuo, limitando la actuación del Estado en relación a ciertas esferas íntimas³⁹, por tanto, según esta visión no son garantías constitucionales las igualdades o los derechos entendidos como facultades para exigir una actuación positiva del Estado.

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, nuestra Constitución recoge las igualdades, o derechos de igualdad en los numerales 2, 3, 17, 18, 20 y 22, cuyo énfasis está puesto en que las discriminaciones que el Estado pueda efectuar no puedan ser arbitrarias. Estos además de imponer al poder público un deber

mayor medida posible conforme a las circunstancias fácticas y jurídicas, pero no habilitan al ciudadano a reclamar una prestación efectiva. En Alexy, Robert. “*Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*”. En: *Revista española de derecho constitucional*, no. 91 enero-abril, 2011.

³⁵ RUIZ-TAGLE, Pablo; CRISTI, Renato. “*La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*”. Óp. cit.

³⁶ MEDINA, Cecilia. MERA, Jorge. “*El derecho internacional de los Derechos humanos*”. En: *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. Cuaderno de Análisis Jurídicos, serie Publicaciones Especiales, no. 6, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996.

³⁷ NASH ROJAS, Claudio. “*La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*”. *Tendencias jurisprudenciales*. Óp., cit.

³⁸ CEA, José Luis. “*Derecho Constitucional Chileno*”. Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004.

³⁹ SCHMITT, Carl. “*Teoría de la Constitución*”. Alianza Editorial, Madrid, 2001.

de actuación para con toda persona -conforme al encabezado del artículo 19 de la Constitución-, establece un mandato de organización.

En el caso de los derechos como facultades o prerrogativas que imponen un deber de actuación al Estado, y de remover eventuales obstáculos que impidan o limiten su ejercicio, estos se contemplan en el numeral 3, relativo al derecho de acceso a la jurisdicción, 13, para reunirse sin permiso previo y sin armas, 14, para presentar peticiones a la autoridad, 15 para asociarse, y 19, para sindicarse. Esto es lo que la doctrina denomina como “*derechos de participación*”⁴⁰, con excepción del numeral 3, los cuales permiten la formación de voluntad democrática, no obstante, existe una crítica extendida por parte de los autores, en el sentido de que estos tienen una consagración formal, pero con escaso impacto⁴¹, Finalmente, en lo que guarda relación con aquellos derechos que no imponen deberes de actuación positiva del Estado, los podemos encontrar en el numeral 9, 10 y 18, relativos a la salud, educación y seguridad social, pero como bien lo indica Ruiz-Tagle, estos están más bien considerados como libertades de elección⁴².

1.3.- Los Derechos Fundamentales como principios.

⁴⁰ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan. “*Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales*”. Óp. cit. p. 40.

⁴¹ Para Nash, el derecho de sufragio refleja una igualdad de impacto mínima en las estructuras de poder, esto significa que, siguiendo a Dworkin, por el hecho del voto, no hay diferencia si se elige una u otra opción. Nash Rojas, Claudio. *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*. Ibíd. Dworkin, Ronald. “*Los derechos en serio*”. Ibíd. Siguiendo este razonamiento, podemos citar también el caso del derecho de sindicación, el cual se encuentra formalmente contemplado, pero los requisitos establecidos por la ley, la disparidad de poder social entre empleador y trabajadores, y el hasta hace algunos años precario acceso a tribunales de estos últimos, han influido en que la tasa de sindicalización alcance un 14,2%. Unidad de análisis estadístico. “*Organizaciones Sindicales*” [en Línea]. Santiago, Chile: Dirección del Trabajo, 2014. Disponible en: < http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-62614_recurso_1.pdf > [Fecha consulta: 2 de enero 2017].

⁴² RUIZ-TAGLE, Pablo; CRISTI, Renato. “*La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*”. Óp. cit.

Otro tópico relevante en materia de derechos fundamentales, es la teoría de principios. Esta construcción dogmática surge durante la segunda mitad del siglo XX, con el auge de los mecanismos de control de constitucionalidad, de la pluma de autores como Ronald Dworkin⁴³, Robert Alexy⁴⁴, Gustavo Zagrebelsky⁴⁵, y Martin Borowski⁴⁶. El principal motivo de su amplia recepción se produce por el aumento sustancial de los casos constitucionales complejos, en que colisionan dos o más derechos fundamentales, los cuales deben ser ponderados conforme a las circunstancias concretas para arribar a una solución.

La distinción básica que trata esta teoría es entre reglas y principios, las primeras tienen un carácter binario, es decir, constituyen mandatos definitivos, que frente a una aparente antinomia pueden ser resueltos a través de los criterios clásicos de jerarquía, especialidad y temporalidad⁴⁷, y se aplican por subsunción. Por otra parte, los principios son caracterizados como mandatos de optimización, esto quiere decir, que deben ser aplicados en tanto fuere posible, a partir de las circunstancias jurídicas y fácticas⁴⁸, por tanto, frente a una eventual antinomia, ya no es posible aplicar los criterios clásicos previamente reseñados, sino que deben ser ponderados por el juez. La consideración de los derechos fundamentales, más como principios que como reglas, ha llevado,

⁴³ DWORKIN, Ronald. *“Los derechos en serio”*. Op. cit.

⁴⁴ ALEXY, Robert. *“Teoría de los Derechos Fundamentales”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.

⁴⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *“El derecho dúctil”*. Trotta, Madrid, 2007.

⁴⁶ BOROWSKI, Martín. *“La estructura de los derechos fundamentales”*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

⁴⁷ CONTRERAS, Pablo. *“Teoría de los principios y derechos fundamentales en Chile”*. En: Revista Internacional de Derechos Humanos, no.3, pp. 103 – 126, 2013. A estos principios Cordero agrega los de competencia y procedimiento tratándose de los diferentes tipos de leyes, es decir se trata de reglas dirigidas a resolver antinomias entre leyes interpretativas de la Constitución, leyes de quórum calificado, leyes orgánicas constitucionales, leyes ordinarias y decretos con fuerza de ley; En: Cordero Quinzacara, Eduardo. *“La potestad legislativa, los tipos de ley y sus relaciones internas en el derecho nacional”*. En: Revista de Derecho de Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXIII, pp. 125 – 153, 2010.

⁴⁸ ALEXY, Robert. *“Teoría de los Derechos Fundamentales”*. Óp. cit,

según Aldunate, a un extendido uso del método de la ponderación en la jurisdicción constitucional.

2.- El bloque de constitucionalidad.

Habiendo hecho revisión a la fuente de los derechos fundamentales, su recepción en nuestra Constitución, y la visión de éstos como principios, es necesario analizar un punto más, esto es, el bloque de constitucionalidad. La labor dogmática tiene tres grandes finalidades: sistematizar, entendido como el proceso a través del cual se logra una construcción unitaria, funcional y de retroalimentación entre las diversas normas que componen el ordenamiento jurídico; interpretar, con el objeto de determinar el sentido y alcance de las disposiciones normativas; e integrar, es decir, colmar ciertos vacíos regulatorios, no recurriendo a elementos extrínsecos a la legislación, sino que empleando a esta última, para que a través de sus normas y principios, se pueda encontrar soluciones, frente a la imposibilidad material de que los órganos nomogenéticos puedan anteponerse a cada situación que se dé en los hechos⁴⁹. Dicho esto, la dogmática constitucional chilena, y específicamente aquellos autores cuyos trabajos versan sobre derechos fundamentales, han empleado diversos sistemas para su estudio, pudiendo distinguirse dos grandes corrientes: una de carácter pontificio o intuitivo, que mediante un criterio absoluto busca una solución concreta para los casos, en este sentido, las garantías constitucionales son vistas de manera aislada, estudiándose cada uno de ellas de manera separada, y recurriendo -como su nombre lo dice- a la intuición, encíclicas y el origen histórico del derecho en cuestión, para dotar de contenido a los enunciados normativos⁵⁰. En las antípodas, se encuentra la noción de bloque de constitucionalidad, que postula una visión integrada de las

⁴⁹ BERNASCONI, Andrés. “*El carácter científico de la dogmática jurídica*”. En: *Revista de Derecho* (Valdivia), pp. 9-73, vol.20, 2007.

⁵⁰ RUIZ-TAGLE, Pablo. “*Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile*”. Óp. cit.

diversas normas que materialmente establecen garantías fundamentales, en este sentido, nos encontramos con una “*constitución de derechos fundamentales*”⁵¹, construida a partir de los derechos de nacionalidad y ciudadanía, aquellos que contempla el capítulo III de nuestra Carta Magna, otras prerrogativas de las que goza el ciudadano contempladas en otros capítulos, y los derechos que aseguran fuentes del derecho internacional, como los tratados, la costumbre internacional y las normas de iuscogens.

Para analizar la noción de bloque constitucional de derechos, en primer lugar, revisaremos sus antecedentes y fundamentos, luego, su conceptualización y contenido, para finalmente exponer su fuerza normativa y su relación con el control de convencionalidad.

2.1.- Antecedentes y fundamentos del bloque de constitucionalidad.

La teoría del bloque constitucional de derechos, es una creación de aportes mayoritariamente efectuados por la dogmática latinoamericana, en la cual encontramos nociones como “*bloque de constitucionalidad*” provenientes de autores colombianos, y “*bloque de regularidad constitucional*” en México⁵². En este sentido, no es correcto como afirma Peña⁵³, que esta se remita a teorías provenientes de Europa continental, como la idea de “*bloc de constitutionnalité*” del derecho francés, toda vez que, como bien afirma Nogueira, lo común a los bloques de constitucionalidad europeos es que se refieren a normas sobre derechos, con énfasis en la fuente, es decir, a partir de una

⁵¹ NOGUERIA, Humberto. “*El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia*”. En Estudios Constitucionales, pp. 301-350, año 13(2), 2015.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ PEÑA, Marisol. “*La Constitución de 1980 y la existencia de un Bloque de Constitucionalidad en Chile*”. En: Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje al profesor Hugo Llanos Mansilla. pp. 591-613, AbeledoPerrot-Thomson Reuters, Santiago, 2012.

concepción formal, en circunstancias que la noción latinoamericana se refiere al derecho mismo, a partir del contenido o aspecto material del derecho⁵⁴.

La noción de bloque de constitucionalidad tiene un doble fundamento, por una parte, es expresión de una filosofía política liberal, muy relacionada con el idealismo internacional⁵⁵, y por otra, es manifestación del carácter jurídico unificado de los derechos fundamentales, los cuales, en cuanto a su fuente, se remiten a la dignidad humana, por tanto, constituyen un corpus indisoluble.

En cuanto a la filosofía política liberal y su relación con idealismo internacional, la norma constitucional que da fundamento al bloque constitucional es el artículo 5° inciso 2 CPR, el cual fue introducido dentro del grupo de reformas constitucionales de 1989, como parte de las políticas de transición de un régimen autoritario a uno democrático, en concreto, la disposición establece:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

El reenvío expreso que se produce en esta norma, expande las normas que constituyen un límite a la soberanía, por tanto, el Estado ya no sólo debe respetar las disposiciones que ella dicta, sino todos aquellos derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales que ella ratifica, pero además, ya que se debe respetar *“los derechos esenciales que emanan de la*

⁵⁴ NOGUERIA, Humberto. *“El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”*. Óp. cit.

⁵⁵ RUIZ-TAGLE, Pablo. *“Visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del Bicentenario”*. Óp. cit.

naturaleza humana", también se entienden comprendidos aquellos reconocidos por la costumbre internacional y las normas de ius cogen.

Desde una perspectiva histórica, el nacimiento de la idea de bloque de constitucionalidad es una clara reacción a los regímenes dictatoriales de Latinoamérica de la segunda mitad del siglo XX, que busca trascender los límites del ordenamiento jurídico nacional, para esta vez incluir las garantías consagradas en el derecho internacional. Esta es una aspiración del idealismo jurídico, una corriente iusfilosófica, que en un primer estadio buscó la forma de hacer primar la paz en las relaciones interestatales⁵⁶, para luego, integrar las garantías internacionalmente reconocidas, producto de las atrocidades cometidas en la segunda guerra mundial.

El segundo fundamento del bloque de constitucionalidad, radica en el que es a su vez fuente de las garantías constitucionales: la dignidad humana. Ya hemos señalado que los derechos fundamentales, siguiendo a Nogueira, son el conjunto de facultades que concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, igualdad y seguridad, en tanto expresión de la dignidad de los seres humanos en un contexto determinado, las que deben ser reconocidas, respetadas y aseguradas por los ordenamientos jurídicos nacionales, supranacionales e internacionales, conformando un subsistema⁵⁷. En este sentido, los derechos fundamentales no tienen una identificación formal con la Constitución, aun cuando muchos de ellos estén contemplados en un instrumento normativo como éste, sino que existen atributos y garantías que no se encuentran en su texto formal, pero que con la cláusula de inclusión del

⁵⁶ KANT, Immanuel. *"Sobre la paz perpetua"*, traducción de Joaquín Abellán, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

⁵⁷ NOGUEIRA, Humberto. *"Derechos fundamentales y garantías constitucionales"*, Óp. cit.

artículo 5° inciso 2, pasan a integrarla, siendo el fundamento último de cada una de sus disposiciones la dignidad humana⁵⁸.

2.2.- Concepto y contenido del bloque de constitucionalidad.

Conforme a los antecedentes históricos y los fundamentos del bloque de constitucionalidad, podemos construir un concepto del mismo, el cual corresponde al conjunto de garantías fundamentales, como exigencias de la dignidad humana, que deben ser reconocidas, promovidas y resguardadas por el Estado, contempladas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por Chile, la costumbre internacional y las normas de ius cogens, constituyendo un límite infranqueable al ejercicio de la soberanía.

A partir del concepto dado, y de lo señalado por Nogueira, podemos concluir que el bloque de constitucionalidad está conformado por: las garantías establecidas directamente por la Constitución, los derechos contemplados en tratados internacionales de Derechos Humanos, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, la costumbre internacional, las normas de ius cogens y, los derechos implícitos o no enumerados que se desarrollen por vía jurisprudencial.

2.3.- El control de convencionalidad y la fuerza normativa del bloque de constitucionalidad.

Como hemos señalado, el fundamento positivo del bloque constitucional de derechos, lo encontramos en el artículo 5° inciso segundo de nuestra Constitución, la que, a su vez, también consagra la fuerza normativa de los derechos fundamentales que la componen, bajo los verbos rectores “*deber*”, “*respetar*” y “*promover*”. Siguiendo esta idea, los tribunales de justicia, en tanto órganos jurisdiccionales del Estado, se encuentran en la obligación

⁵⁸ NOGUERIA, Humberto. “*El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia*”. Óp. cit.

constitucional de dar protección a los individuos frente a vulneración de sus garantías.

Esta consideración dogmática, a partir del texto positivo de la Constitución, ha sido recepcionada por la jurisprudencia, es así, como el Tribunal Constitucional, en sentencia de 10 de junio de 2008, en su considerando 16 establece: *“el respeto y promoción de los derechos esenciales del hombre, que son superiores y anteriores al Estado y a la Constitución, que no los crea sino que reconoce y asegurar [...] no son meramente declarativos, sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu de las disposiciones de la Constitución”*⁵⁹.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en sentencia de fecha 13 de diciembre de 2006, en la que dicta: *“Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma fundamental contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan*

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 10 de junio de 2008, Rol n°943-2007, considerando 16. En un sentido similar se vuelve a pronunciar el Tribunal Constitucional, con fecha 17 de junio de 2014, al señalar en sus considerandos 17 y 20: *“nuevos estándares en materia de justicia militar a partir de la obligación impuesta al Estado de Chile, incluyendo a esa jurisdicción constitucional, en orden al deber de respetar y promover los derechos garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales, ratificados y vigentes en Chile [...] [E] derecho a ser juzgado por tribunales ordinarios como punto de partida, pudiendo existir una jurisdicción militar restrictiva y excepcional, encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, los cuales son válidos para militares, en el caso de conductas delictivas típicas del ámbito militar y que lesionen bienes jurídicos militares gravemente atacados.* Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de junio de 2014, Rol n°2492-2013, considerandos 17 y 20.

disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide sean desconocidos”⁶⁰.

Como puede verse de las sentencias citadas, en nuestra jurisprudencia ha sido plenamente acogida la fuerza normativa del bloque constitucional de derechos, pero cabe notar que la Corte Suprema da un paso más allá, pues señala que dichas disposiciones limitan incluso el poder constituyente, es decir ellas tienen la máxima fuerza normativa dentro del sistema de fuentes, alzándose en una posición supraconstitucional, a diferencia de lo que ha señalado por ejemplo el Tribunal Constitucional en sentencia rol n°346-2012 de fecha 8 de abril de 2012, de que los derechos fundamentales tienen un rango superior al de la ley, pero inferior al de la Constitución, y por consecuencia, no limitan al poder constituyente⁶¹. La postura de la Corte Suprema nos parece se aviene de mejor manera a la noción de bloque constitucional de derechos, toda vez que estos no se limitan al texto formal de nuestra Carta Magna, sino que se construyen a partir de una noción material de derecho fundamental, los que se pueden encontrar en las diversas fuentes que hemos citado supra.

⁶⁰ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 13 de diciembre de 2016, rol N°559-2004, considerando 22. Esta sentencia es relevante por dos motivos, uno de ellos es la ya reseñada fuerza normativa del bloque de constitucionalidad, sin embargo, otro que no examinaremos en razón del objeto de este trabajo, es que a los derechos fundamentales, considerados materialmente, se les otorga dentro del sistema de fuentes un rango supraconstitucional, llegando a limitar al mismo poder constituyente.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2012, n° rol 346-2012.

Capítulo II.

Derecho a la Libertad Personal y seguridad Individual, regulación en el Ordenamiento Nacional y en el Bloque de Constitucionalidad.

1.- Regulación constitucional del derecho a la Libertad Personal y Seguridad Individual.

1.1.- Concepto de libertad en sentido amplio y libertad jurídica.

Históricamente, en la mayoría de las culturas occidentales, hablar de libertad -en un sentido amplio- es abocarse a un ámbito inherente a la existencia del hombre⁶², su estudio, entendimiento y puesta en práctica ha sido fuente inacabable de discusiones dentro de las Ciencias Humanas, sobre todo por las restricciones que se han hecho de ella más que por el sentimiento de asistir a su pleno desarrollo⁶³. En efecto, dada la importancia de la libertad para las ciencias humanas, y, especialmente para el derecho, es que debemos, antes de pasar a un estudio meramente jurídico, realizar una breve referencia al concepto desde una óptica amplia, es decir, que abarque variadas ramas del saber, como lo es la filosofía y las ciencias políticas.

La Real Academia Española define a la libertad como la “*facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos*”⁶⁴, así también, en otra de sus acepciones se le define como “*condición de las personas no obligadas por su estado, al*

⁶² KLENNER, Arturo. “*Esbozo del concepto de libertad: filosofía del derecho de Hegel*”, ED. LOM, Santiago, 2000, p, 19- 20.

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Búsqueda de la palabra “libertad”. [En línea] disponible en: <<http://dle.rae.es/srv/fetch/fetch?id=NEeAr5C>> [Fecha consulta: 17 de abril de 2018].

*cumplimiento de ciertos deberes*⁶⁵. A este respecto, podemos decir, que la libertad es, en sí misma, una cualidad que no puede desprenderse de la calidad de ser humano, este nace libre porque su naturaleza así lo establece.

Ahora bien, pasando a las construcciones conceptuales de “*libertad*”, es dable mencionar la elaborada a mediados del siglo XX por Isaiah Berlín, politólogo que fraccionó el concepto en dos, por una parte existe la libertad negativa o “*libertad de*”, relacionada con la ausencia de obstáculos para su ejercicio, y, por otro lado, encontramos la libertad positiva o “*libertad para*”, en donde la voluntad es un elemento crucial⁶⁶, pues se relaciona con la capacidad de autodeterminación racional del individuo. La clasificación a la que hacemos referencia ha sido fuente de inspiración para diversos autores, entre ellos Norberto Bobbio, quien, ahondando en los conceptos mencionados, definió libertad negativa como “*la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos*”⁶⁷. Por su parte, sobre la libertad positiva señaló que esta “*se identifica con una cualificación de la voluntad*”⁶⁸. Robert Alexy, en tanto, al referirse a ambos conceptos de libertad señala que ambas “*se diferencian sólo porque en la libertad positiva el objeto de la libertad es exactamente una acción mientras que en la libertad negativa consiste en una alternativa de acción*”⁶⁹. Para Zarini, por último, la libertad negativa implica “*liberarse de determinaciones ajenas a la propia voluntad; es decidirse con independencia de una presión o coacción externa, es preferir esto o aquello; es escoger entre dos o más alternativas*”⁷⁰, en tanto que la libertad positiva “*es poder hacer, dar efectividad a esa decisión,*

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ BERLÍN, Isaiah. “Dos conceptos de libertad”. En: *Inaugural Lecture* (31 de octubre de 1958. Oxford, Universidad de Oxford). Publicada en: *Clarendonpress*. 1958.

⁶⁷ FERRER, Eduardo. “*Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*”, México D.F. Tomo I. 2014. p. 361.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ ALEXY, Robert. “*Teoría de los derechos fundamentales*”, Óp cit., p. 215.

⁷⁰ ZARINI, Helio. “*Derecho Constitucional*”. 1ª ed.: 1992, 2ª ed., ASTREA, Buenos Aires, (1999), p. 441.

*determinación o preferencia; esto es, desenvolverla, ejecutarla (...) Es la capacidad real y positiva de realizar la propia determinación*⁷¹.

Por otro lado, cabe hacer referencia, debido a su importante influencia en la filosofía del derecho, a la concepción de libertad que el filósofo John Rawls entrega en su conocida obra *“Teoría de la Justicia”*. En primer lugar, Rawls señala que *“la descripción general de la libertad tiene, entonces, la siguiente forma. Esta o aquella persona (o personas) está libre (o no está libre) de esta o aquella restricción (o conjunto de restricciones) para hacer (o no hacer) tal y cual cosa”*⁷². En este sentido, observamos que el autor entiende la libertad, si ocupamos la nomenclatura de Berlín, como libertad negativa, es decir, como ausencia de restricciones en el actuar, lo que permite, en definitiva, la realización del bien subjetivo de cada persona o, en otras palabras, su proyecto de vida. Más adelante, el autor puntualiza que esta libertad *“consiste en una determinada estructura de instituciones, un sistema de reglas públicas que definen derechos y deberes”*⁷³, pues, en efecto, por medio de los derechos y deberes establecidos por instituciones, tales como el derecho, es que se logra la libertad en el ser humano para escoger su plan de vida. Por último, cabe destacar que el concepto de libertad en el filósofo requiere, al menos en principio, de la presencia la igualdad en su extensión para todos los ciudadanos, lo que hace que no pueda limitarse sino en caso de coartarse un proyecto de vida ajeno o en caso de necesitarse la aseguración de la misma libertad o de otra distinta, con la finalidad de equilibrar la totalidad del sistema de libertades. En palabras del autor *“Todas las libertades ciudadanas tienen que ser idénticas para cada miembro de la sociedad”* y *“una libertad básica (...) sólo puede ser limitada en aras de la libertad misma, esto es, sólo para*

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² RAWLS, John. *“Teoría de la justicia”*. Fondo de cultura económica (Traducción María Dolores González), México, 2012, p. 193.

⁷³ *Ibíd.*

*asegurar que la misma libertad, u otra libertad básica distinta, sea debidamente protegida y para ajustar el sistema total de libertades de la mejor manera*⁷⁴.

De lo anteriormente expuesto, se colige que la libertad posee una extensión limitada, puesto que, aplicando lo señalado hace ya varios siglos por Thomas Hobbes, debido a la natural igualdad de los seres humanos⁷⁵ una prolongación ilimitada de sus capacidades manifestadas en su derecho de naturaleza⁷⁶ devendría en un estado natural guerra de todos contra todos⁷⁷, en donde, en un plano difuso, cada persona podría actuar, limitado solamente por sus capacidades físicas, en el ámbito de libertad del otro con la finalidad de preservar su vida. Así las cosas, toda sociedad civilizada debe generar un límite al ejercicio de la libertad y la autodeterminación, lo que está dado por el derecho, manifestado través del concepto libertad jurídica. Este último concepto, representa, según lo señalado por el procesalista italiano Hugo Rocco, el paso de una libertad perteneciente al ámbito de los hechos a otra protegida por el derecho objetivo, en este sentido, la libertad jurídica se concibe como la facultad que toda persona posee de actuar en el marco de lo que no está prohibido ni ordenado, y a la vez, de impedir que otros obstaculicen o impidan el normal desarrollo de dicha actividad⁷⁸. Como se observa, este concepto representa doctrinariamente el género de las libertades protegidas por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, dentro de los cuales se haya la libertad personal y seguridad individual, que a continuación será

⁷⁴ *Ibíd.* pp. 194-195.

