

# INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE LAS EXIGENCIAS DEL CONTROL DE IDENTIDAD. PROPUESTA PARA UNA INTERPRETACIÓN FLEXIBLE

**ROMÁN ZELAYA RÍOS**

**RESUMEN:** Al definir los contornos del control de identidad, la Corte Suprema ha establecido en el fallo comentado una interpretación que podría calificarse como literal y autónoma, sin considerar en su análisis elementos ajenos al tenor literal de la norma que permitan una interpretación más elástica y flexible, atendiendo de ese modo a las “circunstancias” –como señala el artículo 85 del CPP–, y así lograr una interpretación que aumente o disminuya los estándares que justifican el control de identidad para cada situación. Si bien hay unas reglas básicas que la Corte ha mantenido en sus interpretaciones del control de identidad (contexto y situación), en general sus fallos no han permitido generar criterios uniformes de aplicación general que permitan consolidar una jurisprudencia clara en torno al control de identidad, fallando en un sentido u otro dependiendo de cada caso. Esto configura de algún modo una abdicación del rol de la Corte para unificar criterios jurisprudenciales, la que sin duda genera consecuencias jurídicas. La principal consecuencia de este fenómeno han sido las propuestas legislativas para modificar el citado artículo 85 del Código Procesal Penal, propuestas que en su mayoría son criticadas por el mundo académico por estimar que ellas no responden a evidencia empírica, que hay una ausencia de un debate serio de los objetivos, hay un alto riesgo de vulneración de derechos personales y por último un germen de discriminación en la aplicación de las nuevas facultades que tendrían las policías. A este respecto, y a modo de tesis, se plantea que no son propiamente necesarias las modificaciones legales propuestas, sino que bastaría una interpretación y aplicación diferenciada de los estándares de los controles de identidad, a partir de la actual redacción de la norma, ampliando o restringiendo las facultades de las policías dependiendo de las circunstancias, no solo de aquellas que concurren fácticamente a la situación, sino también de las que dicen relación con un contexto situacional y aquellas que deriven de los principios de la lógica y máximas de la experiencia.

**SUMARIO:** 1. Recurso de Nulidad por infracción de Garantías con ocasión del control de identidad. 2. Supuesto fáctico. Rol Corte Suprema 10.772-2015. RUC 1410024173-1. 3. Fundamentos del Recurso. 4. Fallo Corte Suprema. 4.1. Voto disidente. 5. Importancia del rol de control de identidad para su interpretación.

Prevención versus persecución. 6. Importancia del doble rol preventivo-represivo. 7. Concepto del control de identidad. Prevención y persecución. 8. Alcance de los indicios. Contexto situacional y máximas de la experiencia. 9. Controles y registros sin indicios y al margen del control policial o jurisdiccional. La realidad supera a la norma. 10. Propuestas de interpretación y aplicación elástica y diferenciada del artículo 85. Modelo que distingue la finalidad y modelo que distingue las circunstancias y el contexto situacional. 11. Las circunstancias. 11.1. Especificación de las circunstancias. 12. La hipótesis del control cuando el sujeto pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta. 13. Límites a los criterios de interpretación y aplicación diferenciada. 14. Consecuencias de la falta de criterios unificadores y flexibles. 15. Conclusión.

## 1. RECURSO DE NULIDAD POR INFRACCIÓN DE GARANTÍAS CON OCASIÓN DEL CONTROL DE IDENTIDAD

Durante el año 2015 la Corte Suprema debió pronunciarse en numerosas ocasiones respecto de Recursos de Nulidad, fundados en infracción de garantías constitucionales ocasionadas a propósito de controles de identidad realizados por la policía, que fueron cuestionados durante el proceso respecto del cumplimiento de los supuestos fácticos para realizar dicho procedimiento<sup>1</sup>.

En razón de la anterior, la Corte ha tenido –a propósito de estos recursos– diversas oportunidades para definir e ir asentando o consolidar una interpretación que determine el real alcance y sentido de una norma que establece un tema sensible en la discusión pública y académica, que no es otra que la mayor o menor extensión de las facultades que la norma del artículo 85 del Código del ramo otorga a las policías en la prevención, investigación o persecución de los delitos.

Dicho lo anterior, resulta algo frustrante que, a partir de los fallos que ha emitido nuestro máximo tribunal, no se haya logrado generar una interpretación más o menos nítida que delimite y aclare precisamente el contenido y alcance de la referida norma. Es frustrante por una parte pues la Corte Suprema no ha asumido –probablemente porque en forma deliberada no ha querido “casarse” con definiciones generales– un rol unificador que cada vez más reclama la sociedad y, por otro lado, también es frustrante que finalmente

---

<sup>1</sup> Ver SCS Roles 10.772-2015; 3583-2015; 5841-2015.

esa falta de definición termine redundando en la “necesidad y urgencia” política de legislar con la finalidad, precisamente, de definir legalmente los alcances del control de identidad, sin que la jurisprudencia lo haya hecho en el marco de la aplicación de esa norma.

En efecto, hay fallos que realizan interpretaciones en ocasiones restrictivas y en ocasiones extensivas, con votos de mayorías y minorías que no siempre se repiten. En definitiva, se trata de fallos que intentan únicamente resolver el caso en particular, en función de cuestiones circunstanciales, sin pretender ni aspirar a generar conceptos o definiciones jurídicas de carácter más general y unificadores de la jurisprudencia en esta materia.