⁷⁵ HOBBS, Thomas. “*Leviatán*” (trad. Manuel Sánchez Sarto), Fondo de Cultura Económica, México D.G. 1940, p. 100.

⁷⁶ *Ibíd.* p. 106.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ ROCO Hugo. “*L ‘autorità Della cosa Giudicata e i suoi limiti soggetti*”. p. 299. Citado por GARCIA Maynes, Eduardo. “*La libertad como derecho y como poder*” [en línea]. En: Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, tomo I, junio-agosto de 1939, número 3. Disponible en: <file:///C:/Users/Alumno/Downloads/30129-27231-1-PB.pdf> [Fecha consulta: 04 de mayo de 2018]

objeto de estudio, por su relación directa con el precepto legal que motiva la presente investigación.

2.- Evolución histórica de la regulación al derecho de Libertad Personal y Seguridad Individual.

En el ámbito de derecho comparado, el principio fundamental de libertad ha sido uno de los primeros en contar con protección en los sistemas constitucionales de cada país. En efecto, una manifestación de larga data al respecto es la presencia del Habeas Corpus en la Carta Magna inglesa de 1215, por medio del cual se materializa, por un lado, la “*exigencia de que toda intromisión en la libertad individual tuviese una justificación razonable*”⁷⁹ y, por otro, “*que la intromisión no justificada en la libertad ajena da lugar a la exigencia, plasmada en la correspondiente demanda, de responsabilidad civil o penal*”⁸⁰.

En el ámbito interno, el fenómeno anterior no es extraño, pues, desde los primeros reglamentos constitucionales, dictados luego de la independencia de la nación, encontramos diversas regulaciones al derecho a la libertad, las que a someramente pasaremos a abordar.

2.1.- Proyecto de Constitución Provisoria de 1818.⁸¹

De las referencias que al derecho de libertad se hacen en este cuerpo constitucional en sus artículos⁸² 1, 10 y 12, se destaca que la libertad y

⁷⁹ GARCÍA, Joaquín. “*El derecho a la libertad personal*”. Ed. Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia, Valencia, 1995, p. 87.

⁸⁰Ibíd.

⁸¹ Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile publicado en 10 de agosto de 1818 [en línea]. Disponible en: <https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion/c_1818.pdf> [Fecha consulta: 13 de marzo de 2018].

⁸² “*Artículo 1. Los hombres por su naturaleza gozan de un derecho inajenable e inamisible a su seguridad individual, honra, hacienda, libertad e igualdad civil*”.

seguridad individual se considera aquí como un derecho que proviene de la naturaleza del hombre, y que, por tanto, es anterior al Estado y su reconocimiento constitucional. Por otro lado, este proyecto constitucional establece por primera vez un concepto de libertad civil, el que se establece como la facultad de actuar en el marco del respeto de los derechos de las demás personas.

Finalmente, el proyecto representa la confirmación de lo que la ley de libertad de vientres del 15 de octubre de 1811 estableció para los hijos que nacieran de esclavas, cuestión que representó un paso más a la abolición total de la esclavitud, hecho que se produciría finalmente en 1923 gracias al proyecto presentado por José Miguel Infante en el Congreso.

2.2.- Constitución Política del Estado de Chile sancionada el 29 de diciembre de 1823⁸³.

Se hacen referencias al concepto de libertad en sus artículos⁸⁴ 8, 123, 124, 128 y 141.

“Artículo 10. A ninguno se le puede privar de la libertad civil, que consiste en hacer todo lo que no daña a la religión, sociedad o a sus individuos, y en fijar su residencia en la parte que sea de su agrado, dentro o fuera del Estado”

“Artículo 12. Subsistirá en todo vigor la declaración de los vientres libres de las esclavas, dada por el Congreso, y gozarán de ella todos los de esta clase nacidos desde su promulgación”

⁸³ Constitución Política del Estado de Chile sancionada el 29 de diciembre de 1823 [en línea]. Disponible en: < https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion/c_1823.pdf > [Fecha consulta: 13 de marzo de 2018].

⁸⁴ *“Artículo 8. En Chile no hay esclavos: el que pise su territorio por un día natural será libre. El que tenga este comercio no puede habitar aquí más de un mes, ni naturalizarse jamás”.*

“Artículo 123. Nadie puede ser preso sino en los casos que determina la ley y según sus formas. Se castiga gravemente al que decreta o ejecuta una prisión arbitraria”.

“Artículo 124. Nadie puede ser preso o detenido sino en su casa o en lugares públicos y destinados a este objeto”.

“Artículo 128. Nadie puede estar preso más de cuarenta y ocho horas sin saber la causa de su prisión y constarle las gestiones que sobre ella se han practicado”.

“Artículo 141. Todo delincuente infraganti puede ser arrestado sin decreto y por cualquiera persona para el único objeto de conducirlo al juez competente”.

El artículo 8 de esta constitución representa la abolición de la esclavitud a nivel constitucional, lo cual se condice con un estado que pretende ser garante de derechos fundamentales, los que por su relación con la dignidad humana son incompatibles con la calidad de esclavo.

Los demás artículos, en tanto, dan muestra de la intención del constituyente de regular las formas y casos en que la libertad puede ser limitada. En efecto, en primer lugar, se establece la reserva legal para determinar las formas y casos en que la autoridad pública puede privar de libertad a alguien dentro de la República. Más adelante, se establecen condiciones materiales a las detenciones como lo son los lugares y tiempo permitido. Por último, destacamos la situación de quien es sorprendido infraganti cometiendo un delito, pues en este caso se permite a cualquiera, sea o no autoridad pública, detener al sujeto inmediatamente, con el sólo objeto de entregarlo a la justicia.

2.3.- La Constitución Política de la República de 1833⁸⁵.

En su artículo 12 numeral 5^o establece⁸⁶, en primer lugar, la libertad de desplazamiento como la capacidad de permanecer en cualquier punto del territorio o salir de él. Por otro lado, establece que esta libertad no es ilimitada pues debe siempre respetar los reglamentos de las policías y evitar el perjuicio a terceros. Por último, se establece, respecto a las prisiones, detenciones o destierros de las personas, una reserva legal en la determinación de la forma en que se producían.

⁸⁵ Constitución Política de la República de Chile del 25 de mayo de 1833 [en línea]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=137535>> [Fecha consulta: 13 de marzo de 2018].

⁸⁶ “Artículo 12. La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

5ª La libertad de permanecer en cualquier punto de la República, trasladarse de uno a otro, o salir de su territorio, guardándose los reglamentos de policía, i salvo siempre el perjuicio de tercero; sin que nadie pueda ser preso, detenido o desterrado, sino en la forma determinada por las leyes”.

1.2.4.- La Constitución Política de la República de 1925⁸⁷.

Establece el derecho a la libertad personal por medio del artículo 10, numeral 15⁸⁸ y artículo 13⁸⁹.

De la lectura de los artículos mencionados, se advierte que, al emplearse el verbo “asegurar” en la redacción de las garantías, tenemos una concepción de los derechos fundamentales, basada en la naturaleza misma del hombre. En este mismo sentido, la doctrina señala lo siguiente:

“El verbo “asegurar” es acertado, al admitir su significado que los derechos y las facultades que el texto atribuye a quienes convivan en el Estado, no son creados por éste, no derivan de su voluntad, sino que provienen de la naturaleza misma del hombre, ser racional y social. La Ley Fundamental, en tal entendido, esclarece el contenido, fija el alcance y señala los límites de esos derechos a fin de hacer posible la convivencia y la afirmación de las condiciones que permitan su efectivo ejercicio por todos los integrantes de la sociedad nacional”⁹⁰.

Un segundo aspecto, que cabe destacar respecto a la situación de la libertad personal en la constitución de 1925, tiene que ver con la redacción del numeral 15 del artículo 10 antes transcrito, pues para una parte de la doctrina,

⁸⁷ Constitución Política de la República de Chile de 1925 [en línea]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=137535>> [Fecha consulta: 13 de marzo de 2018].

⁸⁸ “Artículo 10. La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

15. La libertad de permanecer en cualquier punto de la República, trasladarse de uno a otro o salir de su territorio, a condición de que se guarden los reglamentos de policía y salvo siempre el perjuicio de tercero; sin que nadie pueda ser detenido, procesado, preso o desterrado, sino en la forma determinada por las leyes”.

⁸⁹ “Artículo 13. Nadie puede ser detenido si no por orden de funcionario público espresamente facultado por la lei y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal, a menos de ser sorprendido en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducido ante juez competente”.

⁹⁰ SILVA BASCUNAN, Alejandro; SILVA GALLINATO, María Pía. “Derechos humanos en la Constitución de 1980”. *Ius et Praxis* [online]. 2003, vol.9, n.1 [citado 2017-01-19], sp. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100013&lng=es&nrm=iso> [Fecha consulta: 1 de enero de 2017].

entre la que se encontraba el reconocido constitucionalista Mario Bernaschina, el mencionado precepto hacía distinguir entre dos libertades. Al respecto cabe citar a Cafferena:

“Hay quienes hacen distinción entre "libertad personal propiamente tal" y "libertad de permanencia o de locomoción", sosteniendo que son ellas dos instituciones diferentes. La libertad personal propiamente tal, dicen, se refiere al derecho de los individuos para no ser detenidos o sometidos a prisión sin una causa legal. En cambio, la libertad de locomoción se relaciona con la facultad de entrar y salir libremente del territorio del Estado o para ejercer sus actividades en cualquier lugar del país en que se resida.

Tal teoría es defendida entre nosotros por el profesor Mario Bernaschina, quien para darle asidero se ve obligado a usar del recurso de encontrar superflua la parte final del número 15 del artículo 10 de la Constitución y sostener enfáticamente que dicha parte final constituye una repetición innecesaria del artículo 13”⁹¹.

La autora citada, sin embargo, sostiene que tal distinción no tiene asidero, pues la libertad personal debe ser entendida en base a los dos aspectos que se presentan y complementan en la norma en comento, a saber, el derecho a trasladarse y el derecho a no ser arrestado. En efecto, para Cafferena *“La libertad personal es tanto la libertad física, o sea, el derecho de no ser arrestado (libertad de lugar) como la libertad de trasladarse de un punto a otro (libertad de cambiar de lugar). No son dos instituciones diferentes. A lo más podría sostenerse que la llamada libertad de locomoción constituye un aspecto o una forma de la libertad personal, o en otros términos, que es la especie dentro del género. El constituyente así lo entendió al consignar en una*

⁹¹ CAFFERENA, Elena. *“El recurso de amparo y los estados de emergencia”*, [ed. no identificada]. Santiago, 1957, pp. 38-39.

sola disposición (número 15 del artículo 10) el derecho de no ser detenido, procesado, preso o desterrado y el derecho a elegir el lugar de residencia”⁹²

A nuestro entender, la distinción planteada por Bernaschina, si bien tiene sustento en el intento por depurar los bienes jurídicos protegidos por la constitución al referirse a la libertad, no es dable considerarlas como libertades distintas, ya que los dos conceptos serán siempre expresiones de una misma y única libertad que se complementa o forma por estas. En definitiva, se trata de dos caras de una misma moneda, pues no es posible concebir la libertad de desplazarse sin la libertad propiamente tal o derecho de no ser arrestado, ni esta última puede tener una expresión en la realidad sin la capacidad para desplazarse con libertad de un lugar a otro.

3.- La Libertad como principio fundante en la Constitución Política de la República de 1980⁹³.

En la constitución de 1980 la primera referencia a la libertad se hace en el artículo 1° inciso primero, el que dispone lo que sigue:

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Tal como se desprende de la lectura del precepto constitucional transcrito, la libertad, en un sentido amplio, aparece en el texto fundamental como un pilar esencial en la regulación de las Bases Institucionales de la República, lo que eleva el concepto a la categoría de principio general, el que debe ser respetado y promovido por los órganos del estado, desde el momento del nacimiento de la persona, hasta el momento de su muerte.

⁹² *Ibíd.* p. 40.

⁹³ Constitución Política de la República de Chile de 1980 [en línea]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>> [Consulta: 13 de marzo de 2018].

Por otro lado, la constitución, al establecer que las personas nacen libres, deja de manifiesto que está en la esencia del ser humano el ser libre, pues esta cualidad la adquiere inmediatamente al momento de nacer, lo que hace independiente a cada ser humano respecto los demás. En este sentido cabe citar a Silva Bascuñán:

“La Constitución al afirmar que los hombres nacen “libres” está manifestando, de acuerdo con la acepción de este término, respecto de cada uno de ellos “que tiene facultades para obrar o no obrar”, “que no es esclavo”, “que es independiente”, o sea, que no está sujeto a otro (...) Para que el hombre sea libre, sus determinaciones han de ser resultado de una decisión espontánea suya, que no sea consecuencia de una presión que sobre él se ejerce que perturbe su movimiento interior”⁹⁴

En la misma línea anterior, la Comisión de Estudio para la nueva Constitución, estableció que la esencia de la libertad residía en *“la facultad de poder actuar libremente para el pleno desarrollo de la personalidad”⁹⁵*

Esta concepción de libertad, relacionada al pleno desarrollo de la personalidad o autodeterminación, es dable relacionarla, a nivel de derecho comparado, con el concepto del libre desarrollo de la personalidad, doctrina que nace en Alemania por medio de Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949 en su artículo 2.1, el cual establecía lo siguiente:

⁹⁴ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *“Tratado de derecho constitucional: la Constitución de 1980, Bases de la institucionalidad, Nacionalidad y ciudadanía, Justicia electoral”*. Tomo IV, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 29-30.

⁹⁵ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *“Los derechos constitucionales”*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 196.

“Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral”.

La doctrina del libre desarrollo de la personalidad, a la que acabamos de hacer referencia, es clave para asegurar en todo ser humano su natural y libre desarrollo, tanto físico como psicológico, es decir, tanto respecto de su cuerpo como de su mente y espíritu.

En nuestra constitución no existe una referencia a la doctrina del libre desarrollo de la personalidad, aunque autores como Teodoro Rivera afirman una reminiscencia de este en el artículo 19 numeral 7⁹⁶. Lo anterior, sin embargo, no obsta a que legisladores y jueces puedan desarrollarlo en el futuro como expresión del principio general de libertad o de dignidad humana, lo cual, a nuestro parecer mejoraría la conceptualización de estos, dotándolos de un contenido sólido, respaldado en concepciones ampliamente aceptadas e integradas en el derecho comparado. En efecto, nuestro tribunal Constitucional ya ha hecho mención de la doctrina a la que hacemos referencia en un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad⁹⁷, en donde, a pesar de negar la relación directa de la doctrina del libre desarrollo de la personalidad con el principio de libertad establecido en el artículo 19 numeral 7, termina por reconocerla como parte y expresión del concepto de dignidad humana presente en el artículo primero de la constitución.

3.1.- El derecho a la Libertad Personal y Seguridad Individual del artículo 19 numeral 7.

⁹⁶ RIBERA NEUMAN, T. 2009. *“El derecho al desarrollo libre de la personalidad en la Constitución”*. En: Asociación Chilena de Derechos Constitucional. Temas actuales de derecho constitucional libro homenaje a Mario Verdugo Marinkovic. Santiago: Editorial jurídica de Chile,

⁹⁷ Tribunal Constitucional. Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad artículo 365 del Código Penal. Sentencia del 4 de enero de 2011. Rol 1683.

Pasamos ahora al estudio del artículo diecinueve numeral séptimo de nuestra Constitución⁹⁸, el que sistematiza el derecho a la libertad personal y seguridad individual, y que, entre sus novedades respecto a la regulación constitucional anterior en la materia, destaca por la inclusión del concepto de seguridad jurídica, que más adelante se abordará.

Típicamente, se señala por los autores nacionales, que en el derecho a la libertad personal y seguridad individual se regulan o protegen dos bienes jurídicos distintos, a saber, la “*libertad personal*”, por un lado, y por otro

⁹⁸ “Artículo 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 sólo 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 9°, 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; (...).”

"*seguridad individual*". En el primer caso, se trata de un bien jurídico que, para algunos autores, sería de tipo residual, debido a su relación con la capacidad de autodeterminación que poseen las personas⁹⁹. Por otro lado, también se le denomina libertad ambulatoria en razón de mantener una estrecha ligazón con la libertad que poseemos para desplazarnos de un lugar a otro, es decir, "*la libertad de residir, domiciliarse, trasladarse de un lugar a otro y entrar y salir del territorio nacional*"¹⁰⁰. En efecto, este bien jurídico se encuentra protegido en el artículo 19 numeral séptimo letra (a). Por último, cabe agregar, respecto a este bien jurídico, que su extensión no es ilimitada pues debe siempre respetarse lo establecido en el artículo 19 numeral 26 y el ejercicio de derechos por parte de otras personas, tal como la misma libertad de desplazamiento de otro sujeto.

En cuanto al bien jurídico de la "*seguridad individual*", "*es una garantía o protección de la libertad individual, en cuanto a que no existan limitaciones ilegales o arbitrarias a dicho derecho que, en los hechos, lo anulen*"¹⁰¹. Se ha discutido por la doctrina respecto a si este es en realidad, o no, un bien jurídico en sí mismo¹⁰². En efecto, una de la doctrina lo considera como "*la simple consecuencia de la consagración -frente al actuar del Estado y terceros- de otros bienes jurídicos del liberalismo clásico como la libertad y la propiedad*"¹⁰³. Para otros, en cambio, se concibe como una garantía en sí misma, expresión de la libertad individual "*cuya relevancia reside en su capacidad para establecer un deber de actuar de parte del Estado, con el objeto de dotarla de un contenido moral mínimo que la haga exigible*"¹⁰⁴. Este bien jurídico se encuentra

⁹⁹ AVILES, Víctor, Apuntes de clases de Derecho Constitucional. [en línea] <https://www.u-cursos.cl/derecho/2009/1/D123A0313/2/material_docente/previsualizar?id_material=216862> [consulta: 20 de diciembre de 2016].

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ EDWARDS, Matías, (2012). "*Una mirada crítica a la evolución del derecho a la libertad personal a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: (período 2004-2010)*" [en línea]. Disponible en: <<http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/113021>> [consulta: 13 de abril de 2018]. p. 20.

en la letra (b) del número 7 del artículo 19, el que dispone lo siguiente: "*nadie puede ser privado de su libertad individual ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes*".

Respecto a esta última discusión, siguiendo a Edwards, creemos que es conveniente adherir a la segunda postura, a saber, la que plantea la independencia del bien jurídico de la Seguridad individual (lo que no excluye que sea complementario al bien jurídico de libertad personal), esto ya que, como bien señala este autor "*es la forma más clara de imponer un deber de acción de naturaleza cautelar al Estado, en resguardo del derecho a la libertad personal de los individuos, cuya manifestación más clara queda plasmada en el denominado recurso de habeas corpus*"¹⁰⁵. En efecto, este bien jurídico es garante de la paz social por cuanto protege a los ciudadanos de los abusos de poder estableciendo límites a su uso, lo cual es cautelado por el recurso de habeas corpus presente en el artículo 21 de nuestra Carta Fundamental.

Dejaremos ahora el estudio de los bienes jurídicos para abocarnos al concepto de libertad personal y seguridad individual. Una primera aproximación nos entrega la doctrina comparada, para la cual, los conceptos se refieren a "*la posibilidad de la persona de determinar libremente su conducta, de actuar, también libremente, de conformidad con dicha determinación sin que esa actuación, siempre que sea lícita, sufra interferencias o impedimentos por parte de terceros y, especialmente, por parte de los poderes públicos*"¹⁰⁶

La doctrina nacional, por su parte, muchas veces establece una división conceptual respecto derecho a la libertad personal y seguridad individual, esto ya que, como se dijo más arriba, el derecho presenta dos bienes jurídicos. En efecto, para Cea Egaña, a pesar de tratarse de dos derechos enlazados y

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ GARCIA MORILLO, Joaquín. "*Los derechos de libertad (I). La libertad personal*", en *Derecho Constitucional*, v. I: *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. 1ª ed.: s. d.. 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, (2000), p. 245.

complementarios, respecto de los cuales no cabe la presencia de uno sin la del otro, se trata de dos derechos distintos. En este sentido, tenemos, en primer lugar, la libertad personal, la que, en su concepto “*se refiere a la libertad ambulatoria, de locomoción, desplazamiento físico o circulación de la persona humana, incluyendo la fijación y cambio de su domicilio y residencia, dentro o fuera del país. No cubre, en consecuencia, los demás aspectos de la libertad individual, v. gr., la libertad de culto y de expresión ni los derechos de reunión y asociación, todos los cuales se hallan asegurados en disposiciones especiales*”¹⁰⁷. Para este autor, contrario a lo que se verá enseguida, no nos encontramos ante un derecho matriz de otros derechos, sino más bien ante uno que protege, nada más ni nada menos, lo expresamente establecido en la Carta Fundamental.

En segundo lugar, el jurista nacional identifica la seguridad individual como “*el conjunto de acciones y recursos, deberes y prohibiciones destinados a que la persona natural, titular del derecho a la libertad de movilización, pueda ejercerlo realmente, sin temores de ser ilegítimamente amenazada, impedida o perturbada de hacerlo y que, si ocurren hechos que vulneran ese atributo, pueda obtener su pronto remedio y sanción, sea obrando ex ante o ex post*”¹⁰⁸. A este respecto, nos parece acertada la definición que se da del concepto, pues, como se menciona más arriba, este abarca la debida protección que debe darse ante las posibles intromisiones y/o abusos de poder, ya sea, de parte de terceros, o de los propios órganos y funcionarios del estado.

Por otro lado, desde un punto de vista amplio, parte de la doctrina, entendiendo la importancia y relación directa que tiene el derecho con el óptimo desarrollo de la persona física y su voluntad, en un medio que no presente obstáculos en el actuar conforme a derecho, es que se le considera general y

¹⁰⁷ CEA EGAÑA, José Luis, “*Derecho constitucional chileno*”. Segunda edición, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2011, p. 257.

¹⁰⁸ *Ibíd.*

residual, es decir, este abarca en su redacción las demás expresiones de la libertad, presentes o no, en la redacción del texto constitucional. En este sentido, cabe citar al profesor Nogueira Alcalá, quien define el derecho de la siguiente manera *“se refiere a la libertad de la persona física en cuanto ser corporal en sí mismo, constituyendo un derecho matriz y residual, ya que protege las expresiones de libertad no asegurados específicamente por los demás derechos autónomos, posibilitando realizar todo aquello que es lícito; es el derecho de toda persona a que los poderes públicos y terceros no interfieran en la esfera de autonomía personal, vale decir, de disponer de su propia persona y de actuar determinado por la propia voluntad sin otras limitaciones que las que imponen el medio natural, los derechos de los demás y el ordenamiento constitucional”*¹⁰⁹.

Una visión apegada al texto constitucional es la que tiene Evans de la Cuadra, quién entiende por libertad personal y seguridad individual *“el derecho de toda persona de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, de trasladarse de un punto a otro y de entrar y salir del territorio nacional guardando las normas legales y protegida por ellas, cuidando de no vulnerarlos derechos de las demás personas”*¹¹⁰. En efecto, nada nuevo nos señala el autor respecto a lo que el texto constitucional establece, lo cual habla de la claridad conceptual con que se redactó el derecho por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, la que, sin obviar detalles, establece con precisión los ámbitos en que se despliega el derecho y los límites que a este le afectan. Sobre este último punto volveremos más adelante cuando tratemos precisamente la posibilidad que tiene el legislador de limitar los derechos fundamentales, en general, y, el derecho a la libertad personal y seguridad individual, en particular.

¹⁰⁹ NOGUEIRA, Humberto. *“La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico Chileno”*, *Revista de Derecho*, vol. 13, (2002): pp. 162.

¹¹⁰ EVANS de la CUADRA, Enrique. *“Los derechos constitucionales”*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 174.

Por último, la jurisprudencia ha seguido el concepto que comúnmente la ha tenido la Corte Suprema, entendiendo por libertad personal el derecho que tiene toda persona para residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse libremente y cuando lo desee de un punto a otro y de entrar y salir del territorio nacional, siempre que guarde para esto las normas legales vigentes. La seguridad individual, por su parte, se entiende como un concepto complementario del anterior que tiene por objeto rodear la garantía de la libertad personal de un conjunto de mecanismos tutelares que impidan su anulación como consecuencia de cualquier abuso de poder y/o arbitrariedad.

De la lectura de las definiciones dadas por la jurisprudencia y la doctrina obtenemos dos conclusiones importantes. En primer lugar, tenemos que, para algunos, como Nogueira, el derecho a la libertad personal y seguridad individual no sólo abarca la libertad de desplazamiento, sino también, otras expresiones de libertad relacionadas al ámbito de autodeterminación del ser humano, teniendo únicamente como límite aquello que es ilegal. Para otros, como Cea Egaña, en cambio, el derecho simplemente abarca el contenido literal de la norma constitucional, a saber, la libertad de desplazamiento y su protección. En segundo lugar, concluimos que el concepto de libertad que del texto constitucional podemos extraer, resulta del complemento entre las partes que lo componen, a saber, la libertad personal y las garantías tutelares, ya sea que se tome una visión restringida o amplia de la concepción de libertad personal.

Continuando con el análisis del derecho fundamental en cuestión, pasaremos ahora a abordar los preceptos del artículo 19 numeral 7 atinentes.

La letra (a): establece la relación existente entre la libertad personal y la libertad ambulatoria al determinar el contenido de esta última, la que abarca la posibilidad de movilizarse y residir libremente dentro y fuera del país. Por otro lado, se establece que este derecho no es ilimitado, pues se encuentra

supeditado a lo que la ley establezca y los derechos de terceras personas. En efecto, este precepto constitucional deja en claro que estamos ante un derecho limitado, cuestión que se profundiza en la siguiente letra del numeral en comento.

La letra (b): establece específicamente que toda limitación o restricción al derecho debe realizarse en los casos y la forma que la constitución y las leyes determinen. En este sentido, tenemos que, para realizar una limitación o restricción al derecho fundamental es requisito *sine qua non*, establecer, por parte del legislador (se establece una reserva legal), en primer lugar, los casos, es decir, las hipótesis o circunstancias fácticas de procedencia de la restricción o privación y, en segundo lugar, la forma, vale decir, el procedimiento o técnica utilizada al efecto. De esta interpretación, como se verá más adelante en profundidad, deviene una eventual antinomia respecto del precepto legal que establece el control preventivo de identidad. Lo anterior, en razón de que el mencionado procedimiento policial no establece caso alguno para llevar a cabo el control.

La letra (c): se presenta como una garantía que viene a reforzar las anteriormente analizadas, esto ya que establece específicamente la forma en que puede llevarse a cabo un arresto o detención, a saber, sólo mediante orden de un funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada de manera legal. Se establece, luego, al igual que en constituciones anteriores, la excepción a lo señalado anteriormente en caso de encontrarse a alguien flagrantemente cometiendo un delito, hecho que permite el arresto inmediato con el sólo objeto de ponerlo a disposición del juez competente.

La letra (d): establece, por su parte, los lugares en que puede llevarse a cabo un arresto, detención o prisión preventiva, a saber, en la propia casa del

sujeto o en lugares públicos destinados al efecto. Además, esta garantía establece, como forma de dar aplicación efectiva al recurso de Habeas Corpus, requisitos relacionados a dejar constancia de la identificación del sujeto, el lugar en que permanece y la orden que dio origen a la detención, arresto o prisión preventiva.

La letra (e): este precepto establece los casos o motivos en que, en el marco de un proceso penal, puede restringirse la libertad del individuo, lo cuales son la seguridad del ofendido o la sociedad y el carácter necesario de su presencia para garantizar la investigación.

Las demás garantías presentes en las letras siguientes, en razón del objeto, finalidad y alcance de la presente investigación, serán omitidas, bastándonos la lectura de la transcripción antes hecha de estas para la comprensión del derecho a la libertad personal y seguridad individual.

Hecho el estudio del derecho a la libertad personal y seguridad individual en nuestro ordenamiento constitucional, pasáramos en seguida al estudio de este en el bloque de constitucionalidad.

4.- La Libertad Personal y Seguridad Individual en el bloque de constitucionalidad.

Tal como se vio en el primer capítulo, la interpretación del inciso segundo del artículo quinto de la Carta Fundamental nos lleva a concluir que el Estado chileno no sólo cuenta con una regulación local de sus derechos fundamentales, sino que estos se complementan con los establecidos en Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile.

En efecto, el Estado chileno, mediante la reforma celebrada el año 1989 a la Carta Fundamental, además de reconocer como límite de la soberanía el respeto de los derechos esenciales del hombre, se compromete a respetar y

garantizar, no sólo los derechos humanos establecidos en la constitución, sino también, todos aquellos establecidos en los tratados internacionales (entre los cuales se encuentra la libertad personal y seguridad individual), e incluso, aquellos no establecidos positivamente, pero que, de igual forma, se obtienen de la naturaleza y dignidad humana. De lo enunciado anteriormente se derivan, según la doctrina, variadas consecuencias, de las cuales destacamos dos. En primer lugar, que la norma constitucional no es taxativa en proclamación de los derechos esenciales del hombre, en este sentido, cabe traer a colación lo señalado por Cumplido, para quién *“El enunciado de los derechos esenciales de la persona humana asegurados por la Constitución de 1980, no es taxativo, es decir, no sólo son tales los regulados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, sino todos los que sean necesarios para proteger la dignidad humana, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Art. 1º, incisos 1 y 4, Art. 5º inciso 2º, ambos Bases de la Institucionalidad y Art. 19 inciso 1 y N° 26”*¹¹¹.

En segundo lugar, se tiene como consecuencia jurídica, el hecho de que, al suscribir y ratificarse un tratado internacional en materia de derechos humanos, no pueden suprimirse estos ni menoscabarlos. Al respecto, citamos nuevamente a Cumplido, quien señala lo siguiente *“Habida cuenta que el Art. 5º de la Constitución establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, el poder constituyente derivado, el legislador, y el Presidente de la República y el Congreso Nacional al suscribir y ratificar un tratado, no pueden suprimir los derechos humanos garantizados, ni menoscabarlos”*¹¹².

¹¹¹ CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. *“La reforma constitucional de 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: sentido y alcance de la reforma, doctrina y jurisprudencia”*. En: *lus et Praxis* [en línea]. 2003, vol.9, n.1 [citado 2016-12-28], sp. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100018&lng=es&nrm=iso [Fecha consulta: 01 de enero de 2017].

¹¹² *Ibíd.*

Teniendo presente lo señalado anteriormente, respecto al artículo quinto inciso segundo de la Constitución y la fuerza vinculante de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, queda de manifiesto que estos no pueden ser obviados a la hora de realizar un estudio acabado respecto a la libertad personal y seguridad individual, en este sentido, en seguida se abordarán dos de los cuerpos normativos internacionales ratificados por Chile, que establecen, en su catálogo, derechos entre los cuales está la libertad personal y seguridad individual, a saber, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Civiles y Políticos.

4.1.- Convención Americana de Derechos Humanos¹¹³.

Este cuerpo legal (en adelante CAdDH), adoptado en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica, fue ratificado por nuestro país en el año 1991 mediante el decreto número 873, lo que convirtió a sus disposiciones en parte de nuestro ordenamiento jurídico junto con hacer vinculante la jurisdicción de la Corte Interamericana de Justicia al Estado chileno.

4.1.1.-Las obligaciones de los Estados en la Convención Americana y su contenido.

a.- Obligación de respetar y garantizar.

En primer lugar, tenemos las obligaciones de respetar y garantizar, presentes en el primer artículo de la Convención¹¹⁴.

¹¹³ Aprueba Convención Americana Sobre Derechos Humanos [en Línea]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16022>> [Fecha consulta: 17 de abril de 2018].

¹¹⁴ "Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

En cuanto a la primera obligación mencionada, esta “*exige que el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos establecidos en la convención*”¹¹⁵. En efecto, se trata de una obligación de abstención por parte del estado, es decir, el Estado parte renuncia a cualquier acción tendiente a menoscabar los derechos consagrados en la convención.

Respecto a la segunda obligación, a saber, la de garantizar, se refiere a asegurar el libre y pleno ejercicio y goce de los derechos. En efecto, se “*exige al Estado emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado estén en condiciones de ejercerlos y gozarlos*”¹¹⁶, es decir, además de una acción formal, de orden legal, el Estado debe asumir una actitud tendiente a materializar, en los hechos, el eficaz disfrute de los derechos humanos consagrados.

b.- Obligación de adoptar medidas.

La presente obligación, es establecida en el artículo 2 de la Convención¹¹⁷: Se presenta, como adicional y complementaria a las establecidas en el artículo primero de la Convención, esto, en razón de la importancia que estas tienen para la debida protección y garantía de los derechos humanos presentes en ella. En efecto, la obligación de adoptar

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

¹¹⁵ MEDINA, Cecilia. “*La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*”, ed. Mundo Gráfico, San José de Costa Rica, 2005, p. 16.

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ “Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

medidas, está dirigida a hacer más preciso y seguro el acatamiento de los derechos y libertades que la convención reconoce. Su sentido y alcance es depurar y precisar, haciendo más concluyente, inmediata y directa la posibilidad exigir el cumplimiento de tales obligaciones que complementa.

c.- Obligación de cooperar.

Esta obligación está presente en el artículo 41 letra d. y artículo 48 de la Convención¹¹⁸: Esta obligación plantea la necesidad de los órganos internacionales, de ser auxiliados por los Estados en su calidad de partes contrayentes del tratado, lo cual los obliga, además, a cumplir los tratados conforme al principio de la buena fe. En este sentido, *“la obligación de cooperar es, pues, clara e implica el proporcionar información oportuna, pertinente y veraz respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado o respecto de un hecho particular del que el órgano internacional esté conociendo”*¹¹⁹.

4.1.2.- La atribución de responsabilidad al estado.

A este respecto, se ha establecido que todo incumplimiento sustantivo de una obligación internacional, sea o no culpable o dolosa, provocada por acción u omisión de cualquier agente del Estado, genera la responsabilidad internacional de este último, lo que se traduce en la obligación de reparar íntegramente todo el perjuicio, tanto material como moral que el hecho haya causado¹²⁰. Se trata de una responsabilidad directa del Estado, respecto a la cual no cabe duda de la participación de un agente u órgano de este. Por otro

¹¹⁸ “Artículo 41. La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

d) Solicitar de los gobiernos de los Estados Miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos”.

¹¹⁹ MEDINA, Cecilia. “La Convención Americana: teoría y jurisprudencia”, ed. Mundo Gráfico, San José de Costa Rica, 2005, p 27.

¹²⁰ *Ibíd.* p. 28-29.

lado, la Corte también ha fallado en el sentido de atribuir responsabilidad en casos indirectos, por faltar el Estado en de la debida diligencia a la hora de prevenir la situación violatoria o abordar esta deficientemente conforme a lo establecido convención¹²¹.

4.1.3.- Restricciones admitidas.

Los estados, están autorizados a restringir los derechos humanos básicamente en razón de que se debe armonizar su ejercicio. Esto, a su vez, se debe a que el principal límite de los derechos está dado por el respeto de los derechos de todas las otras personas, obligando, de esta forma, a los estados, a buscar la manera de hacerlos coexistir en concordia. La posibilidad de restringir, sin embargo, no es discrecional para los estados, *“sino que está limitada por el derecho internacional, que exige el cumplimiento de ciertas condiciones, cuya ausencia transformaría la restricción en ilegítima y, por lo tanto, en violatoria de las obligaciones internacionales del Estado”*¹²². Estos requisitos se establecen en el artículo 30 de la Convención¹²³.

El primer requisito se refiere a que la restricción debe estar determinada por ley, concepto que implica cumplir con los requisitos formales y materiales en su dictación. En segundo lugar, se exige *“que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas establecidas en la Convención, ya sea como norma general o bien de manera específica para ciertos derechos”*¹²⁴. Comúnmente, se identifican con el interés de la seguridad nacional, la seguridad u orden públicos, la protección de la moral pública, etc.

¹²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Velázquez Rodríguez contra Honduras”, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 172.

¹²² MEDINA, Cecilia, “La Convención Americana: teoría y jurisprudencia” Óp. cit. p. 41.

¹²³ “Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

¹²⁴ MEDINA, Cecilia, “La Convención Americana: teoría y jurisprudencia” Óp. cit. p. 43.

Por último, se establece como requisito, en el sistema interamericano, que la restricción sea necesaria en una sociedad democrática. Este requisito se relaciona con la satisfacción de un interés público imperativo, debiendo escogerse, de entre todas las opciones, aquella que restrinja en menor escala el derecho, y que, por último, sea proporcional al interés que justifica la restricción, debiendo apegarse estrictamente al logro de ese legítimo objetivo¹²⁵

4.1.4.- Regulación del Derecho Fundamental a la Libertad Personal y Seguridad Individual.

El derecho a la libertad personal y seguridad individual, se encuentra regulado en dos artículos de la Convención, por un lado, en el artículo 7¹²⁶, y por otro, en el artículo 22¹²⁷.

¹²⁵ *Ibíd.* p. 45.

¹²⁶ “Artículo 7. Derecho a la libertad personal

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.*
2. *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*
3. *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*
4. *Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.*
5. *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparencia en el juicio.*
6. *Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.*
7. *Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios”.*

¹²⁷ “Artículo 22. 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.*

De estos preceptos se desprende, en primer lugar, que en ellos se regulan, dos conceptos distintos, a saber, el de “*libertad*” y el de “*seguridad*”. En cuanto al primer concepto, según una visión amplia de la doctrina, “*se asocia con la posibilidad de auto determinarse, es decir, de conducirse en la vida como a la persona le parezca, obviamente siempre que sus actos no afecten los derechos de terceros*”¹²⁸. En cuanto a la regulación en específico de la libertad personal, según la misma doctrina, se refiere sólo “*a la posibilidad de moverse en el espacio sin limitaciones*”¹²⁹, lo cual hace vincular el concepto a lo establecido en el artículo 22, en donde se establece en específico la libertad ambulatoria. Por otro lado, se señala que el derecho al que el artículo séptimo brinda protección “*se refiere principalmente al de no ser confinado a un espacio de tamaño relativamente pequeño, similar al de una cárcel*”¹³⁰, lo que no excluye cualquier otra privación mediante la detención en un espacio reducido.

Por su parte, el concepto de seguridad, a pesar de parecer relacionado al campo de la integridad personal, se observado que, al igual como ocurre en el orden constitucional nacional, este concepto complementa al de la libertad

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 reconocidos 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 el 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”.*

¹²⁸ MEDINA, Cecilia, “La Convención Americana: teoría y jurisprudencia” Óp. cit. p. 212.

¹²⁹ *Ibíd.* p. 213.

¹³⁰ *Ibíd.*

personal, en cuanto es la condición de protección legal respecto de esa libertad, siendo ambos conceptos dos caras de la misma moneda¹³¹.

Hecho estos alcances, respecto a los conceptos presentes en la regulación de la libertad personal en la Convención, es dable pasar a analizar los requisitos generales que se exigen para realizar toda privación de la libertad. En primer lugar, en el inciso segundo del artículo séptimo se establece que nadie puede ser privado de su libertad salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constitución o las leyes dictadas conforme a ella. En este sentido, la doctrina ha señalado que toda privación de la libertad debe obedecer a un criterio de legalidad, es decir, se requiere siempre que la privación provenga de normas con categoría de ley *“que regulen todo lo referente a la privación de libertad, desde las causales que la permitan hasta el procedimiento a que debe sujetarse la acción de privar de la libertad a una persona”*¹³². En efecto, se distingue un aspecto formal (el apego a los procedimientos de creación de la ley) de otro material (la regulación de los casos y procedimiento), al igual como lo establece la letra (b) del artículo 19 numeral 7 de nuestra constitución.

Por otro lado, de la atenta lectura del inciso tercero del artículo 7 de la Convención, se desprende el requisito denominado como ausencia de arbitrariedad, el que debe estar presente *“tanto en la ley que regula la privación de libertad como en la conducta de los agentes que la aplican”*¹³³. Cabe señalar, por último, que este concepto, según lo establecido en la discusión de la Convención, se equipara con elementos de injusticia, imprevisibilidad o falta de razonabilidad, entre otros conceptos similares¹³⁴.

¹³¹ J.E. Fawcett, *“The application of the European Convention on Human Rights”*. En: Claredon Press, 1987, p. 70.

¹³² MEDINA, Cecilia, *“La Convención Americana: teoría y jurisprudencia”*, Óp. cit. p. 219.

¹³³ *Ibíd.* p. 221.

¹³⁴ *Ibíd.* p. 222.

4.1.5. Interpretación de los tratados.

Las normas para la interpretación de los tratados están contenidas en la convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹³⁵. En efecto, el inciso primero del artículo 31 establece que:

“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Habida cuenta de lo establecido en el artículo antes transcrito, lo primero que debemos tener en cuenta, a la hora de llevar a cabo el proceso interpretativo del presente cuerpo normativo, es que, en razón de que el objeto y fin del tratado es la protección de los derechos humanos, la interpretación que se realice debe ser siempre pro persona, es decir, siguiendo lo señalado por Cecilia Medina, *“la formulación y alcance de los derechos debe interpretarse de una manera amplia, mientras que las restricciones a los mismos requieren una interpretación restrictiva (...) La interpretación pro persona es, así, una característica importante en la interpretación de las normas sobre derechos humanos, que constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento”*¹³⁶.

Un segundo aspecto, de gran relevancia respecto al proceso interpretativo, es que, el sistema de promoción y protección de los derechos humanos, es un conjunto de reglas y principios racionalmente enlazados entre sí, por lo que debe mirarse en su integridad para aplicar cualquier parte de él. Así, las diversas fuentes de derecho internacional se influyen recíprocamente, los principios generales de derecho, el derecho consuetudinario, los actos unilaterales de los estados y las resoluciones de las organizaciones

¹³⁵ Promulga la Convención Sobre el Derecho de los Tratados y su Anexo [en línea]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12889>> [Fecha consulta: 17 de abril de 2018].

¹³⁶ MEDINA, Cecilia, *“La Convención Americana: teoría y jurisprudencia”*, Óp. cit. p. 9.

internacionales complementan a los tratados y no es posible ignorarlos a la hora de interpretar un tratado internacional¹³⁷.

Por otro lado, así como las fuentes internacionales se influyen entre sí, también existe esa reciprocidad entre esas fuentes y las domesticas¹³⁸. A este respecto, no es posible obviar que los principios generales de derecho tienen su génesis en el derecho interno, y que, por lo tanto, pueden ser fuente y criterio orientador para una interpretación extensiva de los derechos humanos contenidos en normas internacionales¹³⁹.

Por último, cabe destacar la idea de integridad en el Sistema Interamericano, la que se ve formulada en las letras c y d del artículo 29 de la convención. A este respecto, la primera disposición que se menciona, establece la imposibilidad de interpretar cualquiera norma de la Convención en el sentido de que no se pueda, citando el mencionado precepto, “*excluír otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno*”. En efecto, según Medina, “*el sistema es un todo que sobrepasa la mera letra de la ley y debe tomar en cuenta todos los elementos que permiten dotar al derecho humano que se interpreta de eficacia*”¹⁴⁰. Esto último, reafirma la posición doctrinaria que señala que la convención y los demás tratados “*no conceden derechos humanos sino sólo los reconocen y que pueden existir derechos humanos que no han sido formalmente reconocidos en un cuerpo jurídico*”¹⁴¹

4.2.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴².

¹³⁷ *Ibíd.* p. 4.

¹³⁸ *Ibíd.* p. 5.

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ *Ibíd.* p. 6.

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [en línea]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15551>> [Fecha consulta: 18 de abril de 2018].

El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por resolución 2.200 el 16 de diciembre de 1966 fue suscrito por nuestro país en esta misma fecha, siendo ratificado por el decreto número 778 de 1989.

Este cuerpo normativo, al igual que el Pacto Interamericano estudiado más arriba, establece diversas obligaciones a los estados partes. En primer lugar, se establece, en el inciso primero del artículo número dos, la obligación de respetar y garantizar, a todas las personas sujetas a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto. Luego, en el inciso segundo del mismo precepto se establece la obligación de adoptar medidas. Por último, el numeral tercero establece la obligación de garantizar la interposición de recursos en caso de violación o atentado a algún derecho.

El artículo tercero, por su parte, establece la igualdad en el goce de los derechos, tanto para hombres como para mujeres, mientras que el artículo quinto se refiere, a la interpretación del tratado, proceso que, por un lado, no puede tender a la destrucción ni restricción de las libertades y derechos en mayor medida que la prevista por el mismo pacto, y por otro, no permite a los estados partes restringir ni menoscabar derechos fundamentales so pretexto de que el tratado no los reconoce o lo hace en menor medida.

Hechos estos alcances respecto al tratado, pasaremos al estudio de la regulación del derecho a la libertad personal.

Una primera referencia se encuentra en el artículo 8, en donde se proscribe la esclavitud y la trata de Blanca.

Más adelante en el artículo 9 y 12 se hace una referencia directa derecho que nos convoca¹⁴³.

De la lectura de estos artículos se desprende que, haciendo una analogía con nuestra legislación al respecto, el derecho a la libertad es considerada como un todo compuesto por dos conceptos unidos entre sí, la libertad personal, regulada en el artículo 12 y la seguridad individual, regulada dentro de las garantías al abuso de poder en el artículo 9.

Es dable señalar, además, que el Pacto señala cuales son los casos en que se admite la restricción a la libertad, a saber, sólo cuando esta sea compatible con los demás derechos reconocidos y provenga de una ley, en razón de la necesidad de proteger de seguridad nacional, el orden público, la salud o moral pública o los derechos de terceros.

¹⁴³ “Artículo 9.

1. *Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.*

2. *Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.*

3. *Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá ser 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 fuera ilegal.*

5. *Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.*

“Artículo 12

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 público, 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”.*

Capítulo III

El Control de Identidad

1.- Reseña Histórica.

En el año 2000, antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, en algunas regiones del país regía (y aún lo hace¹⁴⁴), un sistema de justicia criminal de corte inquisitivo¹⁴⁵, en donde era el juez quien llevaba a cabo la persecución penal acusando y luego juzgando. Este sistema, materializado en Código de Procedimiento Penal de 1906, lejos de responder a los modernos estándares del constitucionalismo de la post guerra y el derecho internacional de los derechos humanos (que establecen férreas garantías en favor de las personas frente al poder del Estado), presentaba diversas formas de atentados a los derechos y garantías establecidos por la constitución y las leyes en favor de las personas. En efecto, una de las formas más evidentes de transgresión al orden constitucional de 1980 correspondía al incumplimiento de lo ordenado por la constitución en el artículo 19 numeral 3 inciso 5°, en tanto un juez que acusa y juzga es por defecto imparcial, cuestión que no se condice con la mencionada garantía de debido proceso, que establece el deber, por parte del legislador, de *“establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento”*.

Con la vuelta de la democracia en nuestro sistema político se comenzaron a poner de relieve esta y otras incompatibilidades del sistema procesal inquisitorio respecto al orden constitucional, con lo que hizo necesario

¹⁴⁴ En razón del principio de irretroactividad de las leyes, respecto de los delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma (dependiendo de la región en que acaecieron los hechos constitutivos de delito) aún sigue aplicándose el antiguo sistema procesal penal (véase el artículo 4 transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del ministerio público, Ley N° 19.640 de 1999).

¹⁴⁵ HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. *“Derecho Procesal Penal Chileno”*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 17.

redactar reformas a las diversas instituciones que afectaban derechos y libertades propias de un estado de derecho respetuoso y garante de derechos fundamentales. En efecto, una de estas instituciones atentatoria de derechos y libertades era la denominada “*detención por sospecha*”, antecedente directo de los dos controles de identidad que hoy están vigentes en nuestra legislación, y que a continuación pasaremos a abordar.

1.1.- Detención por sospecha.

Este instituto procesal regulado en los derogados numerales 3° y 4° del artículo 260 del Código de Procedimiento Penal de 1906, presentaba la siguiente nomenclatura:

“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:

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

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”.

De la lectura del derogado precepto transcrito se desprende que esta institución correspondió a una medida cautelar que sirvió de herramienta a las policías para perseguir objetivos relacionados a la prevención del delito, esto basado en principios de orden y seguridad pública. Es decir, por medio de este se pretendió disminuir los niveles de delincuencia anticipándose al cometimiento de delitos. Sin embargo, esta finalidad se encontraba en directa contradicción con los efectos discriminatorios y arbitrarios de la norma, pues, el poder de discrecionalidad con el que contaban las policías los facultaba para

detener a alguien tan sólo por características y actitudes que hicieran presumir malas intenciones o malos designios en su persona¹⁴⁶. En efecto, la detención por sospecha hacía que en la mayoría de los casos “*personas sin trabajo u hogar estable, personas pidiendo limosna en las calles, alcohólicos, drogadictos, homosexuales, comerciantes ambulantes y el “delincuente habitual”, entre otros, podían ser sujetos al control policial. La detención en las comisarías o en las prisiones podía durar hasta 48 horas sin control judicial alguno. Dicha privación de libertad tenía como claro propósito remover de las calles a aquellos considerados como peligrosos o molestos para el resto de la sociedad*”¹⁴⁷.

Por último, cabe destacar, que la institución en comento era abiertamente atentatoria de derechos y principios fundamentales como la libertad personal y seguridad individual y la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal (artículo 19 n° 3)¹⁴⁸, cuestión que finalmente hizo que el precepto se derogara en 1998 pasando al moderno de control de identidad.

1.2.- Evolución del control de identidad de la Ley 19.567 del año 1998.

Tal como se señala más arriba, la detención por sospecha constituía una evidente violación a derechos y principios fundamentales constitucionalmente establecidos, con lo que la sociedad a través de diversas organizaciones exigió durante la década de 1990, a los gobiernos de la concertación, su pronta derogación. Sin embargo, no sería sino hasta 22 de junio de 1998 que, mediante la ley 19.567 se logró derogar la detención por sospecha y entro a regir el control de identidad incorporado en el artículo 260 bis del Código de

¹⁴⁶ BAYER, Paula. “*El control de identidad y las garantías de los ciudadanos*”, Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile [en línea]. Disponible en: <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjb573c/doc/fjb573c.pdf>> [Fecha consulta: 13 de abril de 2018]. p. 6.

¹⁴⁷ IRARRÁZABAL, Paz. “*Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad*”. En: *Polít. crim.* Vol. 10 (19), (2015): p. 237.

¹⁴⁸ BAYER, Paula. “*El control de identidad y las garantías de los ciudadanos*”. Óp. cit.

Procedimiento Penal, que sería reemplazado, a su vez, a la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal, por el moderno control del artículo 85 del código procesal penal. Horvitz describe lo anterior señalando que “*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*”¹⁴⁹

Ahora bien, respecto a las formas que fue adoptando este control de identidad es lo que pasaremos a estudiar. La primera forma de control de identidad tenía a grandes rasgos las siguientes características “*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*”¹⁵⁰. Se trata de un control basado fines represivos y preventivos¹⁵¹ que permitía realizar las diligencias sólo en caso de haber indicios 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. Luego, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal se estableció el límite de 4 horas para la diligencia y se estableció la posibilidad de identificarse por medio de huellas dactilares¹⁵².

Posteriormente, se promulgaron una serie de reformas al control de identidad que fueron progresivamente aumentando las facultades de las

¹⁴⁹ HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. “*Derecho Procesal Penal Chileno*”, Óp. cit. p. 380.

¹⁵⁰ MERINO, María, RAMOS, Cesar. “*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. Universidad de Chile. disponible en <http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-ramos_c/html/index-frames.html> [consulta: 16 de abril de 2017]. p. 144.

¹⁵¹ *Ibíd.* p. 209.

¹⁵² IRARRÁZABAL, Paz. “*Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad*”, Óp. cit. p. 240.

policías y mermando las garantías de los individuos. Estas reformas se fundaron en la percepción pública de inseguridad y el discurso político de la necesidad de combatir la delincuencia y restablecer la ley y el orden, los que, según quienes abogaban por las reformas, se habían debilitado por el nuevo sistema garantista¹⁵³.

En efecto, la primera reforma fue la del año 2002 por medio de la Ley 19.789, la que estableció principalmente tres cambios, a saber, *“se incorporaron las faltas y simple delitos entre los presupuestos para el ejercicio del control. En segundo lugar, se autorizó a la policía para registrar la ropa, equipaje y automóvil de la persona controlada. Finalmente, el límite para la realización del procedimiento aumentó a 6 horas”*¹⁵⁴.

La segunda reforma al control de identidad se realizó en el año 2004 por medio de la Ley 19.942, la que a grandes rasgos *“modificó la redacción de la disposición que establecía el control de identidad de manera de que se entendiera que el ejercicio del poder de control no era facultativo para la policía, sino que una obligación. También se estableció que cuando la persona se negaba a proveer su identificación, la policía podía arrestarla toda vez que se entendió que esta negación constituía una falta”*¹⁵⁵.

La reforma del 2008 establecida en la ley 20.253, por su parte, fue propugnada en un pánico moral sobre la criminalidad aún más grande que el que sustentó las anteriores reformas. En efecto, fueron tres los cambios establecidos:

“En primer lugar, se aumentó el tiempo que podía durar el procedimiento de control de identidad. En segundo lugar, se buscó clarificar la facultad de la policía para detener en el procedimiento a personas con órdenes de detención

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ *Ibíd.*

¹⁵⁵ *Ibíd.* pp. 240-241.

*pendiente o que fueran encontradas con objetos ilícitos. Finalmente, los parlamentarios agregaron la facultad de la policía para someter a control a aquellos que cubrieran su cara para ocultar su identidad*¹⁵⁶.

2.- Regulación actual en el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Cabe destacar que la propia ley 20.931 que establece el control preventivo de identidad, realizó una serie de reformas al control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, entre las cuales cabe destacar la modificación que se realiza en el inciso primero reemplazando la frase "existen indicios" por la expresión "exista algún indicio", lo que, en definitiva, amplía el margen para realizar el control, al mismo tiempo que disminuye el requisito legal para realizarlo, pasando de exigirse varios indicios, a sólo uno.

De la lectura de las reformas queda de manifiesto la constante intención del legislador de aumentar, de un lado los supuestos de procedencia, y por otro, las facultades de la policía a la hora de ejercer sus funciones y facultades relacionadas al control de la población, lo cual va en directo desmedro de las libertades y derechos fundamentales de las personas. La disputa entre los principios de orden y seguridad versus derechos y libertades ha mostrado últimamente una inclinación hacia los primeros, lo cual genera, a lo menos, inquietud entre quienes creen en el desarrollo de una democracia equilibrada y respetuosa de los derechos y principios que la fundan y permiten su existencia.

En efecto, *“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.*

¹⁵⁶ *Ibíd.* p. 241.

*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*¹⁵⁷.

2.1.- La función represivo preventiva.

Las funciones preventivas y represivas son las que originalmente el legislador tuvo en cuenta a la hora de elaborar la institución del control de identidad. En efecto, *“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”*¹⁵⁸.

Sin embargo, con las contantes reformas a la institución en comento, las funciones que en un principio se limitaban a cumplir con la finalidad de controlar la identidad de una persona fueron variando, agregándose algunas por adherencia. Ejemplo claro de lo que se expone en estos párrafos es el resultado de la implementación de la reforma de la Ley 19.789 que estableció la facultad de registrar las vestimentas, equipaje y vehículo. En efecto, esta facultad resulta ser enormemente más invasiva que un simple control de identidad que requiere sólo la identificación por medio de un instrumento público que acredite identidad, pasando, en este sentido, de una función represiva preventiva a una derechamente intrusiva del fuero interno o personal de toda persona.

El fenómeno que describimos resulta aún más intenso en lo que respecta al control preventivo de identidad, debido básicamente a la carencia de hipótesis en su ejercicio. Así las cosas, volveremos a tratar esta materia al analizar el control preventivo de identidad en el siguiente capítulo.

¹⁵⁷ MERINO, María, RAMOS, Cesar. *“Control de Identidad: aplicación diferenciada de la regulación del artículo 85 del Código Procesal Penal”*. Óp. cit. p. 210.

¹⁵⁸ *Ibíd.* p. 211.

3.- El control de identidad en el derecho comparado.

3.1.- Control preventivo de identidad en Alemania.

En primer lugar, es dable considerar que 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) y supuestos preventivos (orientados a la protección de la seguridad pública), diferenciando en el primer caso, la situación del sujeto sospechoso y la del no sospechoso*”¹⁵⁹. El primero de ellos, es decir, el control represivo, se trata, en definitiva, “*de la identificación de personas en el contexto de la comisión de un delito (por ellas u otros) (...) regulado en el Código Procesal Penal alemán*”¹⁶⁰.

Las medidas que establecen controles preventivos, por su parte, que son las que nos interesan, al contrario de los controles represivos de identidad, que se sistematizan en el Código Procesal Penal alemán, “*no tienen una regulación única, pues su lugar corresponde a la legislación de policía de cada uno de los Länder (Estados Federales), y a nivel federal, están reguladas en la Ley sobre protección de las fronteras federales*”¹⁶¹.

En cuanto a la finalidad de estas medidas preventivas “*se vincula al concepto de seguridad pública, concepto que junto al de orden público, forma*

¹⁵⁹ MERINO, María; RAMOS, Cesar. “Control de Identidad: aplicación diferenciada de la regulación del artículo 85 del Código Procesal Penal”. Óp. cit. p. 9.

¹⁶⁰ Informe de la Biblioteca del Congreso Nacional, visto en Informe de la Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento, Boletín 9036-07, sesiones celebradas los días 9 y 15 de octubre, 5 y 26 de noviembre y 3, 4, 9, 10 y 17 de diciembre de 2013. Informe recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modificaba la ley número 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, para establecer la medida de control preventivo de identidad. [en línea] <<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=16484&prmTIPO=INFORMEPLY>> [Fecha consulta: 13 de abril de 2018]. p. 4.

¹⁶¹ RAMOS, Cesar, MERINO, María. “Control de Identidad: aplicación diferenciada de la regulación del artículo 85 del Código Procesal Penal”. Óp. cit., p. 36.

parte de la “cláusula general de la policía”, que enuncia en términos genéricos su misión fundamental: 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)”¹⁶². Como se verá más adelante, las finalidades preventivas de orden público y seguridad son también el fundamento que se da por el gobierno y los legisladores nacionales para justificar la aplicación del control preventivo de identidad en nuestro país.

Respecto a los casos en que se permite la aplicación de las medidas preventivas tenemos que, en general, son los siguientes:

En primer lugar, se permiten *“para evitar un peligro (en algunos Länder para evitar, en casos individuales, peligro para la seguridad y el orden público, o para remediar una perturbación de la seguridad o del orden público)”¹⁶³, es decir, “cuando sea necesario para evitar que se realice una acción contraria a la seguridad pública (zur Abwehreiner Gefahr)”¹⁶⁴.*

En segundo lugar, *“en el caso de la legislación nacional y la de Länder con frontera hacia otros países: para evitar el ingreso ilícito al país (dentro de un determinado límite fronterizo), y para evitar la delincuencia transfronteriza (internacional). Por lo anterior, se permite el control de identidad en recintos y edificios del tránsito internacional, en autopistas transfronterizas y en otras rutas de mayor importancia para el tránsito internacional”¹⁶⁵.*

¹⁶² *Ibíd.* pp. 36-37.

¹⁶³ Informe de la Biblioteca del Congreso Nacional. *Óp. cit.* p. 4.

¹⁶⁴ RAMOS, Cesar, MERINO, María. *“Control de Identidad: aplicación diferenciada de la regulación del artículo 85 del Código Procesal Penal”*. *Óp. cit.*, p. 40.

¹⁶⁵ Informe de la Biblioteca del Congreso Nacional. *Óp. cit.* pp. 4-5.

En tercer lugar, se permiten las medidas “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 (...) se asocia al control preventivo en lugares peligrosos o de mala reputación”¹⁶⁶. En este sentido, dichas medidas constituyen “el fundamento legal de las redadas generales o razzia 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”¹⁶⁷.

Cabe destacar, respecto de este tipo de medidas, que “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”. En efecto, según Casal estas medidas “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”¹⁶⁸.

En cuarto lugar, tenemos que se permiten las diligencias “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

¹⁶⁶ RAMOS, Cesar, MERINO, María. “Control de Identidad: aplicación diferenciada de la regulación del artículo 85 del Código Procesal Penal”. Óp. cit., p. 40.

¹⁶⁷ *Ibíd.* pp. 40-41.

¹⁶⁸ CASAL, Jesús. “Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de investigación”. Ed. Edigrafos S.A, Madrid, 1998, p. 206.

*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*¹⁶⁹. Respecto de estos casos, según Casal, hay que considerar que su finalidad es la protección ante hechos terroristas, por lo que, la magnitud del peligro debe ser alta en comparación a los demás casos mencionados¹⁷⁰.

Tal como se verá más adelante, nuestra legislación se acerca considerablemente a los presupuestos y la justificación de los controles preventivos de los Länder.

3.2.- Control preventivo de identidad en España.

Al igual que Alemania, la legislación Española ha sido frecuentemente utilizada como referencia por el Congreso Nacional para formar las leyes que de este emanan. En este sentido, cabe tener en consideración lo que en la legislación del país europeo se establece respecto de las diligencias en estudio.

Las diligencias de control preventivo pueden hallarse, en esta legislación, en los siguientes cuerpos normativos.

En primer lugar, el Decreto 196/1976, de 6 de febrero, modificado por el Real Decreto 1245/1985 de 17 de Julio, que regula el Documento Nacional de Identidad español, en su artículo 12 dispone lo siguiente: *“Todas las personas obligadas a obtener el documento nacional de identidad lo están también a*

¹⁶⁹ MERINO, María; RAMOS, Cesar. *“Control de Identidad: aplicación diferenciada de la regulación del artículo 85 del Código Procesal Penal”*. Óp. cit., p. 42.

¹⁷⁰ CASAL, Jesús. *“Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de investigación”*. Óp. cit., p. 208.

exhibirlo, cuando fueren requeridas para ello por la autoridad o sus agentes, sin perjuicio de poder demostrar su identidad, por cualquier otro medio, si no lo llevaran consigo”.

En segundo lugar, tenemos la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC). Esta ley, en su artículo 20 establece 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 (...) podrán requerir, a quienes no pudieran ser identificados, a que les acompañaren a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible.

De la lectura de los preceptos transcritos podemos decir que el control de identidad en España establece un procedimiento *“preventivo e investigativo, en cumplimiento del ejercicio de las funciones de protección de la seguridad”* ¹⁷¹

En definitiva, al igual como ocurre con la legislación alemana, y como se verá enseguida, la legislación española presenta una evidente similitud a la norma de la ley 20.931 de nuestro ordenamiento, que establece en su artículo 12 un control preventivo de identidad.

¹⁷¹Informe de la Biblioteca del Congreso Nacional. Óp. cit. p. 15.

3.3.- Control preventivo de identidad en Perú.

La legislación peruana atingente, se encuentra regulada en su Nuevo Código Procesal Penal (NCP), en específico, en los artículos 205 y 206 del Capítulo II “*Sobre control de identidad y videovigilancia*” inserto en el Título III “*Relativo a búsqueda de pruebas y restricción de derechos*”. Respecto del artículo 205 denominado “Control de identidad policial” tenemos que preceptúa lo siguiente:

“1. La Policía, en el marco de sus funciones, sin necesidad de orden del Fiscal o del Juez, podrá requerir la identificación de cualquier persona y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, cuando considere que resulta necesario para prevenir un delito u obtener información útil para la averiguación de un hecho punible”.

Como principal rasgo del control de identidad del sistema peruano es posible señalar que el control es discrecional y procede tanto como medio de prevención y de investigación, ya que se autoriza cuando el policía considere que resulta necesario para prevenir un delito u obtener información útil.

Capítulo IV.

El control de identidad preventivo del artículo 12 de la ley 20.931 “Que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos”, como límite al principio de Libertad Personal y Seguridad Individual.

El presente capítulo, tiene por objeto abordar el control preventivo de identidad establecido en el artículo 12 de la ley 20.931 “*que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos*”. Ley que surge en el marco del Plan Nacional de Seguridad Pública y Prevención de la Violencia y el Delito, el cual lleva por nombre “*Seguridad para Todos*” de la Subsecretaría de Prevención del Delito, específicamente, concretando la prioridad n°8 del documento que consiste en reforzar la labor preventiva de la policía y la eficacia del sistema de persecución penal¹⁷². Respecto de este artículo 12, objeto de nuestro estudio, partiremos indagando en la historia de su discusión parlamentaria –historia de la ley-, para luego abordar sus características y finalizar con el análisis de su relación con el derecho fundamental de la libertad personal y seguridad individual. Para efectos de esto último, examinaremos las posibilidades que típicamente se tienen de limitar derechos fundamentales, para luego dar una respuesta lógica y acorde a nuestro ordenamiento respecto a si existe o no, una contradicción o colisión entre el control preventivo de identidad y derechos fundamentales como la libertad personal y seguridad individual, lo cual, en caso de darse una respuesta afirmativa, implicaría que la norma estudio padeciera de inconstitucionalidad, es decir, sería un precepto no acorde a nuestra carta fundamental ni a los principios que ordenan la creación e

¹⁷² Subsecretaría de Prevención del Delito. “*Plan Nacional de Seguridad Pública y Prevención de la Violencia y el Delito, Seguridad para Todos*”. Óp. cit.

integración de leyes a nuestro ordenamiento jurídico. A partir de lo anterior, surge la necesidad de indagar en la norma, especialmente en lo que respecta a su constitucionalidad, cuestión que será el eje principal de la investigación que se propone realizar en el presente capítulo.

1.- Historia de la ley.

1.1.- Mensaje Presidencial¹⁷³.

Vía mensaje presidencial, ingresó a la cámara de diputados, con fecha 27 de enero de 2015, el proyecto de ley *“que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal para dichos delitos”*. Una vez ingresado el proyecto de ley a la Cámara de Diputados, el ejecutivo propuso la incorporación de un artículo 9 al proyecto original, el cual establecía la facultad policial de controlar preventivamente la identidad de las personas.

1.2.- Comisión de Seguridad Ciudadana¹⁷⁴.

El artículo fue rechazado en la Cámara de Diputados, sin embargo, en términos similares, se incluyó por parte de los legisladores una indicación modificatoria del artículo 85 del Código Procesal Penal. La discusión que se dio respecto a esta indicación, que contenía la facultad de realizar controles preventivos de identidad, se puede dividir en dos posturas contrarias.

Por un lado, representa la postura a favor de la inclusión de dicha facultad la del Honorable Diputado Fuenzalida, quien señaló que con un control preventivo de identidad lo que se busca es *“cotejar órdenes de detención*

¹⁷³ Mensaje Presidencial. Número1167-362. Óp. Cit.

¹⁷⁴ Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana. Boletín 9885-07, Cámara de Diputados, legislatura 363ª, sesión 43ª, 02 de julio de 2015 [en línea]. Disponible en: <<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=17719&prmTIPO=INFORMEPLY>> [fecha consulta: 21 diciembre de 2016].

*pendientes (...) esta nueva facultad se explica en el contexto del rol preventivo de las policías en razón de las miles de órdenes de detención pendientes que existen en nuestro país*¹⁷⁵.

En un sentido contrario, el Honorable Diputado Soto, manifestó que “este nuevo artículo permitiría que Carabineros actuara indiscriminadamente”, pues, “no se establecen criterios objetivos ni patrones a seguir, a diferencia del actual artículo 85 (...) al hacer controles masivos se vulnerarán los derechos de todas aquellas personas que no tengan órdenes pendientes”¹⁷⁶. En efecto, esta opinión es común entre quienes consideran que un control preventivo de identidad es atentatorio de los derechos fundamentales de quienes circulen libremente sin cometer ilícitos.

Sometida a votación la indicación que proponía la incorporación del artículo 85 bis, esta se rechazó por unanimidad de los diputados presentes.

Una vez rechazada la propuesta, el ejecutivo, haciendo uso de sus facultades constitucionales, propuso a la Cámara de Diputados, la indicación que contenía una nueva versión del control preventivo de identidad contenido en el artículo 12 que finalmente se aprobó por unanimidad de los diputados presentes en una Comisión de Constitución.

1.3.- Informe de la Corte Suprema¹⁷⁷.

La de la Corte Suprema, por medio del oficio N° 102 -2015, de fecha 14 de septiembre de 2015, emitió las consideraciones que a continuación se exponen al control preventivo de identidad. Antes, sin embargo, es dable

¹⁷⁵ *Ibíd.*

¹⁷⁶ *Ibíd.*

¹⁷⁷ Informe de la Corte Suprema. Boletín número 9.885-07, Oficio número 102-2015, legislatura 363ª, Sesión 72ª, 14 de septiembre de 2015 [en línea]. Disponible en: <<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=20464&prmTIPO=OFICIOPLEY>> [Fecha consulta: 21 diciembre de 2016].

precisar que las opiniones que se dieron en la materia se hicieron a modo personal por el Presidente subrogante señor Juica y los ministros señores Künsemüller, Brito, Cerda y el suplente señor Miranda, y no en representación del pleno de la Corte.

A grandes rasgos, se señala por los jueces, que es una “*discutible técnica legislativa*”¹⁷⁸ y cuestionan el hecho de que no se incluyera directamente en el Código Procesal Penal. Además, señalan, “*posee los mismos defectos que la reforma al artículo 85, pero agravados, e implica un desmedro importante en las facultades de control de las policías*”¹⁷⁹. Por último, los jueces terminan sentenciando que “*cabría eliminar este control de identidad diferenciado, aunque manteniendo las importantes medidas de publicidad y reclamo que reglamenta*”¹⁸⁰.

1.4.- Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento¹⁸¹.

Respecto a las opiniones que se dieron en contexto de las sesiones celebradas por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento entre los argumentos a favor de la norma en estudio cabe destacar al ex Ministro del Interior y Seguridad Pública, señor Jorge Burgos, quien, señaló, de forma similar a otros intervinientes en el debate, que el control preventivo permitiría “*proveer de mayor seguridad a la ciudadanía (...) empleada con los mayores resguardos de los derechos y garantías de las personas que están*

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ *Ibíd.*

¹⁸⁰ *Ibíd.*

¹⁸¹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletín número 9885-07, legislatura 363ª sesiones celebradas los días 7, 13 y 20 de octubre y 10, 16 y 17 de noviembre de 2015 [en línea]. Disponible en: <<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=18238&prmTIPO=INFORMEPLY>> [Fecha consulta: 21 diciembre de 2016].

sujetas a control. (...) introduciendo elementos que aseguran la publicidad y transparencia de estos procedimientos”¹⁸².

En la postura contraria podemos citar la intervención del señor José Luis Torres, en aquel entonces jefe de la Unidad Jurídica del Instituto de Derechos Humanos, quien expuso *“que la fórmula elegida afecta el derecho a la libertad e integridad personal, no respeta el principio de no discriminación y se opone al criterio básico de que las afectaciones a derechos fundamentales que autorice el ordenamiento deben ser impuestas de forma progresiva y proporcional”¹⁸³*. Agregó, por último, que *“la regla sobre control preventivo de identidad (...) es un paso atrás en este camino, pues no se consideran elementos o criterios que permitan orientar a los funcionarios que van a revisar su práctica, ya que cuando se trata de restricción de derechos la discrecionalidad debe ser reducida”¹⁸⁴*.

Puesta en votación la idea de legislar el proyecto de ley, fue aprobada por la unanimidad de los miembros de la Comisión.

1.5.- Comisión mixta¹⁸⁵.

Aprobado por el Senado el proyecto que establecía el control preventivo de identidad y una vez devuelto a la cámara baja, se pasó a formar una Comisión Mixta en razón de salvar las diferencias. Al respecto cabe destacar las siguientes fundamentaciones de los votos a favor y en contra.

El Honorable diputado señor Soto, sostuvo, de forma similar a todos quienes estuvieron en contra del precepto, que este *“importa una posibilidad*

¹⁸² *Ibíd.*

¹⁸³ *Ibíd.*

¹⁸⁴ *Ibíd.*

¹⁸⁵ Informe de la Comisión Mixta. Boletín n° 9.885-07, Legislatura 364ª, Sesiones celebradas los días 4, 9 y 11 de mayo de 2016. Sala de la Comisión Mixta, a 12 de mayo de 2016. [En línea] <<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=18575&prmTIPO=INFORMEPLY>> [Fecha consulta: 21 diciembre de 2016].

grave y cierta de restringir la libertad ambulatoria de las personas, porque mientras se establecen condiciones que no son proporcionales, no se fija virtualmente ninguna limitación a la atribución que se le otorga a la policía (...) ello implica afectar un derecho en su esencia, por lo que la norma adolece de un problema de constitucionalidad”¹⁸⁶.

Por su parte, ilustrativamente entre quienes estuvieron a favor de la norma, el Honorable Diputado señor Ceroni, adujo que esta “*no coarta la libertad ambulatoria porque representa solamente un control de carácter momentáneo y no una restricción de cierta envergadura desde el punto de vista temporal*”¹⁸⁷.

1.6.- Respecto a lo señalado por el Tribunal Constitucional¹⁸⁸.

Cabe señalar, que la norma en estudio no fue sometida al control preventivo de constitucionalidad, por no considerarse dentro de las materias que el Constituyente ha reservado a una Ley Orgánica Constitucional. No obstante, existieron, dentro del Tribunal Constitucional, disidencias respecto a la constitucionalidad del control preventivo de identidad. Una de ellas fue la de inconstitucionalidad parcial, del Ministro señor Iván Aróstica, Ministra señora María Brahm, y, Ministros señores Cristián Letelier, y José Ignacio Vásquez, en razón de las siguientes consideraciones:

“1°. Que, enseguida, procede justificar la inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 12 del Proyecto, sólo respecto de la frase “en ningún caso podrá extenderse más allá de una hora”.

¹⁸⁶ *Ibíd.*

¹⁸⁷ *Ibíd.*

¹⁸⁸ Oficio del Tribunal Constitucional. Legislatura 364^a, oficio en sesión 35, 14 de junio de 2016 [en línea]. Disponible en: <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=21256&prmTIPO=OFICIOPLEY> [Fecha consulta: 14 de abril de 2018].

En efecto, el tiempo determinado de una hora, durante el cual se puede extender el procedimiento de verificación de identidad de una persona, resulta difuso y se presta para abusos, al punto que su aplicación puede dar como resultado -en la práctica- un evidente exceso, incluso gravemente lesivo para la libertad personal en los términos que asegura el artículo 19, N° 7, letra b), de la Carta Fundamental.

Como, asimismo, el lapso de una hora puede, en los hechos y según otros casos, resultar absolutamente insuficiente para el cumplimiento eficaz y efectivo de las labores policiales, lo que atentaría, esta vez, contra el deber del legislador de allanar el ejercicio legítimo de aquellos cometidos esenciales del Estado, aquí descritos en el artículo 101, inciso segundo, de la Constitución Política”¹⁸⁹;

Por último, existió una disidencia que consideró la Inconstitucionalidad de la totalidad de la norma del Ministro señor Nelson Pozo. En efecto, su fundamentación fue la siguiente:

“1°. El Artículo 12 del proyecto contiene una norma de carácter orgánico constitucional, según el artículo 105 de la Constitución, al entregar a los funcionarios de Carabineros y de la Policía de Investigaciones la facultad de “verificar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público, por cualquier medio de identificación”.

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

2°. Según el artículo 19, N° 7, letra b) de la Constitución, “[n]adie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la

¹⁸⁹ *Ibíd.*

forma determinados por la Constitución y las leyes”. De este modo, la afectación de la libertad personal, sólo puede tener lugar en las hipótesis expresamente determinadas por el legislador, impidiendo que sea el aplicador de la misma quien configure los supuestos de procedencia y las modalidades de las privaciones o restricciones de tal derecho.

3°. (...) El derecho a la presunción de inocencia constituye un derecho fundamental y básico, que a la vez es una norma procesal de imperativa observancia en todo procedimiento del que puedan derivarse resultados sancionatorios o limitativos de derechos para los ciudadanos.

6°. El control que plantea la norma introduce un nuevo mecanismo, distinto del regulado en artículo 85 del Código Procesal Penal, que no requiere que la persona ponga o pueda potencialmente poner en peligro la seguridad ciudadana para poder ejercer la atribución, quedando entregado a la discrecionalidad de los agentes de Carabineros y de la Policía de Investigaciones, razón por lo cual excede los límites constitucionales y conceptos ampliamente protegidos por nuestro orden constitucional y tratados internacionales suscritos por Chile tales como la presunción de inocencia y el principio de legalidad, entregando facultades desproporcionadas y arbitrarias a la policía”¹⁹⁰.

De la lectura de las opiniones surgidas a lo largo de todo el debate en torno al control preventivo de identidad y, en especial, de las disidencias del Tribunal Constitucionales, queda de manifiesto que la incorporación de una facultad como esta no es pacífica tanto en el mundo académico, judicial, legislativo, de gobierno o simplemente civil, pues existen diversos puntos de contacto entre la norma con principios y derechos fundamentales, cuya relevancia hace necesaria una verdadera y profunda revisión de todos los

¹⁹⁰ *Ibíd.*

aspectos que puedan operar de manera tal que resulten en una efectiva lesión de estos. Es por lo anterior que la presente investigación continúa, enseguida, indagando en el sentido y alcance de la norma, para, finalmente, culminar con el estudio de la constitucionalidad del precepto, es decir, el estudio su vinculación con principios y derechos fundamentales.

2.- El control preventivo de identidad.

Con fecha 24 de julio del año 2016 se promulga la ley número 20.931 que *“facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos”*, que en su artículo número 12, que reza de la siguiente manera:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De la lectura del precepto legal, se desprende, como primera característica de este, el fortalecimiento que se pretende dar a las funciones de orden y seguridad que tienen las policías en nuestro país. En este sentido, cabe traer a colación la definición de seguridad pública que nos entrega Nogueira, quien la considera como el *“conjunto de las actividades realizadas por las fuerzas policiales, tanto institucionales como asistenciales y administrativas”*¹⁹¹, es decir, son todas las actividades realizadas por las policías tendientes a garantizar, en definitiva, lo que en la doctrina se ha denominado, la seguridad ciudadana, concepto, que a su vez, se describe como *“la situación de seguridad pública, caracterizada por la protección de los derechos fundamentales de las personas, a través de la acción preventiva y represiva de la criminalidad desarrollada por la policía. La seguridad ciudadana se encuentra concretada cuando cada persona considera que no peligra su seguridad personal”*¹⁹². Por medio del precepto legal, se pretende, entonces, mejorar las herramientas con que cuentan las policías para mantener el orden, calma, y buen funcionamiento interno, para así garantizar el respeto del estado de derecho y por tanto la paz interior, cuestión que está establecida constitucionalmente en el inciso segundo del artículo 101 de la Carta Fundamental, en donde se justifica la existencia de las fuerzas de orden y seguridad en el sentido de que *“existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior”*. Lo anterior, se explica en el aumento paulatino que ha presentado la comisión de delitos de mayor connotación social y la victimización en la población. En efecto, en los antecedentes de la ley 20.931 se pone de manifiesto que *“el aumento de la actividad criminal y de la sensación de inseguridad por parte de*

¹⁹¹ NOGUEIRA, Humberto. *“La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno”*. Óp. cit., p 167.

¹⁹² *Ibíd.*

*la ciudadanía, medido a través de encuestas de victimización y tasas de denuncia hacen necesario combatir los delitos de mayor connotación social*¹⁹³.

En definitiva, la situación de inseguridad a la que se alude en el mensaje presidencial del proyecto, sumado a la alta cantidad de órdenes pendientes fue el principal argumento que utilizó el gobierno y los parlamentarios para impulsar la institución en comento. Esto, a su vez, conllevó a que surgiera el debate entre quienes consideraron la medida como una facultad necesaria para mejorar el rol preventivo de las policías y quienes consideraron que la protección de la seguridad y el orden, que se da con el control preventivo, resulta excesiva respecto al límite constitucionalmente permitido de principios y derechos fundamentales, tales como el principio de no discriminación, el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad personal y seguridad individual. En efecto, el debate parlamentario se puede resumir en posturas que abogaban por hacerse cargo de la sensación general de inseguridad en la población por medio del fortalecimiento o ampliación de las funciones de las policías y, por otro lado, posturas que consideraban que lo anterior debía hacerse con plena conciencia del estado democrático de derecho en que se circunscribe la medida, cuestión que implica poner en la balanza bienes jurídicos igual de importantes para la sana convivencia social y así evitar que exista un desequilibrio desproporcionado entre la protección de uno y el desmedro de otro.

Por otro lado, al incluir la frase “*En cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública*”, se otorgó un amplio margen de acción a las policías, pues ésta opera como la justificación del uso de la facultad en cualquier caso en que una persona mayor de 18 años se hallare en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público.

¹⁹³ Mensaje Presidencial. Número 1167-362. Óp. cit.

Una segunda característica que se desprende del precepto en estudio, es la doble regulación que se genera con el establecimiento de la norma, en efecto, nuestro Código Procesal Penal establece, en su artículo 85, la facultad de las policías de controlar la identidad de cualquier persona “*en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que exista algún indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta*”. La norma en estudio entonces, viene a legislar sobre una materia que ya estaba anteriormente regulada variando básicamente en un punto clave, a saber, la justificación causal del control. En efecto, el control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, requiere una justificación en algún indicio para su cometido, en cambio, en el caso del control preventivo de identidad, tal como su nombre lo indica, no se requiere justificación alguna dejando simplemente al arbitrio de las policías el uso de la facultad. Lo anterior, si bien no genera ningún problema en lo meramente abstracto, en la práctica resulta difícil diferenciar claramente en qué casos las policías actuarán bajo el control preventivo o en el control del artículo 85, esto se da básicamente ya que quedará al arbitrio del policía determinar cuál facultad ocupar para llevar a cabo exactamente la misma diligencia.

Un tercer rasgo del precepto legal es que, al igual como lo hace el artículo 85 del Código Procesal, la identificación únicamente procede sobre mayores de 18 años, agregando, además, que en caso de duda respecto a la edad del sujeto se presumirá siempre la calidad de menor de edad. A este respecto, es dable destacar la libertad con la que cuenta carabineros para decidir si alguien puede ser objeto del control de identidad, pues, en la práctica, es su propio arbitrio y nada más que eso es lo que determinará si alguien merece someterse al control, es su intuición la que aportará la idea de que alguien es mayor o menor de edad, cuestión que es, al menos, discutible en el marco de un estado de derecho, que, como regla básica, debe tender a la

certeza jurídica y no a la incertidumbre, como es el caso del control preventivo de identidad.

Como cuarta característica, tenemos que el control preventivo identifica claramente los espacios en que este puede realizarse, a saber, *“en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público”*. Es decir, en general, los únicos lugares que quedan excluidos de la implementación del control son los lugares privados, siempre que no sean de acceso al público.

Un quinto rasgo de este procedimiento, se refiere a los medios a través de los cuales se puede llevar a cabo. Al respecto, se establece en la ley 20.931 que el control se podrá realizar *“por cualquier medio de identificación, tal como cédula de identidad, licencia de conducir, pasaporte o tarjeta estudiantil o utilizando, el funcionario policial o la persona requerida, cualquier dispositivo tecnológico idóneo para tal efecto, debiendo siempre otorgarse las facilidades necesarias para su adecuado cumplimiento”*. En este sentido, los medios son casi los mismos de los del artículo 85 del Código Procesal, variando en un elemento clave para quienes abogaban por la instauración de esta nueva facultad, a saber, el dispositivo electrónico. En efecto, este instrumento posibilita la identificación en el lugar del control en caso de no contar la persona con documentos que acrediten su identidad en ese momento. En concepto de los detractores, sin embargo, si bien este medio facilita la labor del control, impidiendo que sea necesario conducir a la persona sujeta al control a la comisaría más cercana, esta última situación sería insalvable en los lugares en que las dotaciones policiales no cuenten con tal dispositivo, pues es de público conocimiento que las instituciones policiales carecen de medios para dotar a cada policía con tal instrumento.

Como sexto rasgo, tenemos la duración del procedimiento, el cual no podrá extenderse por más de una hora y deberá ajustarse a los fines del control, vale decir las funciones de orden y seguridad de las policías. Tal como se vio en un voto disidente del Tribunal Constitucional, este aspecto es clave para establecer la inconstitucionalidad del control preventivo de identidad, pues, su duración resulta difusa y se presta para abusos, al punto que su aplicación puede dar como resultado un evidente exceso, gravemente lesivo para el derecho a la libertad personal y seguridad individual.

Por otro lado, se establece que en cualquier caso (no señala ninguno en específico a modo de ilustración) en que no fuere posible verificar la identidad de la persona en el mismo lugar en que se encontrare el funcionario deberá poner término de inmediato al procedimiento. Lo señalado ahora último resulta de toda lógica, pues respecto de la persona sujeta al control no se tiene ningún indicio de que tenga relación con un hecho delictual – de lo contrario el policía actuaría haciendo uso de la facultad del artículo 85 del Código Procesal Penal-. Sin embargo, esta garantía básica, presente en el precepto en estudio, se desvirtúa en el inciso inmediatamente siguiente, pues establece que *“Si la persona se negare a acreditar su identidad, ocultare su verdadera identidad o proporcionare una identidad falsa, se sancionará según lo dispuesto en el número 5 del artículo 496 del Código Penal en relación con el artículo 134 del Código Procesal Penal”*, es decir, si la policía considera que la persona está negándose a dar su identidad o simplemente está dando una falsa podrá detenerse para efectos de efectuar la citación en la comisaría.

Una séptima característica, que encontramos del análisis del control preventivo de identidad, es la facultad que tienen las policías de proceder a la detención de quién sorprendan con órdenes de detención pendientes, lo cual no es ninguna novedad puesto que es deber de las policías detener a quienes estén bajo esa condición según el artículo 129 del Código Procesal Penal.

Como octava característica, tenemos la obligación que se establece a las policías de identificarse y de respetar la igualdad de trato y no discriminación arbitraria. Respecto de esto, es dable destacar la importancia de la igualdad en todo procedimiento puesto que este es un valor fundamental en nuestro ordenamiento que debe respetarse siempre y en todo momento, sin embargo, tal como se expone en el apartado que aborda la historia de la ley, existe desconfianza por parte de parlamentarios e invitados a las sesiones, respecto a que la aplicación del control no conlleve a abusos que impliquen un trato discriminatorio hacia las personas en razón de su condición social, raza o edad.

En noveno lugar, se establece la responsabilidad administrativa en caso de trato denigratorio o abusos a la persona sometida al procedimiento, cuestión que viene a complementar la responsabilidad penal en tal caso. Esta medida, que viene a ser una de las salvaguardias respecto a la posible aplicación abusiva o denigratoria del control, fue uno de los principales argumentos que se dieron por los promovedores de la iniciativa para aseverar que el control no traería, o lo haría en baja cantidad, situaciones denigrantes para la población. Sin embargo, como veremos más adelante, esta medida y las que se verán enseguida, son insuficientes por cuanto actúan con posterioridad a la lesión de los derechos fundamentales y no antes que estas se produzcan.

En décimo lugar, se establece la obligación por parte de las policías, de elaborar un procedimiento estandarizado de reclamo a favor de quienes se sientan afectados por las razones expuestas en el párrafo anterior. Al igual que la medida del párrafo anterior esta salvaguardia se consideró como un método eficaz para disuadir a las policías de un uso abusivo de la facultad, sin embargo, en concepto de los detractores, en razón de una mayor objetividad en el procedimiento y sus efectos, este debió ser elaborado y supervisado por un ente ajeno a las policías, por otro lado, se aplican las mismas críticas hechas en el párrafo anterior a las medidas de responsabilidad del control preventivo.

Como última característica, se encuentra el deber trimestral de entregar información por parte de las policías al Ministerio del Interior y Seguridad Pública sobre los antecedentes que les sean requeridos por este último, para conocer la aplicación práctica que ha tenido la facultad. Además, se establece el deber del Ministerio del Interior y Seguridad Pública de publicar en su página web la estadística trimestral de la aplicación de la misma. En definitiva, lo que se busca es transparentar la efectividad del control y al mismo tiempo tener datos concretos para mejorar la actividad preventiva de las policías.

3.- De las limitaciones a los Derechos Fundamentales.

En la teoría de los derechos Fundamentales, abordar el tema de las limitaciones a los Derechos Fundamentales, tiene que ver, según la doctrina, con *“el problema de la fuerza vinculante de los enunciados constitucionales, toda vez que, consagrados éstos por el texto constitucional, cabe preguntarse en qué medida es admisible introducir limitaciones en posiciones subjetivas que han sido proclamadas al máximo nivel normativo, más aún si, como ha quedado antes indicado en frase ya tópica, tales derechos condensan los supremos valores de la comunidad”*¹⁹⁴. En efecto, la problemática de establecer límites adecuados a principios y valores tan valiosos para la sociedad, ha devenido en posturas extremas que, desde una óptica iusnaturalista, establecen la imposibilidad total de limitar ciertos los derechos fundamentales, es decir, los consideran absolutos e ilimitados *“vinculando ese pretendido carácter absoluto a su condición de facultades preestatales que el orden jurídico se limita a reconocer y a conformar como derechos, pero en ningún caso con posibilidades de limitarlos”*¹⁹⁵. Estas teorías, sin embargo, son rechazadas por la mayoría de la doctrina actual en razón de su insuficiencia respecto a los sistemas constitucionales que reinan en los sistemas de occidente, en donde la corriente

¹⁹⁴ AGUILAR DE LUQUE, Luis, *“Los límites de los derechos fundamentales”*. En: Revista de estudios Constitucionales, enero-abril año 1993, (14), p. 11.

¹⁹⁵ *Ibíd.*

más aceptada es que estos derechos no son absolutos y por tanto puede limitárseles. En este sentido, son pertinentes las palabras de Aguilar de Luque, quien considera que la consagración constitucional de un derecho *“no es la mera formalización de unas presuntas facultades naturales del hombre, como tampoco representa una mera definición de un ámbito de agerelicere, para lo que bastaría con una remisión genérica al principio general de libertad del ser humano (...) más allá de eso, la consagración constitucional de un derecho implica la inserción de esas posiciones subjetivas en la norma jurídica fundamental dotándola de unidad de sentido, lo que comporta unas consecuencias favorables a la plenitud de éstos (...), pero también los relativiza en la medida en que los incorpora al ordenamiento”*¹⁹⁶.

En la misma línea, la doctrina nacional señala que *“los Derechos Fundamentales si bien no deben ser condicionados en cuanto a su ejercicio, están sujetos a límites, explícitos o no (...), el ejercicio (por lo tanto) de los derechos fundamentales se encuentra restringido por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad (...) se vincula con un reforzamiento de las garantías de una existencia plena, pacífica y respetuosa por los derechos y la dignidad humana”*¹⁹⁷. En efecto, resulta claro que los derechos fundamentales, al igual como sucede en todo el ordenamiento jurídico, deben convivir con normas de igual rango, lo que va a producir inevitablemente ciertos puntos de contacto, que a su vez deben ser morigerados por medio de una correcta adecuación del ejercicio de estos por sus titulares, para evitar de esta forma, eventuales situaciones de detrimento injustificado, cuestión que en definitiva, es lo que se pretende evitar con la creación del estado de derecho en las sociedades modernas. En este sentido, estas limitaciones deben estar

¹⁹⁶ *Ibíd.* p. 12.

¹⁹⁷ TÓRTORA, Hugo, *“Las limitaciones a los derechos fundamentales”*. *En: Estudios constitucionales*, año 8, (2), (2010): pp., 168.

expresadas de forma tal que su comprensión resulte sencilla, asegurando así una adecuada convivencia entre los titulares de los derechos.

Sumado a la anterior justificación jurídica de la limitación de los derechos fundamentales, importantes instrumentos supranacionales admiten la posibilidad de que los derechos humanos puedan ser limitados. En efecto, el artículo 29.2 de la Declaración de la ONU, establece que *“en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”*. Por otro lado, tenemos el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el que en su artículo 18 señala que *“Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual hayan sido previstas”*, es decir, por un lado admite que los derechos puedan ser limitados por la convención pero, por otro, establece la regla clara de que no puedan ser aplicadas tales limitaciones más que con la finalidad para la cual fueron creadas.

Finalmente, habida cuenta de la necesidad de los órdenes constitucionales de establecer límites claros a los derechos, para garantizar, así, una convivencia adecuada entre sus titulares, sumado a la práctica internacional de establecer límites en sus declaraciones, seguiremos el estudio teniendo como referencia las definiciones que a continuación nos entrega la doctrina respecto a las limitaciones a los derechos fundamentales. En primer lugar, citamos al autor nacional Tórtora, para quien las limitaciones son *“aquellas restricciones al ejercicio de un determinado derecho básico, de manera tal que toda pretensión de ejercicio del atributo respectivo que vulnere los límites impuestos por las mismas, es por esencia antijurídica y puede derivar*

*para el titular infractor, en las responsabilidades que, para tal efecto, prevea el ordenamiento jurídico positivo*¹⁹⁸. Otra definición atingente, es la que nos da el español Aguilar de Luque, quien, de una manera general y omnicomprensiva, alude por tal a *“toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados derechos (fundamentales)”*¹⁹⁹.

3.1.- Limitaciones de derecho. Clasificación²⁰⁰.

3.1.1.- Limitaciones según la circunstancia en que opera.

Las limitaciones pueden ser ordinarias o extraordinarias. En nuestro ordenamiento Constitucional, las primeras se refieren a aquellas que operan tanto en situaciones de normalidad constitucional como de excepción constitucional, pues no se hace diferencia al respecto en su proclamación. Dentro de estas limitaciones, podemos citar como ejemplo el artículo 19 de la Constitución en varios de sus numerales. Así, por nombrar alguno, en el numeral 6º, que establece la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos, se limita en el sentido de que su ejercicio no se oponga a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

Las limitaciones extraordinarias, en cambio, se refieren a aquellas que operan en situaciones de excepción constitucional, es decir, aquellos estados *“que se producen sólo durante circunstancias de emergencia social o institucional”*²⁰¹ regulados en los artículos 39 a 45 de nuestra Carta Fundamental, y en específico, en el artículo 43, donde se regulan las

¹⁹⁸ *Ibíd.* p. 169.

¹⁹⁹ AGUILAR DE LUQUE, Luis. *“Los límites de los derechos fundamentales”*. *Óp. cit.*, p. 10.

²⁰⁰ TÓRTORA, Hugo. *“Las limitaciones a los derechos fundamentales”*. *Óp. cit.*, pp.169-177.

²⁰¹ *Ibíd.* p 170.

limitaciones que le son posibles de aplicar al Presidente de la República para cada estado de excepción.

3.1.2.- Limitaciones según su origen.

Según el origen del que proceden las limitaciones, es posible distinguir, según Tórtora, tres tipos, a saber, las *“que nacen del respeto por los derechos de las demás personas, (...) las limitaciones de origen material y (...) las limitaciones de origen positivo”*²⁰².

Respecto a la primera categoría, el mismo autor, señala que esta *“se refiere a aquellas restricciones que nacen del respeto por los derechos fundamentales de los demás sujetos, vale decir, de los demás miembros de la comunidad, circunstancia que impide a cada titular utilizar su derecho en perjuicio de otro (...) involucra el cumplimiento del bien común”*²⁰³. En efecto, esta limitación se encuentra consagrada en sendos catálogos o declaraciones de derecho internacional de los derechos humanos, tales como el artículo 32.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en donde se establece que *“Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”*. También, la encontramos en el artículo 4º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el cual reza de la siguiente forma *“La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro. Así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los restantes miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden estar establecidos por ley”*.

²⁰² *Ibíd.* p. 173.

²⁰³ *Ibíd.*

Lo que subyace, en definitiva, respecto a esta limitación, es la dignidad humana, pues como bien lo expresa Tórtora *“preferir los derechos de uno en desmedro de los de otro, va a significar que se privilegia la dignidad de una persona en desmedro de los de otro ser humano, lo que atenta, en definitiva, no sólo en contra de la razón sino que sobre todo, en contra de las bases mismas de la teoría de los derechos humanos”*²⁰⁴

La segunda categoría en estudio, es decir, las limitaciones materiales o físicas, *“tienen que ver con las reales posibilidades del Estado, directamente o a través de instituciones privadas que en virtud del principio de subsidiariedad colaboran con el mismo fin (AFP, Isapres, etc.), para responder a determinado derechos llamados “prestacionales” o “de la segunda generación”*²⁰⁵, es decir, aquellos derechos económicos y sociales que *“exigen condiciones suficientes que permitan satisfacerlos razonablemente, de tal modo que la ausencia del referido contexto real significa, en la práctica, una verdadera limitación al ejercicio del derecho en cuestión”*²⁰⁶.

Por último, tenemos la categoría de limitaciones establecidas positivamente por los ordenamientos jurídicos, es decir, aquellas que *“para invocarlas, basta citar algún precepto constitucional o legal para poder recurrir a ellas”*²⁰⁷. Respecto a esta categoría, típicamente se señala que *“en el plano interno, sólo la Constitución puede permitir la imposición de limitaciones a los derechos”*²⁰⁸, es decir, únicamente la constitución puede limitar derechos fundamentales, lo cual se da en la práctica ya sea por normas que expresen limitaciones en su propia redacción, o sea, normas de rango constitucional, o por delegaciones a otros órganos del Estado, es decir, cláusulas de reserva explícita dirigidas a estos últimos.

²⁰⁴ *Ibíd.*

²⁰⁵ *Ibíd.* p. 174.

²⁰⁶ *Ibíd.*

²⁰⁷ *Ibíd.* p. 175.

²⁰⁸ *Ibíd.* p. 176.

3.2.- Condiciones para limitar Derechos Fundamentales²⁰⁹.

A este respecto, cabe aclarar que las condiciones que aquí se tratan, simplemente se refieren a las limitaciones positivamente establecidas²¹⁰.

3.2.1.- Condición competencial.

Esta condición se relaciona al carácter de normas competenciales que se ha asignado a los derechos fundamentales, es decir, el carácter de normas limitadoras del poder del estado, que se refiere a que *“en el plano interno, es materia de dominio constitucional el establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales”*²¹¹. Por lo anterior *“el legislador u otra autoridad sólo podrán proceder a limitar un derecho fundamental, cuando previamente haya sido constitucionalmente habilitado para ello”*²¹².

En efecto, nuestra Carta fundamental, en cumplimiento del principio de supremacía consagrado en su artículo 6º, establece en su artículo 19 número 26, que la posibilidad de limitar garantías fundamentales, por medio de preceptos legales, sólo procederá cuando así lo haya autorizado esta. Más adelante, volveremos sobre esta última materia cuando nos refiramos al contenido esencial que debe respetarse respecto de cada derecho fundamental.

3.2.2.- Condición internacional.

Esta condición, por su parte, dice relación al respeto de lo estudiado en el primer capítulo de la presente investigación, a saber, el bloque de constitucionalidad, concepto que, tal como se dijo más arriba, implica, según lo preceptuado en los artículos número 1º, incisos 1 y 4, artículo 5º inciso 2º, ambos Bases de la Institucionalidad y artículo 19 inciso 1º y número 26 de

²⁰⁹ *Ibíd.* p. 177.

²¹⁰ *Ibíd.*

²¹¹ *Ibíd.*

²¹² *Ibíd.*

nuestra Carta Fundamental, que todos los órganos del estado deben someter su actuación a una debida protección y respeto de una verdadera constitución de derechos fundamentales, compuesta por todos los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, es decir, los derechos de nacionalidad y ciudadanía, aquellos que contempla el capítulo III de nuestra Carta Magna, otras prerrogativas de las que goza el ciudadano contempladas en otros capítulos, y los derechos que aseguran fuentes del derecho internacional, como los tratados, la costumbre internacional y las normas de *iuscogens*.

En este sentido, toda limitación a los derechos fundamentales establecidos en el orden interno, debe hacerse sin perder de vista lo que la constitución y dichos elementos internacionales establecen al respecto, puesto que una vulneración de estos implicaría una falta por parte del Estado, a los compromisos adquiridos en favor de los derechos de las personas, cuestión que, en definitiva, lo hace responsable ante la comunidad internacional.

En efecto, las obligaciones adquiridas por nuestro país en materia de derechos humanos implican que “*el derecho internacional restringe la potestad normativa de los órganos nacionales, al menos en cuatro sentidos: el derecho nacional no podrá limitar un derecho cuya restricción esté prohibida en el derecho internacional, ni tampoco en casos o hipótesis diferentes, o en una medida mayor, o de un modo distinto al establecido en el derecho internacional*”²¹³.

3.2.3.- Condición material o de contenido esencial.

Este tercer aspecto a considerar, se encuentra regulado en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 19 número 26, cuya nomenclatura es la siguiente: “*La Constitución asegura a todas las personas: 26. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o*

²¹³ *Ibíd.* p. 181.

complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

A este respecto, la doctrina ha distinguido entre el núcleo propio, único y fundamental²¹⁴ de cada derecho y un sustento genérico de todos los derechos²¹⁵, el que es identificado como la dignidad humana por prácticamente toda la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional. Así, desde un punto de vista filosófico y de la ciencia del derecho, Nogueira señala, al abordar las características de los derechos fundamentales, que *“todo el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario internacional se basan en la dignidad intrínseca de la persona humana y la protección de los derechos que de ella derivan”*²¹⁶. En este mismo sentido, señala el autor que *“El Estado constitucional y democrático de derecho implica que todo el Estado y sus diferentes organismos e instituciones se constituyen en función de la dignidad de la persona, el pleno desarrollo de sus derechos fundamentales y el bien común”*²¹⁷.

En la misma línea anterior, la dignidad humana se entiende como fundamento de los derechos fundamentales en prácticamente todos los instrumentos nacionales e internacionales de occidente, lo cual se expresa nítidamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas (1948) *“la primera en la historia de la humanidad que teniendo como fundamento la dignidad de la persona humana fue elaborada y aprobada con un alcance y validez universal”*²¹⁸. En efecto, esta declaración, en el considerando 1º de su preámbulo, destaca que *“la libertad, la justicia y la paz en el mundo*

²¹⁴ *Ibíd.* p. 184.

²¹⁵ *Ibíd.*

²¹⁶ NOGUEIRA, Humberto, *“Teoría y dogmática de los derechos fundamentales”*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 73.

²¹⁷ *Ibíd.* pp. 72-73.

²¹⁸ *Ibíd.* p. 6.

tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". Más adelante, el mismo cuerpo de derecho internacional de los derechos humanos, prescribe en su artículo 1º que: *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos"*.

Nuestro ordenamiento Constitucional, en la misma línea que Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas establece en su artículo 1º que *"Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos" es decir, "nuestra Constitución reconoce derechos anteriores y preexistentes a la existencia de la norma jurídica, ya que los derechos son inherentes a la naturaleza humana y a la dignidad de la persona humana"*²¹⁹, en este sentido, *"la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales establecen los valores esenciales en que se cimenta el consenso de la sociedad y legitiman el Estado, además de las garantías básicas para el desarrollo de la República democrática y del Estado de derecho"*²²⁰.

Finalmente podemos concluir con Nogueira en el sentido de que *"dada la primicia de la dignidad de la persona sobre los derechos, debe rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella. La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales"*²²¹.

3.2.4.- Condición lógica.

Esta última condición, según señala Tórtora, significa que *"las limitaciones efectuadas a los derechos esenciales deberán ser debidamente justificadas y proporcionales"*²²². Que sean justificadas, por una parte, significa

²¹⁹ *Ibíd.* p. 94.

²²⁰ *Ibíd.* p. 81.

²²¹ *Ibíd.* p. 75.

²²² TÓRTORA, Hugo. *"Las limitaciones a los derechos fundamentales"*. Óp. cit., p. 185.

que “deben tener una causa o motivo jurídico completo, susceptible de ser comprendido y, por lo mismo, de ser revisado. A su vez deben ser razonadas y razonables, y en ningún caso, arbitrarias o caprichosas (...) la necesidad de justificar las limitaciones a los derechos emana como consecuencia de la circunstancia que ellas son por naturaleza excepcionales, y para que sean válidas deberán estar amparadas en criterios de razonabilidad”²²³. Por otro lado, que sean proporcionales “significa que las restricciones deben ser adecuadas (...) supone que el daño o deterioro que se produzca al ejercicio del derecho sea el mínimo en relación en consideración al fin buscado”²²⁴

4.- Limitaciones fácticas a los Derechos Fundamentales.

4.1.- Concepto de limitación fáctica a los Derechos Fundamentales.

Este tipo de restricciones a los derechos fundamentales, son, según Tórtora, “efectivamente limitaciones a los derechos fundamentales, toda vez que significan una restricción, un impedimento para el ejercicio de los mismos (...) se trata de limitaciones fácticas. Esta denominación quiere decir genéticamente que no son constitucionales, toda vez que no tienen su origen directa ni indirectamente en la Carta fundamental”²²⁵, en este sentido, siguiendo la definición del mismo autor, tenemos que estas son definidas como “todas aquellas restricciones a los derechos fundamentales de las personas que, si bien no cumplen con las condiciones que deben revestir para su validez, igualmente son establecidas o aceptadas como formalmente legítimas por los Órganos de un Estado”²²⁶.

4.2.- Requisitos de existencia.

²²³ *Ibíd.* p. 185-186.

²²⁴ *Ibíd.* p. 186.

²²⁵ *Ibíd.* p. 188-189.

²²⁶ *Ibíd.* p. 188.

Los requisitos que la doctrina ha dado al respecto son los que siguen:

En primer lugar, debe *“existir un derecho fundamental, protegido por el ordenamiento jurídico (...) debe existir, además, la pretensión de una o más personas en orden a querer ejercer un determinado derecho esencial”*²²⁷

En segundo lugar, se establece que *“debe existir una limitación real al referido derecho, impidiendo al titular el ejercicio de la facultad, en un caso determinado”*²²⁸.

En tercer lugar, *“en la referida restricción debe faltar alguna de las condiciones para que esta sea válida”*²²⁹, es decir, debe faltar alguna de las condiciones más arriba señaladas.

En cuarto lugar, la restricción *“ha de ser impuesta, aceptada o promovida por el Estado, a través de sus órganos”*²³⁰. En este sentido, *“de no existir esta actitud positiva, simplemente existiría una infracción al ordenamiento jurídico, que si es rechazada por la organización estatal, se restablece el imperio del derecho”*²³¹.

4.3.- Respecto de la ilegitimad de las limitaciones fácticas a los Derechos Fundamentales.

Del estudio hecho en los primeros capítulos de la presente investigación, es evidente que el Estado chileno, en razón de los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que ha ratificado y de lo preceptuado en artículos como el 5 inciso 2º o el 19 número 26 de la Constitución, tiene el deber de cumplir con las obligaciones de respetar, promover, garantizar, no

²²⁷ *Ibíd.* p. 189.

²²⁸ *Ibíd.* p. 190.

²²⁹ *Ibíd.* p. 189.

²³⁰ *Ibíd.* p. 190.

²³¹ *Ibíd.*

violiar ni limitar más allá de lo aceptado los derechos fundamentales que su catálogo establece, ni los establecidos en los instrumentos internacionales a los que ya hemos hecho referencia.

Asumiendo esta posición, siguiendo a Tórtora *“la figura de las llamadas “limitaciones fácticas de los derechos fundamentales”, termina siendo una flagrante falta a las obligaciones internacionales, transformando al Estado infractor en sujeto pasible de responsabilidad internacional”*²³².

Habiendo abordado el tema de las limitaciones a los derechos fundamentales en todas sus formas, continuaremos, debido a sus características propias, con el estudio en específico de las limitaciones aceptadas al derecho fundamental de libertad personal y seguridad individual.

5.- Limitaciones al derecho de Libertad Personal y Seguridad Individual.

El derecho a la libertad personal analizado en el capítulo II de esta investigación implica, según lo señalado más arriba y siguiendo a Nogueira, *“que no pueden realizarse privaciones o restricciones de libertad ilegítimas y arbitrarias que impongan límites a la autonomía de la persona que desnaturalicen su derecho, lo hagan impracticable o lo dificulten más allá de lo razonable”*²³³. A continuación, se abordan los requisitos que se han establecido por la doctrina para limitar el derecho objeto de análisis en el presente apartado.

5.1.- Privación y restricción del derecho a la Libertad Personal y Seguridad Individual.

Antes que todo, es dable señalar que, para realizar una restricción o privación al derecho en estudio, al igual como sucede con todo derecho

²³² *Ibíd.* p. 191.

²³³ NOGUEIRA, Humberto. *“La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico Chileno”*. Óp. cit., p. 162.

fundamental en nuestro ordenamiento, debe realizarse *“de acuerdo con el principio de reserva legal (...) Sólo la ley y nadie más que el legislador puede regular los casos y formas en que cabe la afectación de la libertad personal o libertad física. Sólo el legislador formal (el Congreso Nacional) puede regular los ámbitos de la libertad personal. La reserva de ley debe ir acompañada del principio de tipicidad, que permite establecer concretamente los supuestos de afectación de la libertad personal”*²³⁴.

Esta reserva de ley está también presente en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 22 número 3, en donde al referirse al derecho a circulación y residencia, señala que *“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 público, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”*, por lo que no es posible eludir su efecto vinculante en nuestro ordenamiento.

En definitiva, puede decirse que, en general, *“sólo es legítima la afectación de la libertad personal cuando ella sea prevista por ley aprobada por el Congreso Nacional con un fin legitimado constitucionalmente, la que debe ser, además, razonable y proporcionada al fin legítimo perseguido”*²³⁵. Así lo establece nuestro ordenamiento en el Código Procesal Penal, en su artículo 5° el que prescribe que *“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”*.

Habida cuenta de los requisitos generales para la limitación de los derechos fundamentales, pasamos al estudio de los requisitos en específico de

²³⁴ *Ibíd.* p. 164.

²³⁵ *Ibíd.* p. 165.

la restricción o privación del derecho a la libertad personal y seguridad individual.

Respecto a la privación, se define por Nogueira como “*es toda situación fáctica en que la libertad física o de circulación de un sujeto se ve limitada de manera intensa o grave, impidiendo la autodeterminación de su conducta lícita*”²³⁶. En seguida, el mismo autor precisa que “*La privación de libertad personal admite diversas modalidades, pero ella existe cuando una persona se ve coaccionada a actuar contra su voluntad, afectando su autodeterminación y su libertad ambulatoria o de circulación por un tiempo significativo*”²³⁷. De lo transcrito, es posible concluir que la privación del derecho en estudio está dada por la gravedad de coacción y por el tiempo que dure esta.

Por otro lado, según la doctrina, “*La privación de libertad de una persona debe obedecer siempre al principio de proporcionalidad y un fin legítimo. La ley no puede configurar supuestos o hipótesis de privación de libertad que no busquen la protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos. La proporcionalidad exige una razonabilidad entre el derecho a la libertad personal y sus limitaciones*”²³⁸. Es decir, se debe siempre cumplir con requisitos básicos que garanticen una justificación adecuada de la medida.

En definitiva, las privaciones del derecho a la libertad personal se materializan por medio de detenciones, arrestos o prisiones preventivas.

La restricción al derecho a la libertad, por su parte, “*se identifica por constituir limitaciones de la libertad de carácter leve, que se practican con el objeto de desarrollar averiguaciones vinculadas a la función preventivo-policial y de mantenimiento de la seguridad ciudadana que la Constitución entrega como competencia a las autoridades gubernativas, las que por regla general no están*

²³⁶ *Ibíd.*

²³⁷ *Ibíd.*

²³⁸ *Ibíd.*

*vinculadas a la existencia de un proceso penal (...) Si la duración de la medida excede la finalidad propia de ella, se transforma en una privación de libertad*²³⁹.

En este sentido, la doctrina ha identificado cuatro requisitos fundamentales que deben cumplirse para la adecuada incorporación de una limitación a la libertad en el ordenamiento jurídico nacional, a saber, el requisito de que la medida sea idónea y los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad²⁴⁰.

El primer requisito, se refiere, por un lado, a que la libertad personal, al igual como ocurre con los derechos fundamentales en general, “*sólo pueden ser objeto de limitación en virtud del principio de reserva legal, por una ley debatida y aprobada por el parlamento*”²⁴¹. Por otro lado, se refiere a que “*debe ser conforme con los fines constitucionalmente legítimos para una sociedad democrática*”²⁴².

El principio de idoneidad, por su parte, se refiere a que “*el medio empleado para restringir el derecho fundamental debe ser apropiado al fin que se pretenda, siendo inconstitucional el desarrollo de medidas no idóneas para fines constitucionalmente legítimos*”²⁴³.

El principio de necesidad se refiere, en tanto, a “*que el medio utilizado para alcanzar el fin legítimo sea el menos gravoso y eficaz, ya que si existen otros medios menos gravosos e igualmente eficaces deben preferirse estos últimos*”²⁴⁴.

²³⁹ *Ibíd.* p. 166.

²⁴⁰ *Ibíd.*

²⁴¹ *Ibíd.*

²⁴² *Ibíd.*

²⁴³ *Ibíd.*

²⁴⁴ *Ibíd.*

Por último, el principio de proporcionalidad “*consiste en que aceptada la necesidad e idoneidad de los intereses, debe ponderarse si el sacrificio de los intereses individuales que trae consigo la intervención y afectación de la libertad personal guarda una relación proporcionada y razonable con la importancia del interés público que se trata de preservar (...) cualquier disposición legal y actuación concreta o privación de la libertad personal incurriendo en falta de proporcionalidad constituye un acto o actuación inconstitucional*”²⁴⁵.

En definitiva, las restricciones a la libertad personal y seguridad individual pueden materializarse en citaciones, retenciones o la residencia obligada dentro de un territorio, entre otras formas. Respecto a las retenciones, estas se materializan, a su vez, en controles de identidad y controles de alcotest para conductores, procedimientos que, si se realizan in situ y por lapso breve de tiempo son consideradas restricciones y no privaciones²⁴⁶.

Por último, cabe concluir con Nogueira que “*la distinción entre un supuesto de privación de libertad o de restricción de ella debe realizarse de acuerdo con la situación específica teniendo en consideración la naturaleza de la medida, su duración, sus efectos y cómo dicha medida se concreta*”²⁴⁷.

5.2.- Requisito constitucional que exige la determinación de los casos y forma de cualquier restricción o privación del derecho a la Libertad Personal y Seguridad Individual.

La letra b del numeral 7º del artículo 19 de la Carta fundamental establece 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*”. Es decir, para los casos de privación o restricción que más arriba analizábamos -entre los que se encuentra la facultad policial de controlar la

²⁴⁵ *Ibíd.*

²⁴⁶ *Ibíd.* p. 168.

²⁴⁷ *Ibíd.* p. 165.

identidad de las personas-, el constituyente establece claramente dos requisitos no excluyentes, a saber, que se establezcan claramente los casos o hipótesis que dan lugar a la restricción o privación y, por otro lado, que se establezca la forma o procedimiento mediante el cual esta limitación se va a llevar a cabo.

6. El control preventivo de identidad como límite a los Derechos Fundamentales.

En el presente apartado abordaremos, finalizando la investigación, el tema que motivo el presente estudio, a saber, el asunto referido a si la norma establecida en el artículo 12 de la ley 20.931 de julio de 2016, cumple con los estándares nacionales e internacionales de respeto y protección a los derechos fundamentales. En concreto, se abordará el tema, teniendo en cuenta la necesidad de los estados de armonizar el ejercicio de normas iusfundamentales y las condiciones que la doctrina ha establecido para limitar estos derechos fundamentales, Para estos efectos, recurriremos a todos los aspectos abordados antes, lo que en definitiva nos otorgará una amplia visión al respecto y nos permitirá formular conclusiones lógicas y acorde a nuestro ordenamiento jurídico.

6.1.- Condición competencial aplicada al aplicada al control preventivo de identidad.

Como se vio más arriba, el requisito competencial se refiere a que, según lo establecido en el artículo 6º y 19 número 26 de nuestra Constitución, sólo es admisible una limitación a los derechos fundamentales en la medida que esta provenga de la misma constitución, ya sea por delegación al legislador, o por su propia letra. Es decir, la limitación exclusivamente es admisible fuera de la constitución, en aplicación del principio de reserva legal, lo cual se relaciona al requisito de idoneidad abordado en el apartado referente a las limitaciones al derecho a la libertad personal y seguridad personal, en donde, además, se

requiere que la limitación se materialice de forma adecuada al fin que se pretende perseguir.

Extrapolando este requisito al control preventivo de identidad, que, según vimos en la historia de la ley, fue cuestionado por una buena parte de los intervinientes en los debates por considerársele limitador de derechos fundamentales tales como la libertad personal y seguridad individual, tenemos que el requisito competencial, al menos formalmente, se ve satisfecho en la especie, ya que, fue por medio de una ley, que se discutió y aprobó formalmente por el Congreso Nacional, que se limitó tales derechos fundamentales. Sin embargo, como se verá más adelante, fuera de lo meramente formal, la ley limitadora debe cumplir con una adecuación de los medios a los fines que se persigue mediante su implementación.

Por último, en cuanto a la principal norma competencial de nuestra constitución, es decir, el artículo 19 número 26, es dable señalar, que en su redacción se establece claramente que las leyes que las limiten los derechos *“en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia”*. A este respecto, entendemos que toda limitación debe hacerse por medio de una ley que especifique los casos, o sea, las circunstancias o situaciones fácticas, en que se permitirá una limitación, la que, además, no deberá afectar el derecho en su esencia, cuestión que, como se verá, nos lleva a considerar inconstitucional el control preventivo de identidad, pues este precepto no establece casos, sino sólo los medios y la forma en que se lleva a cabo.

6.2.- Condición internacional aplicada al control preventivo de identidad.

La condición internacional, en tanto, tal como se vio más arriba, se vincula a la noción de bloque de constitucionalidad, es decir, a la visión integrada de las diversas normas, nacionales e internacionales que

materialmente establecen garantías fundamentales. En este sentido, cabe tener en cuenta lo establecido respecto a los cuatro sentidos en que el derecho internacional restringe la potestad normativa de los estados, a saber, que no podrá limitarse un derecho *“cuya restricción esté prohibida en el derecho internacional, ni tampoco en casos o hipótesis diferentes, o en una medida mayor, o de un modo distinto al establecido en el derecho internacional”*²⁴⁸.

Además, según lo visto, las restricciones permitidas por la Convención Americana, deben estar determinadas por ley y cumplir con la satisfacción de algún interés relacionado comúnmente a la seguridad nacional, la seguridad u orden público, la protección de la moral pública, etc. Además, se requiere que dicha restricción sea necesaria en una sociedad democrática, debiendo escogerse, de entre todas las opciones, aquella que restrinja en menor escala el derecho y que, por último, sea proporcional al interés que justifica la restricción, debiendo apegarse estrictamente al logro de ese legítimo objetivo.

Habida cuenta de lo anterior, comenzamos con la interpretación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, del artículo 12 de la ley 20.931 que establece la facultad de realizar controles preventivos de identidad por las policías.

6.2.1.- El control preventivo de identidad y las condiciones generales para limitar Derechos Fundamentales.

Respecto de la exigencia de reserva legal, como se vio en el requisito competencial, este se ve satisfecho en la especie, al menos formalmente.

En cuanto al requisito referido a que con la medida se proteja algún interés nacional, este queda cubierto una vez que se establece con el fin de

²⁴⁸ TÓRTORA, Hugo. *“Las limitaciones a los derechos fundamentales”*, Óp. cit., p. 181.

prevenir delitos y preservar de esta forma el orden y la seguridad interior del Estado.

Por su parte, el requisito de que la restricción sea necesaria en una sociedad democrática, es decir, el requisito que plantea que debe escogerse, de entre todas las opciones de limitación, aquella que restrinja en menor escala el derecho, encontramos en la tramitación del proyecto de ley, serios cuestionamientos que hacen, al menos, poner en duda el cumplimiento de este requisito por parte del control preventivo.

Como se vio en el apartado que abordó la historia de la ley, el control preventivo surge como una medida que viene a suplir las supuestas falencias del control de identidad establecido en artículo 85 del Código Procesal Penal, pues para algunos parlamentarios, este procedimiento policial sería inocuo ante la enorme cantidad de órdenes de detención pendientes en nuestro país y el aumento de la inseguridad en la población el control. Al respecto, cabe traer a colación la intervención del Honorable Diputado Fuenzalida quien señaló que mediante el control preventivo *“lo que se pretende es entregarle a las policías la posibilidad de controlar la identidad de las personas con el efecto de cotejar órdenes de detención pendientes y, en consecuencia, se amplía lo establecido en el artículo 85 vigente que exige que existan antecedentes fundados”*²⁴⁹. En el mismo sentido, la Honorable Diputada Nogueira dispuso que *“lo que se persigue (es) en un control de identidad eficiente porque al mantenerse las restricciones del artículo 85 pierde todo el sentido el hecho que las policías puedan requerir la identidad (...) El problema se presenta en la necesidad de probar fundamentos para requerir la identificación, como lo exige el artículo 85 y además, hay que tener presente que a la fecha hay 66.000 órdenes de detención pendientes que no han podido ser pesquisadas”*²⁵⁰. Sin embargo,

²⁴⁹ Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana. Boletín 9885-07, Óp. cit.

²⁵⁰ *Ibíd.*

este argumento fue debatido por detractores de la nueva facultad, arguyéndose que, en la actualidad, la policía, haciendo uso de la facultad del código señalado, realiza más de 2 millones de controles de identidad al año, lo que pone de manifiesto que la medida es eficiente. Al respecto, cabe citar al Ministro de Justicia señor Juan Antonio Gómez para quien *“no es cierto que la policía no tenga facultades. No sólo las tiene, sino que las ejerce cuando lo estima conveniente. Por ejemplo, a través de redadas donde se detienen 200-300 personas sin necesidad de indicios, simplemente al pedir en un lugar las cédulas de identidad y cotejar si alguna de ella tiene antecedentes para que estas personas sean detenidas”*²⁵¹. Por otro lado, en relación a las órdenes de detención pendientes, se manifestó por algunos parlamentarios, que el problema de la inseguridad y de no captura, resulta un asunto más bien de inteligencia policial, cuestión que tiene soluciones directas y concretas, por ejemplo, según lo señala el diputado Soto *“a través de la creación de brigadas especializadas de las policías para tratar sólo las órdenes judiciales no tramitadas”*²⁵².

A este respecto, los legisladores que plantearon el control preventivo como una solución a la facultad del artículo 85 del Código Procesal Penal no se percatan, que la investigación presente en el proceso penal, es por sí misma la herramienta con la que cuentan las policías para prevenir el delito y que es en definitiva la justificación que se tiene para restringir derechos fundamentales. El Estado al privilegiar la prevención se está anticipando a la comisión de delitos, pero sin diferenciar entre quienes potencialmente pueden cometerlos y quienes no, cuestión que no está permitida por los principios que ordenan nuestro sistema constitucional y procesal penal, al respecto cabe traer a colación el principio de inocencia que permite a las personas poder demostrar su inocencia hasta el momento de su condena, cuestión que se protege mediante a

²⁵¹ *Ibíd.*

²⁵² *Ibíd.*

investigación y el debido proceso, sin embargo, en el caso del control preventivo de identidad, se está juzgando la presunta criminalidad de una persona por la sola consideración del carabinero de turno, cuestión que rompe con toda lógica y principio de un sistema acusatorio donde para restringir los derechos de una persona, en post de una investigación, deben existir fundamentos concretos y no simples subjetividades que las produzcan.

En definitiva, por medio de un control de identidad que no requiere expresión de causa, se pretende mejorar la capacidad preventiva en la comisión de delitos por parte de las policías, cuestión que, si bien no es un fin ajeno a lo que el estado debe hacer para mantener el orden y seguridad interna, no se condice con los propios objetivos que explícitamente se tuvieron en cuenta a la hora de promoverse la discusión del proyecto de ley en el Congreso, a saber, mejorar capacidad investigativa de las policías. En efecto, cabe citar al respecto el mensaje presidencial del proyecto de ley, el que entre sus objetivos tenía el de *“perfeccionar el Código Procesal Penal para mejorar la investigación y juzgamiento de los delitos de mayor connotación social, permitiendo a Carabineros (...) revisar las vestimentas, vehículo y equipajes de los detenidos”*²⁵³. Tal como podemos apreciar en la cita anterior, el Mensaje Presidencial nunca menciona en sus párrafos perfeccionar la capacidad meramente preventiva de las policías sino más bien se enfoca en la investigación de los delitos, que por sí sola genera prevención en la comisión de estos.

De lo dicho anteriormente concluimos que, si bien, existe una justificación constitucional y fáctica en la promoción de una facultad que aumenta la capacidad preventiva en la comisión de delitos por parte de las policías, está no tiene justificación ni relación con los propios objetivos que se tuvieron en cuenta a la hora de promover la discusión del proyecto de ley en el congreso y, por

²⁵³ Mensaje presidencial. N°1167-362, Óp. cit.

tanto, existe una contradicción entre lo que se quería implementar, y lo que finalmente se convirtió en ley de la República. En este sentido, nos permitimos afirmar que existiría una violación a lo preceptuado en el artículo 69 de nuestra Carta Fundamental, precepto que fundamentalmente establece “*Todo proyecto puede ser objeto de adiciones o correcciones en los trámites que corresponda, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado; pero en ningún caso se admitirán las que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto*”.

En relación a las consecuencias que traería la medida respecto a los derechos de las personas se argumentó, en tanto, que esta no causaría mayores limitaciones a los derechos por tratarse de una retención in situ y por establecerse variadas garantías en su redacción, como lo son la posibilidad de reclamo y los deberes de identificación del carabinero.

No obstante, estos argumentos fueron contrariados en el sentido de que la medida si afectaría derechos fundamentales como la libertad personal y seguridad personal o el derecho a la intimidad, pues al dejarse al arbitrio de carabineros su ejercicio, esta se prestaría para abusos de poder especialmente respecto de minorías étnicas, o sectores socialmente vulnerables. En este sentido, cabe citar al Defensor Nacional presente en la discusión quien respecto al control de identidad consideró que “*actualmente existen supuestos bastante amplios para llevarlo a cabo, los que no se limitan a casos de flagrancia. En este sentido, extenderlo aún más vulnera garantías y no aporta a la paz social y a la menor violencia social. Es más, puede ser incluso contraproducente*”²⁵⁴. Por lo demás, señaló que la facultad “*sería un foco de discriminación, ya que al no existir control hay mayores posibilidades de que se generen abusos*”²⁵⁵. Por otro lado, atendida la autoridad del cargo en la materia, no es posible obviar la

²⁵⁴ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletín 9.885-07-1, Óp. cit.

²⁵⁵ *Ibíd.*

opinión al respecto del Director General de la Policía de Investigaciones (PDI), señor Héctor Espinosa, quien señaló que *“la actual norma (artículo 85 CPP) es suficiente, ya que les permite realizar incluso controles masivos”*²⁵⁶, por ello *“no se requieren mayores facultades, que pueden generar el riesgo de eventuales abusos”*²⁵⁷.

El control preventivo de identidad es una medida, que en definitiva, es cuestionada, pues no exige, fuera de lo que señala respecto a la edad y el lugar, ningún indicio o condición para llevarse cabo, cuestión que si se compara con la medida del artículo 85 del Código Procesal Penal, que establece requisitos objetivos para realizar los controles, permite llegar a la conclusión de que, si nos apegamos al requisito que aquí analizamos, se debería tender, por parte del Estado, a fortalecer esta última facultad que resulta igualmente eficaz pero menos invasiva a los derechos de las personas y no a fomentar medidas como el control preventivo de identidad que objetivamente presenta un estándar menos riguroso para interferir en los derechos de las personas, especialmente el referido a la libertad personal y el derecho a la intimidad.

En la misma línea que el requisito anterior, también se exige por los instrumentos internacionales que la limitación sea proporcional al interés que justifica la restricción, debiendo apegarse estrictamente al logro de ese legítimo objetivo. Es decir, se plantea que debe existir un balance entre los derechos que van a limitarse y los fines que se persigue fomentar, a saber, el orden y seguridad interior. A este respecto, cabe tener en cuenta las posturas que se tuvieron en cuenta, pues para unos, como el Ministro del Interior y Seguridad Pública señor Jorge Burgos *“esta herramienta permitirá proveer de mayor seguridad a la ciudadanía”*²⁵⁸. En este mismo sentido, el Honorable Senador

²⁵⁶ *Ibíd.*

²⁵⁷ *Ibíd.*

²⁵⁸ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletín n° 9885-07, *Óp. cit.*

señor Chahuán, señaló al respecto, que *“en un Estado de Derecho, los ciudadanos ceden parte de sus libertades en favor del bien común, de un bien jurídico superior que es la seguridad pública. Y, desde luego, nadie puede sentirse menoscabado si justamente se le pide la exhibición del carné de identidad para chequear sus antecedentes. Eso es parte, finalmente, del bien jurídico protegido, y todos estamos disponibles, con miras a tal efecto, para llevar a cabo dicha cesión”*²⁵⁹. En contra de esta posición, no obstante, se mostraron legisladores como el Honorable Diputado Jackson, quien adujo que *“Es completamente falso decir que viviremos más seguros jugando a la pesca milagrosa con los ciudadanos, revisando cédulas de identidad para ver si aparece alguien que tenga una orden de detención pendiente. También es falso señalar que hoy Carabineros no tiene facultades para hacer controles de identidad preventivos; las tiene cuando existan indicios, tal como está establecido en los artículos 85 del Código Procesal Penal y 21 de la ley N° 19.327”*²⁶⁰.

En definitiva, la discusión respecto al balance entre los intereses que se busca proteger y los derechos que van a limitarse, es una discusión que, al estar vinculada a matices ideológicos respecto al carácter más o menos indispensables de los diversos bienes jurídicos inherentes de una sociedad democrática, debe resolverse el asunto apegándose estrictamente a lo que el bloque de constitucionalidad considera como limitación legítima, cuestión que se dilucida teniendo en cuenta todos los aspectos de la regulación de los derechos que aquí tratamos. En efecto, a continuación, se pasa a interpretar las normas específicas respecto a los límites al principio de libertad.

²⁵⁹ Diario de Sesiones del Senado. Sesión 3ª de martes 22 de marzo de 2016. [En línea] <<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=57930&prmTIPO=BOLETINOFICIAL>> [Fecha consulta: 01 de enero de 2017].

²⁶⁰ Perfeccionamiento de Normas Sobre Persecución y Aplicación de Penas Por delitos de Robo, Hurto y Receptación. Discusión general, Boletín 9885-7, legislatura 363ª, en sesión 67ª, 09 de septiembre de 2015. [En línea] <<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=11351%20&prmTIPO=TEXTOSesion>> [Fecha consulta: 01 de enero de 2017].

6.2.2.- El control preventivo de identidad y las condiciones específicas para limitar el derecho a la Libertad Personal y Seguridad Individual.

En específico, respecto de las restricciones admitidas a la libertad personal y seguridad individual, se exige, para privar la libertad de una persona, que esta limitación al derecho sea por las causas fijadas de antemano por una ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. Al respecto, tenemos que, de lo visto más arriba respecto a la diferencia entre una privación y una restricción, el caso del control preventivo se trata, en principio, de una mera restricción al derecho por tratarse de una retención preventiva vinculada al mantenimiento del orden y seguridad interna. Esto implica que el control no intervendría en el ámbito de ejercicio de la libertad personal, sin embargo, la doctrina ha establecido que, si dicha medida excede en tiempo la finalidad propia de ella, tal restricción pasa a ser una privación del derecho²⁶¹. En este sentido, es dable analizar si el control preventivo de identidad al permitir una extensión por una hora excede o no tiempo necesario para cumplir con la finalidad para la cual fue establecido.

Contrastando el control preventivo de nuestra legislación, con normativas de derecho comparado, tenemos que, en ningún caso se establece una duración máxima ni mínima, en nuestro concepto, creemos que es así porque, al tratarse de un procedimiento incluso más breve que un control de tránsito, por poner un ejemplo de un procedimiento similar, el tiempo necesario es de tal insignificancia que su determinación expresa no tiene sentido. Al respecto, el Honorable diputado Soto, en la discusión del artículo señaló que si “*se asegura que el control sólo podrá realizarse con medios tecnológicos que arrojan la*

²⁶¹ NOGUEIRA, Humberto, “*La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno*”, Óp. cit., p. 166.

*identificación de una persona en breves instantes, no hay ninguna justificación para que la norma prevea que el procedimiento pueda durar hasta una hora*²⁶².

De lo anterior, es posible concluir que, la facultad del control preventivo de identidad se trata de una privación al derecho a la libertad personal y seguridad individual. En este sentido, debemos continuar aclarando si este cumple con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Respecto al primero, tal como vimos más arriba, la duración del control creemos que desborda la finalidad misma de este, por lo que sería no idónea para el fin legítimo del estado de resguardar el orden y seguridad. Así mismo lo entendieron el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, Ministra señora María Luisa Brahm Barril, y, Ministros señores Cristián Letelier Aguilar, y José Ignacio Vásquez Márquez, al emitir en los siguientes términos su voto disidente respecto a la constitucionalidad de la duración del control:

*“En efecto, el tiempo determinado de una hora, durante el cual se puede extender el procedimiento de verificación de identidad de una persona, resulta difuso y se presta para abusos, al punto que su aplicación puede dar como resultado -en la práctica- un evidente exceso, incluso gravemente lesivo para la libertad personal en los términos que asegura el artículo 19, N° 7, letra b), de la Carta Fundamental”*²⁶³.

Respecto al principio de necesidad, creemos que al permitírsele al carabinero retener a una persona por una hora se está aplicando una medida que no es la menos gravosa y eficaz para el fin que se persigue, que es simplemente identificar a una persona. En este sentido, cabe también citar el voto disidente al que hicimos mención más arriba pues tal como lo establecen los magistrados:

²⁶² Informe de la Comisión Mixta. Óp Cit.

²⁶³ Oficio del Tribunal Constitucional. En sesión 35, Óp. cit.

“Como, asimismo, el lapso de una hora puede, en los hechos y según otros casos, resultar absolutamente insuficiente para el cumplimiento eficaz y efectivo de las labores policiales, lo que atentaría, esta vez, contra el deber del legislador de allanar el ejercicio legítimo de aquellos cometidos esenciales del Estado, aquí descritos en el artículo 101, inciso segundo, de la Constitución Política (...) un procedimiento de identificación de esta índole, tiene entonces que durar “lo estrictamente necesario”, entendiéndose por ello que ha de llevarse a efecto con toda expedición y en un espacio de tiempo suficiente, conforme al principio de celeridad recogido en la Ley N° 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado (artículo 8°, inciso segundo) y en la Ley N° 19.880 sobre procedimientos administrativos (artículo 7°). De modo que así se armonizan el pleno respeto de los derechos de las personas con la consecución del bien común general, según requiere el artículo 1° inciso cuarto, de la Carta Fundamental”²⁶⁴.

Finalmente, respecto al principio de proporcionalidad creemos que el procedimiento de identificación al permitir una extensión de una hora no guarda una relación proporcionada y razonable entre la afectación de los intereses individuales que trae consigo la intervención y afectación de la libertad personal y la protección de los intereses públicos de orden y seguridad.

Teniendo en consideración estas aseveraciones es posible concluir que era indispensable, para la implementación del control preventivo de identidad, que la ley 20.931 estableciera las hipótesis o casos en que el control podría llevarse a cabo, cuestión que, tal como se verá en el siguiente apartado, no se cumple, pues el legislador entrega al arbitrio del carabinero, la elección de la persona a la que someterá al procedimiento. En síntesis, creemos que tal falencia de la ley la hace contraria a lo establecido en los instrumentos de derecho internacional mencionados y, por tanto, hace responsable al estado

²⁶⁴ *Ibíd.*

ante la comunidad internacional por restringir de forma no permitida el derecho a la libertad personal.

6.3.- Condición material o de contenido esencial aplicada al control preventivo de identidad.

Este requisito, como se vio más arriba, se relaciona al respeto y protección del contenido esencial de cada derecho, que, por un lado, está determinado por la dignidad humana y, por otro, por el contenido mismo de estos.

En este sentido, cabe volver a lo señalado en el apartado referido a la condición competencial, en donde se señaló que la principal norma atingente, a saber, el artículo 19 número 26, establece como requisito de toda limitación que esta se efectúe sólo en los casos en que la Constitución lo autoriza. También, es dable volver a lo que el artículo 19 número 7 establece en la letra (b), a saber, 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*”. Es decir, el constituyente establece, para los casos concretos de privación y restricción del derecho, el requisito ineludible de establecer las hipótesis y la manera en que la limitación va a implementarse.

En cuanto al requisito de establecer la forma de la limitación, podemos señalar que es satisfecho en cuanto se señala el modo en que la facultad ha de efectuarse. En efecto, se señala en la norma que establece el control preventivo de identidad, el lugar en que se ha de efectuar, agregando que debe hacerse *in situ*, establece una duración máxima y que sucede si se agota este, por otro lado, define los medios para acreditar la identidad, las facultades de la policía en su ejecución, la prohibición de discriminación y arbitrariedades junto con los medios de reclamos, entre otros aspectos formales.

Respecto a la exigencia de determinar los casos, si atendemos a que el significado de la palabra caso, según la Real Academia de la Lengua Española²⁶⁵ es el de “suceso” o “acontecimiento”, a nuestro entender, este no se ve satisfecho, por cuanto “*toda ley que establezca una privación o restricción de la libertad personal debe definir el o los supuestos que habilitan para privar o restringir la libertad de una persona*”²⁶⁶. En efecto, sin importar si el control preventivo se trata de una privación o una mera restricción al derecho, se requiere expresión de los sucesos o acontecimientos facticos que permiten su implementación, cuestión que, tal como hemos señalado, no ocurre en la especie, pues se deja al arbitrio del carabinero la decisión de retener a una persona en la vía pública por lapso de una hora como máximo, lo que resulta, en definitiva, contrario a la regulación constitucional del derecho a la libertad personal y seguridad individual, tal como varios intervinientes en la discusión de la ley lo señalaron. Por último, es posible concluir que al afectar el derecho en su esencia se está afectando la dignidad de las personas, en virtud de ser considerada esta como el principio que subyace a todo derecho fundamental.

6.4.- Condición lógica aplicada al control preventivo de identidad.

Esta última condición, según vimos más arriba, significa que las limitaciones deben ser justificadas y proporcionales. El objeto de este apartado es, entonces, evaluar cómo se comporta el control preventivo de identidad respecto de estas condiciones, complementando lo ya señalado a propósito, en el apartado sobre la condición internacional.

Respecto al primer requisito, a saber, el de justificación, se refiere, según la doctrina, a que las limitaciones “*deben ser razonadas y razonables, y en*

²⁶⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Búsqueda de la palabra “caso” [en línea] Disponible en: <<http://dle.rae.es/?id=7pG16he>> [Fecha consulta: 17 de abril de 2018].

²⁶⁶ Defensoría Penal Pública “*Estudios y Capacitación. Análisis de diversos aspectos de la Ley 20.931 de Agenda Corta Antidelincuencia*”. N° 11, octubre 2017 [en Línea]. Disponible en: <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/13167-2.pdf>> [Fecha consulta: 15 de abril de 2018].

*ningún caso, arbitrarias o caprichosa*²⁶⁷, pues, como ya se vio, “*la necesidad de justificar las limitaciones a los derechos emana como consecuencia de la circunstancia que ellas son por naturaleza excepcionales, y para que sean válidas deberán estar amparadas en criterios de razonabilidad*”²⁶⁸.

En este sentido, cabe preguntarse respecto a si la medida cuenta con criterios razonables que excluyan la posibilidad de una aplicación arbitraria o caprichosa de ella.

A este respecto, algunas opiniones del debate legislativo apuntaron a que por medio de las salvaguardias introducidas al control, tales como el deber de identificación del policía, el procedimiento de reclamo o la responsabilidad administrativa en caso de abuso, además de la implementación de medios tecnológicos para un control que debe realizarse in situ, en definitiva, hacen que la medida sea incapaz de atentar a las libertades y derechos de las personas, estableciéndose un balance entre estos y los bienes jurídicos de orden y seguridad. En este sentido, el Honorable diputado Saffirio señaló que, en razón de la implementación de tales medidas “*transversalmente se ha logrado un acuerdo que permite compatibilizar las garantías ciudadanas con el control preventivo de identidad*”²⁶⁹. También opinó en este sentido el Diputado Chahin, para quien las medidas mencionadas permiten que el “*control se aplique sin discriminar por la condición social o sexual, por el origen de la persona o por el lugar en se encuentre, porque todos debemos ser tratados como iguales*”.

En contra de las opiniones que se resumen en el párrafo anterior, se postuló por algunos que la facultad del control preventivo de identidad sería, en sí misma, una fuente de discriminación arbitraria, por lo que no resultaría idónea y por tanto inadmisibles en un estado de derecho. Resume la postura anterior la

²⁶⁷ TÓRTORA, Hugo, “*Las limitaciones a los derechos fundamentales*”, Óp. cit., p. 185.

²⁶⁸ *Ibíd.* pp. 185-186.

²⁶⁹ Perfeccionamiento de Normas Sobre Persecución y Aplicación de Penas por Delitos de Robo Hurto y Receptación. Boletín número 9885-7, Óp. cit.

intervención del diputado Melo, quien señaló respecto al control preventivo que *“Si bien se establece una serie de medidas de control y respeto a las garantías constitucionales a la hora de utilizar este procedimiento, básicamente estadísticas e informes, al no ser remitidos a un órgano independiente y con facultades de fiscalizar y sancionar los abusos que, estoy seguro, se perpetrarán, estas devendrán en simple letra muerta. Lo que sí ocurrirá -la experiencia vivida así lo demuestra- serán controles selectivos, principalmente en poblaciones y comunas populares, y la recurrencia más bien a variables estéticas y a estereotipos que a verdaderas situaciones que pongan en riesgo la seguridad de nuestros compatriotas”*²⁷⁰.

En definitiva, el requisito que se traduce en la proscripción de la arbitrariedad, se cree cubierto por los promotores del control de identidad por medio de diversas medidas que actúan respecto a las posibles vulneraciones de forma *ex post*, pues se aplican con posterioridad a la ocurrencia de los actos arbitrarios o abusivos, cuestión que no se ajusta a los requisitos nacionales e internacionales respecto a las limitaciones de derechos fundamentales, las cuales, en razón de ser excepcionales y nunca autorizadas para afectar el contenido esencial de cada derecho, siempre deben establecerse parámetros que actúen *ex ante* respecto a las posibilidades de abuso que dañen este ámbito imposible de interferir. En otras palabras, toda limitación debe plantearse de una forma tal, que razonada y razonablemente, se busque prevenir los resultados indeseados y no remediarlos una vez que estos se producen. Ante esto, creemos que existe, por parte de la facultad una notable falencia al centrarse en el remedio a los abusos de derecho y no en la causa de estos, cual es la arbitrariedad con la que las policías pueden aplicar el control y retener a una persona hasta por una hora.

²⁷⁰ *Ibíd.*

En cuanto al requisito de proporcionalidad este, tal como ya se vio *“significa que las restricciones deben ser adecuadas (...) supone que el daño o deterioro que se produzca al ejercicio del derecho sea el mínimo en relación en consideración al fin buscado”*²⁷¹. A este respecto, cabe entonces evaluar si existe un balance entre el deterioro a los derechos limitados y el fin perseguido, cual es preservar el orden y seguridad del estado.

Para quienes estuvieron a favor de la implementación del control preventivo de identidad, el balance radica básicamente en las medidas que anteriormente se mencionaron, pero especialmente en la utilización de los aparatos electrónicos para comprobar la identidad y en el hecho de que el control se realice in situ. En efecto, brinda un resumen de esta postura la intervención del Honorable Senador señor Harboe quien consideró que *“hay equilibrio entre la facultad que esta norma incorpora y la libertad ambulatoria de las personas, pues tal como se ha resuelto en jurisdicciones comparadas, la afectación a ese derecho fundamental tiene lugar cuando se saca al transeúnte controlado de su espacio de circulación, lo que aquí justamente se evita, al establecerse la regla de la identificación in situ (...) se avanza en la misma dirección al establecerse el recurso a los medios tecnológicos y al admitirse todo medio de acreditación de la propia identidad y no sólo aquellos expedidos por la autoridad”*²⁷².

Contrarios a esta posición, se mostraron los detractores de la facultad preventiva, pues, además de considerarla desproporcionada al fin que se persigue, consideraron que con su aplicación se afectarían derechos en su esencia, implicando, por tanto, una vuelta a la detención por sospecha, institución revisada en el capítulo anterior que fue precisamente derogada por faltar en ella criterios de objetividad que impidieran su uso arbitrario y contrario

²⁷¹ TÓRTORA, Hugo. *“Las limitaciones a los derechos fundamentales”*, Óp. cit. p. 186.

²⁷² Informe de la Comisión Mixta. Boletín n° 9.885-07, Óp. cit.

a derechos constitucionalmente establecidos. Por otro lado, tal como se vio más arriba, existió un voto de disidencia en el Tribunal Constitucional, que planteó la inconstitucionalidad del plazo de una hora máximo para realizar el procedimiento, cuestión que, en palabras de los magistrados, se traduciría en abusos y serias afectaciones a derechos como la libertad personal y seguridad individual. En este sentido, cabe citar nuevamente la intervención del Diputado señor Soto, quien, sintetizando la postura en cuestión, señaló que *“es muy discutible que la posibilidad de hacer control de identidad in situ no implique una vulneración grave e injustificada de la libertad ambulatoria, porque el individuo que es controlado en la vía pública, que declara libremente su identidad pero que no tiene un medio para corroborarla, se verá sujeto a una detención de una hora (...) esa enojosa situación tendrá lugar sin expresión de causa alguna, a sola voluntad del funcionario que hace el control y sin ninguna posibilidad de excepcionar al controlado, aunque él, voluntariamente, haya informado verazmente su identidad”*²⁷³.

Habida cuenta de las posturas que surgieron en el Congreso, el problema que observamos respecto al control preventivo, es que, siguiendo lo señalado por el diputado Soto, al igual como ocurre en todo lo anteriormente expuesto respecto al control preventivo de identidad, quedará al arbitrio del policía establecer la veracidad de las declaraciones de la persona sometida al control que no cuente con los medios expedidos por la autoridad pública para acreditar su identidad (puede ser incluso por mera distracción de quien olvida sus documentos antes de salir de su domicilio), hecho que lo arriesgará a ser considerado infractor de la falta del número 5 del artículo 496 y por tanto, permitiría la detención para efectos de realizar la citación de la persona. Esto último, es de suma importancia tenerlo en cuenta, puesto inclina la balanza de forma excesiva en favor de los bienes jurídicos de Orden y Seguridad en el

²⁷³ *Ibíd.*

sentido de que personas completamente inocentes, pero que por algún motivo ajeno a su voluntad no cuenten con medios de identificación, podrán verse en situación de detención sin siquiera haber sido parte de algún hecho delictual, lo cual evidentemente afecta profundamente derechos constitucionalmente establecidos. En efecto, el principio de no discriminación y el derecho fundamental de la Libertad Personal y Seguridad individual, son en sí mismos bienes jurídicos ubicados en la base que sostienen al Estado de Derecho, por lo que la afectación desmedida de alguno de ellos, tal como señala el Defensor Nacional en su intervención en el Congreso, es por sí sola una grave amenaza a la paz social. En este sentido Hoffmann-Riem es ilustrativo al señalar en cuanto a la disyuntiva seguridad-derechos fundamentales que, *“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”*²⁷⁴.

²⁷⁴ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, Abbau von Rechtsstaatlichkeit durch Neubau des Polizeirechts, Juristenzeitung, 1978, p. 335, citado por CASAL HERNÁNDEZ, *“Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de investigación”*, Óp. cit., p. 203.

Conclusión.

Los derechos fundamentales en su carácter de “fundamentadores” del sistema jurídico político de un Estado de Derecho, concretan las exigencias de libertad, igualdad y seguridad en cuanto son expresión de la dignidad de las personas. Estas garantías deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional, vale decir, operan en lo que se ha denominado como un auténtico bloque de constitucionalidad.

Dentro de estas garantías que se recogen en el catálogo de nuestra Constitución, se encuentra la libertad personal y seguridad Individual. Por libertad personal debe entenderse el derecho que tiene toda persona para residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse libremente y cuando lo desee, de un punto a otro, y de entrar y salir del territorio nacional, siempre que guarde el debido respeto al ordenamiento jurídico y los derechos de terceros. La seguridad individual, en tanto, es un concepto complementario del anterior que tiene por objeto rodear la garantía de la libertad personal de un conjunto de mecanismos tutelares que impidan su anulación como consecuencia de cualquier abuso de poder y/o arbitrariedad. Normas de derecho internacional de los derechos humanos establecen, en términos similares a nuestra constitución, el derecho a la libertad personal y seguridad individual.

El control preventivo de identidad del artículo 12 de la ley número 20.931, distinto control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, establece la facultad de las policías de realizar controles de identidad preventivos a toda persona mayor de edad que se encuentre en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público, por cualquier medio de identificación, el cual, en ningún caso, podrá extenderse más allá de una hora.

Dicha facultad, al limitar el derecho a la libertad personal y seguridad individual por una hora, debe considerarse como una privación y no como una mera restricción y, por tanto, debe cumplir con los requisitos para toda limitación de derechos fundamentales. A este respecto, típicamente se señala que se debe cumplir con cuatro requisitos, a saber, condición competencial, condición internacional, condición material o de contenido esencial y condición lógica. Además, la doctrina nacional señala cuatro requisitos especiales para la limitación al derecho a la libertad personal y seguridad individual, estos son, que la medida sea idónea y los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Del estudio realizado, respecto al cumplimiento del control preventivo de identidad a los requisitos antes mencionados, por un lado, y respecto a la satisfacción de los presupuestos específicos que son necesarios para la limitación del derecho a la libertad personal y seguridad individual, por otro, se puede aseverar lo siguiente:

- En primer lugar, respecto al requisito competencial, se concluye que el control preventivo cumple formalmente en cuanto limitación a un derecho fundamental proviene de la misma constitución, por delegación al legislador. Sin embargo, materialmente no cumple con el requisito del artículo 19 numeral 26 de la Constitución, pues, en efecto, no establece los casos o situaciones fácticas en que la limitación procede. Si vinculamos esto con el requisito de idoneidad, se llega a la conclusión de que no existe una adecuación entre el control preventivo de identidad y la finalidad de asegurar los bienes jurídicos orden y seguridad.
- En segundo lugar, entendemos que el requisito internacional, que establece el cumplimiento de las normas internacionales de derechos fundamentales, no se ve satisfecho. Esto en virtud de que el control

preventivo de identidad, como se vio, a pesar de tender a intereses legítimos como lo son la seguridad y orden públicos, no corresponde a aquella opción que restringe en menor escala el derecho, ni es proporcional al interés que justifica la restricción. En efecto, por un lado, la legislación vigente al momento de la promulgación de la ley número 20.931 ya contenía en el artículo 85 del Código Procesal Penal un control de identidad con criterios establecidos, que sirve a los fines perseguidos, no siendo necesaria la implementación de otra facultad que extiende más allá de lo razonable la facultad de las policías. Por otro lado, el principal argumento que se dio por parte de los propulsores de la nueva facultad policial, en torno a disminuir las órdenes de detención pendientes, no justifica de forma alguna, desde un punto de vista estrictamente jurídico, una privación al derecho por el máximo de una hora aplicada a toda persona que circule por el país, ya que, en definitiva, la hace una medida no idónea al fin perseguido, que arriesga, inclusive, convertirse en fuente de abusos de poder, especialmente respecto de minorías étnicas, o sectores socialmente vulnerables.

- En tercer lugar, el control preventivo de identidad no cumple con el requisito material o de contenido esencial, esto en virtud de no apearse a lo exigido por nuestra Carta Fundamental en el numeral 26 y numeral 7 la letra b, ambos del artículo 19. En efecto, la facultad cumple con el requisito de establecer la forma de la limitación al derecho, más no los casos en que ha de aplicarse, cuestión que, en definitiva, hace que la norma en estudio afecte el contenido del derecho en su esencia, siendo de suyo inconstitucional. En este sentido, también podemos afirmar que el control preventivo de identidad afecta la dignidad humana, en cuanto cimientamiento de todo derecho fundamental.

- En cuarto lugar, en línea con lo que hemos venido concluyendo y atendida la excepcionalidad con que debe tratarse una limitación de derechos fundamentales, el control preventivo tampoco cumple con el requisito o condición lógica. En efecto, el control no logra ser justificado ni proporcional, vale decir, no excluye la posibilidad de una aplicación arbitraria o caprichosa de la norma, ni establece un balance entre el deterioro a los derechos limitados y el fin perseguido, siendo las medidas de reclamo, responsabilidad y transparencia, insuficientes en cuanto se aplican con posterioridad a una vulneración de derechos fundamentales y no antes, como debe ser la regla en materia protección a los derechos fundamentales en un Estado de Derecho.

En razón de todo lo expuesto en la presente tesis, creemos que el precepto establecido en el que establece un control preventivo de identidad, adolece de insalvables falencias tanto respecto del derecho internacional de los derechos humanos como de nuestra Carta Fundamental, cuestión que convierte a la norma en estudio en inconstitucional y, por tanto, en una limitación fáctica a derechos y principios fundamentales, es decir, una limitación que no cumple con los requisitos constitucionales ni legales para limitar derechos, pero que de igual modo ha sido promovida por el Estado de Chile, en desconocimiento y contravención de prerrogativas nacionales e internacionales creadas precisamente con la finalidad de resguardar el Estado de Derecho de intervenciones ilegítimas a los derechos fundamentales de las personas.

Bibliografía.

I. RECURSOS GRÁFICOS

- AGUILAR DE LUQUE, Luis, “*Los límites de los derechos fundamentales*”. En: Revista de estudios Constitucionales, enero-abril año 1993, (14).
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “*Derechos fundamentales*”. Editorial Thomsom Reuters, Santiago, 2008.
- ALEXY, Robert. “*Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*”. En: Revista española de derecho constitucional, no. 91 enero-abril, 2011.
- ALEXY, Robert. “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.
- BERLÍN, Isaiah. “*Dos conceptos de libertad*”. En Inaugural Lecture (31 de octubre de 1958. Oxford, Universidad de Oxford). Publicada en Clarendonpress. 1958.
- BERNASCONI, Andrés. “*El carácter científico de la dogmática jurídica*”. En: Revista de Derecho Valdivia, pp. 9-73, vol.20, 2007.
- BOROWSKI, Martín. “*La estructura de los derechos fundamentales*”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- CAFFERENA, Elena. “*El recurso de amparo y los estados de emergencia*”. [Ed. no identificada]. Santiago, 1957.
- CASAL, Jesús. “*Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de investigación*”. Ed. Edigrafos S.A, Madrid, 1998.
- CEA EGAÑA, José Luis, “*Derecho Constitucional Chileno*”. Segunda edición, Tomo II Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2011.
- CEA EGAÑA, José Luis. “*El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*”. En: Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, v.10 n.1, Valdivia, 1999.
- CICERÓN, Marco Tulio. “*De Officis*” (Libro I, capítulo 7, § 22).
- CONTRERAS, Pablo. “*Teoría de los principios y derechos fundamentales en Chile*”. En: Revista Internacional de Derechos Humanos, no.3, pp. 103 – 126, 2013.

- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. *“Lecciones de derecho administrativo con ejemplos”*. Valencia, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *“Los derechos en serio”*. Ariel, Barcelona, 1984.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *“Los Derechos Constitucionales”*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999.
- EVANS de la CUADRA, Enrique. *“Los derechos constitucionales”*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *“Los derechos constitucionales”*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *“Derecho Público Romano”*. Civitas, Madrid, 2014.
- GARCÍA, Joaquín. *“El derecho a la libertad personal”*, ed. Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia, Valencia, 1995.
- GARCIA MORILLO, Joaquín. *“Los derechos de libertad (I). La libertad personal”*, en *Derecho Constitucional*, v. I: *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. 1ª ed.: s. d. 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, (2000).
- HABERLE, P. *“Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz”*. Heidelberg, 1983.
- HABERMAS, Jürgen. *“La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”*. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, traducido por Juan Luis Fuentes Osorio, Granada, 2010.
- HOBBS, Thomas. *“Leviatán”* (trad. Manuel Sánchez Sarto), Fondo de Cultura Económica, México D.G. 1940
- HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. *“Derecho Procesal Penal Chileno”*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile,. Santiago, 2002.
- IRARRÁZABAL, Paz. *“Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad”*. Polít. crim. Vol. 10 (19), (2015).
- J.E. Fawcett, *“The application of the European Convention on Human Rights”*. Claredon Press, 1987.
- KANT, Immanuel. *“Fundamentación de la metafísica de las costumbres”*. Tecnos, Madrid, 2006.

- KANT, Immanuel. “*Sobre la paz perpetua*”. Traducción de Joaquín Abellán, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.
- KLENNER, Arturo. “*Esbozo del concepto de libertad: filosofía del derecho de Hegel*”. ED. LOM, Santiago, 2000.
- MCCRUDDEN, “*Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*”. En: The European Journal of International Law, vol. 19, 2008.
- MEDINA, Cecilia. MERA, Jorge. “*El derecho internacional de los Derechos humanos*”. En: Sistema Jurídico y Derechos Humanos. Cuaderno de Análisis Jurídicos, serie Publicaciones Especiales, no. 6, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996.
- MEDINA, Cecilia. “*La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*”. Ed. Mundo Gráfico, San José de Costa Rica, 2005.
- NINO, Carlos. “*Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*”. Astrea, Buenos Aires, 1989.
- NOGUEIRA, Humberto. “*Derechos fundamentales y garantías constitucionales*”. Librotecnia, Santiago, 2010.
- NOGUEIRA, Humberto. “*Dogmática constitucional*”. Editorial Universitaria de Talca, Talca, 1997.
- NOGUERIA, Humberto. “*El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia*”. En: Estudios Constitucionales, pp. 301-350, año 13(2), 2015.
- NOGUEIRA, Humberto. “*La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico Chileno*”, Revista de Derecho, vol. 13, (2002):
- NOGUEIRA, Humberto. “*Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- PECES-BARBA, Gregorio. “*Curso de derechos fundamentales. Teoría General*”. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999.
- PEÑA, Marisol. “*La Constitución de 1980 y la existencia de un Bloque de Constitucionalidad en Chile*”. En: Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje al profesor Hugo Llanos Mansilla. Pp. 591-613, AbeledoPerrot-Thomsom Reuters, Santiago, 2012.

- PÉREZ LUÑO, Antonio. *“Los derechos fundamentales”*. Tecnos-Madrid, Madrid, 1993.
- PRIETO, Luis. *“Estudios sobre Derechos Fundamentales”*. Editorial Debate, Madrid, 1990.
- RAWLS, John. *“Teoría de la justicia”*. Fondo de cultura económica (Traducción María Dolores González), México, 2012.
- RAWLS, John. *“Justice as fairness: Political not Metaphysical”*. En: Philosophy and Public Affairs, Vol. 14 no.3, p. 223-251, Princeton University Press, Princeton (NJ), 1985.
- RIBERA NEUMAN, T. 2009. *“El derecho al desarrollo libre de la personalidad en la Constitución”*. En: Asociación Chilena de Derechos Constitucional. Temas actuales de derecho constitucional libro homenaje a Mario Verdugo Marinkovic. Santiago: Editorial jurídica de Chile.
- RUIZ-TAGLE, Pablo; CRISTI, Renato. *“La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano”*. LOM, Santiago, 2008.
- RUIZ-TAGLE, Pablo. *“Visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del Bicentenario”*. En: Justicia Constitucional y derechos fundamentales, LexisNexis, Santiago de Chile, 2006.
- SCHMITT, Carl. *“Teoría de la Constitución”*. Alianza Editorial, Madrid, 2001.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *“Tratado de derecho constitucional: la Constitución de 1980, Bases de la institucionalidad, Nacionalidad y ciudadanía, Justicia electoral”*. Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *“Tratado de Derecho Constitucional”*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *“La expansión del derecho penal. Aspecto de la política criminal en las sociedades postindustriales”*, Civitas, Madrid, 1999.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan. *“Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”*. En: Revista de Estudios Políticos, no. 71 Enero-Marzo, 1991.

- TÓRTORA, Hugo, “*Las limitaciones a los derechos fundamentales*”. En: Estudios constitucionales, año 8, (2), (2010).
- WALDRON, Jeremy. “*Dignity and Rank*”. En: Archive Européene de Sociologie XLVIII.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. “*El derecho dúctil*”, Trotta, Madrid, 2007.
- ZARINI, Helio. *Derecho Constitucional*. 1ª ed.: 1992, 2ª ed., ASTREA, Buenos Aires, 1999.

II. RECURSOS ELECTRÓNICOS

- Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos. [En Línea] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16022>> [Fecha consulta: 17 de abril de 2018].
- AVILES, Víctor, Apuntes de clases de Derecho Constitucional. [en línea] Disponible en: <https://www.u-cursos.cl/derecho/2009/1/D123A0313/2/material_docente/previsualizar?id_material=216862> [Fecha consulta: 20 de diciembre de 2016].
- BAYER, Paula. “*El control de identidad y las garantías de los ciudadanos*”, Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. [En línea] Disponible en: <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjb573c/doc/fjb573c.pdf>> [Fecha consulta: 13 de abril de 2018].
- Constitución Política de la República de Chile del 25 de mayo de 1833. [En línea] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=137535>> [Fecha consulta: 13 de marzo de 2018].
- Constitución Política de la República de Chile de 1925. [En línea] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=137535>> [Consulta: 13 de marzo de 2018].
- Constitución Política de la República de Chile de 1980. [En línea] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>> [Consulta: 13 de marzo de 2018].
- Constitución Política del Estado de Chile sancionada el 29 de diciembre de 1823 [En línea] Disponible en:

<https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion/c_1823.pdf>

[Fecha consulta: 13 de marzo de 2018].

- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. “*La reforma constitucional de 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: sentido y alcance de la reforma, doctrina y jurisprudencia*”. En: *Ius et Praxis* [online]. 2003, vol.9, n.1 [citado 2016-12-28], sp. [En línea] Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100018&lng=es&nrm=iso> [Fecha consulta: 01 de enero de 2017].
- Defensoría Penal Pública. “*Estudios y Capacitación. Análisis de diversos aspectos de la Ley 20.931 de Agenda Corta Antidelincuencia*”. Número 11, octubre 2017. [En Línea] Disponible en: <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/13167-2.pdf>> [Fecha consulta: 15 de abril de 2018].
- Diario de Sesiones del Senado, Sesión 3ª de martes 22 de marzo de 2016. [En línea] <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=57930&prmTIPO=BOL_ETINOFICIAL> [Fecha consulta: 01 de enero de 2017].
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Búsqueda de la palabra “caso”. [En línea] Disponible en: <<http://dle.rae.es/?id=7pG16he>> [Fecha consulta: 17 de abril de 2018].
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Búsqueda de la palabra “libertad” [En línea] Disponible en: <<http://dle.rae.es/srv/fetch/fetch?id=NEeAr5C>> [Fecha consulta: 17 de abril de 2018].
- EDWARDS, Matías, (2012). “*Una mirada crítica a la evolución del derecho a la libertad personal a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: (período 2004-2010)*”. [En línea] Disponible en: <<http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/113021>> [Fecha consulta: 13 de abril de 2018].
- Informe de la Biblioteca del Congreso Nacional, visto en Informe de la Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento, Boletín 9036-07, sesiones celebradas los días 9 y 15 de octubre, 5 y 26 de noviembre y 3, 4, 9, 10 y 17 de diciembre de 2013. Informe recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modificaba la ley número 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, para establecer la medida de control preventivo de identidad. [En línea]

Disponible en:
<<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=16484&prmTIPO=INFORMEPLEY>> [Fecha consulta: 13 de abril de 2018].

- Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletín número 9885-07, legislatura 363ª sesiones celebradas los días 7, 13 y 20 de octubre y 10, 16 y 17 de noviembre de 2015. [En línea] Disponible en:
<<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=18238&prmTIPO=INFORMEPLEY>> [Fecha consulta: 21 diciembre de 2016].
- Informe de la Comisión Mixta. Boletín número 9.885-07, Legislatura 364ª, Sesiones celebradas los días 4, 9 y 11 de mayo de 2016. Sala de la Comisión Mixta, a 12 de mayo de 2016. [En línea] Disponible en:
<<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=18575&prmTIPO=INFORMEPLEY>> [Fecha consulta: 21 diciembre de 2016].
- Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana. Boletín 9885-07, Cámara de Diputados, legislatura 363ª, sesión 43ª, 02 de julio de 2015. [En línea] Disponible en:
<<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=17719&prmTIPO=INFORMEPLEY>> [fecha consulta: 21 diciembre de 2016].
- Informe de la Corte Suprema. Boletín Número 9.885-07, Oficio número 102-2015, legislatura 363ª, Sesión 72ª, 14 de septiembre de 2015. [En línea] Disponible en:
<<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=20464&prmTIPO=OFICIOPLEY>> [Fecha consulta: 21 diciembre de 2016].
- Mensaje Presidencial. Boletín número 1167-362, Santiago, 23 de enero de 2015. [En línea] Disponible en:
<<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=7819>> [Fecha consulta: 21 diciembre de 2016].
- MERINO, María, RAMOS, Cesar. “*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. Universidad de Chile. Disponible en:
<http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-ramos_c/html/index-frames.html> [consulta: 16 de abril de 2017].
- NASH ROJAS, Claudio. “*La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*”. *Tendencias jurisprudenciales* [en línea]. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2008]. Disponible en: <

- <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/106789>> [Fecha consulta: 1 de enero 2017].
- Oficio del Tribunal Constitucional, legislatura 364ª, oficio en sesión 35, 14 de junio de 2016. [En línea] Disponible en: <<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=21256&prmTIPO=OFICIOPLEY>> [Fecha consulta: 14 de abril de 2018].
 - Perfeccionamiento de Normas Sobre Persecución y Aplicación de Penas Por delitos de Robo, Hurto y Receptación. Discusión general, Boletín 9885-07, legislatura 363ª, en sesión 67ª, 09 de septiembre de 2015. [En línea] Disponible en: <<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=11351%20&prmTIPO=TEXTOS ESION>> [Fecha consulta: 01 de enero de 2017].
 - Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. [En línea] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15551>> [Fecha consulta: 18 de abril de 2018].
 - Promulga la Convención sobre el Derecho de los Tratados y su Anexo. [En línea] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12889>> [Fecha consulta: 17 de abril de 2018].
 - Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile publicado en 10 de agosto de 1818. [En línea] Disponible en: <https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion/c_1818.pdf> [Consulta: 13 de marzo de 2018].
 - ROCO, Hugo. “L *‘autorità Della cosa Giudicata e i suoi limiti soggetti’*”. p. 299. Citado por GARCIA Maynes, Eduardo. En: “La libertad como derecho y como poder”. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, tomo I, junio-agosto de 1939, número 3. [En línea] Disponible en: <file:///C:/Users/Alumno/Downloads/30129-27231-1-PB.pdf> [Fecha consulta: 04 de marzo de 2018]
 - SILVA BASCUNAN, Alejandro; SILVA GALLINATO, María Pía. “*Derechos Humanos en la Constitución de 1925*”. *Ius et Praxis* [online]. 2003, vol.9, n.1 [En línea], sp. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100013&lng=es&nrm=iso> [Fecha consulta: 1 de enero de 2017].

- Subsecretaría de Prevención del Delito” “*Plan Nacional de Seguridad Pública y Prevención de la Violencia y el Delito, Seguridad para Todos*”, Santiago, 2014. [En línea] <<http://www.seguridadpublica.gov.cl/media/2014/10/Plan-Nacional.pdf>> [Fecha consulta: 21 diciembre de 2016].
- Unidad de análisis estadístico. “*Organizaciones Sindicales*” [En Línea] Santiago, Chile: Dirección del Trabajo, 2014. Disponible en <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-62614_recurso_1.pdf> [Fecha consulta: 2 de enero 2017].