Precisamente y vinculado con lo expuesto, creo útil comentar un fallo de la Excma. Corte Suprema que anula un juicio oral celebrado en el Tribunal Oral de Copiapó, fundado en la causal del art. 373 letra a) del Código Procesal Penal en relación con el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política del Estado, esto es, infracción de la garantía constitucional del debido proceso, ya que se consideró que la prueba valorada por el Tribunal para efectos de condenar a un sujeto por el delito de tráfico de drogas, habría sido obtenida ilegalmente pues se logró a partir de un control de identidad viciado, toda vez que se realizó sin que existiera el *indicio* como supuesto del ejercicio de las facultades que esa norma confiere a la policía.

## 2. SUPUESTO FÁCTICO. ROL CORTE SUPREMA 10.772-2015. RUC 1410024173-1

El supuesto fáctico está dado por un registro de una maleta efectuado por Carabineros en el terminal de buses de Calama, luego de haber sido informados por el auxiliar del bus que una maleta le resultó sospechosa, por peso, tamaño y tacto, aspectos que fueron corroborados por el funcionario policial, para posteriormente ubicar al pasajero-propietario, y en su presencia registrar la referida maleta. En la maleta se encontraron 6,1 kg de marihuana prensada distribuida en 8 paquetes.

El Tribunal Oral condenó al acusado, desestimando las alegaciones de la defensa respecto de la validez del procedimiento de control y registro, y consecuentemente de la prueba obtenida en dicho procedimiento, que deviene en ilegal, en particular la droga y las declaraciones de los policías que participaron en el procedimiento.

### 3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Contra dicha decisión la defensa recurrió de nulidad, en virtud de la causal de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y 1, 85 y 276 del Código Procesal Penal, basado en la vulneración al debido proceso ya que se sostiene el fallo en prueba obtenida ilegalmente, al no haberse dado por supuestos jurídicos del control de identidad a que fue sometido el imputado y, consecuentemente, la revisión de sus vestimentas o equipajes., toda vez que no había un indicio para proceder de acuerdo al artículo 85 del Código.

Siendo un Recurso por infracción de garantías, su conocimiento correspondió a la Corte Suprema.

### 4. FALLO CORTE SUPREMA

La Corte, en fallo de mayoría, resolvió que el control de identidad bajo cuyo amparo se realizó el procedimiento de registro, se encontraba viciado desde el momento que no existían los indicios que exige el artículo 85 del Código para que la intervención policial resultara legítima.

Cabe consignar que ante el Tribunal Oral recurrido –que condenó por mayoría– el tema se planteó por el recurrente –preparando así el recurso– siendo desechadas tales alegaciones, señalando al efecto:

*“Que no se apreció por los sentenciadores de mayoría un procedimiento irregular por parte de las policías. Que en estrados dieron cuenta de manera razonable y justificada del porqué realizaron el control de identidad al acusado, refiriendo en todo momento que los antecedentes e indicios los aportó el auxiliar del bus, los cuales fueron verificados por ellos en el desarrollo de la fiscalización, es así que afirman que fue el auxiliar quien les indicó lo de la maleta, la cual palpó el funcionario Muñoz Alcayaga, confirmando los dichos del auxiliar, después de esto se determinó la identidad del acusado ya que el auxiliar les dijo quién era y las razones por las que lo recordaba. No vislumbrándose vicio alguno en la realización del procedimiento adoptado por los policías”.*

Los fundamentos medulares que la Corte consideró para acoger el recurso, y estimar que no había indicios para proceder al control de identidad se encuentran en los considerandos sexto y octavo:

*Sexto: Que, a juicio de esta Corte, en las circunstancias antes referidas no se observan indicios de que el acusado Villanueva Orellana se encontrare cometiendo delito alguno, que facultara a los agentes policiales para controlar su identidad según el artículo 85 del Código Procesal Penal y, consecuentemente, para el registro de su equipaje.*

*En efecto, el que la maleta tuviera un “peso anormal” y que en su interior se transporte algo “contundente como unos paquetes” o “un objeto duro como ladrillo”, no pueden conformar tales indicios.*

*En primer término, nada se razonó sobre el tamaño y peso total de la maleta, solo conociéndose el peso bruto de los ocho paquetes que esta contenía, que resultó ser poco más de seis kilos, único dato al que por ende debe estarse, y el cual, así sin más, no puede ser catalogado como anormal y, principalmente, no permite inferir que lo transportado – aun concediendo que sea un peso no corriente de equipaje– corresponda a una droga contemplada en el Reglamento de la Ley N° 20.000. Asimismo, que la forma y densidad de lo contenido en la maleta concorden con las que generalmente poseen los bultos que se confeccionan para el tráfico y transporte de grandes cantidades de marihuana, no puede considerarse un indicio –ni siquiera en conjunto con el dato de su peso ya comentado– de la comisión del delito de tráfico de drogas, pues ello importaría degradar el umbral para llevar a cabo esta diligencia a límites insoportables. Repárese que las características que llamaron la atención de los funcionarios policiales –un objeto hexaedro con cierto peso y consistencia– corresponden a los paquetes y su envoltorio que regularmente presentan las encomiendas que se portan, trasladan o envían dentro o fuera del territorio y que, por tanto, no tienen nada de excepcional en el caso sub lite.*

*Así las cosas, de aceptar lo planteado por los sentenciadores, implicaría que meras coincidencias accidentales y de escasa relevancia como la forma, peso y solidez de los objetos que se portan, trasladan o envían, con las que presentan los contenedores o bultos usados para el traslado de cierto tipo de droga, habilitarían a los agentes estatales para limitar transitoriamente la libertad ambulatoria de las personas y afectar su intimidad y privacidad mediante el registro de sus vestimentas, equipaje y vehículo, interpretación que se confronta con lo prevenido en el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República, pues el alcance desmesurado que lo decidido por la sentencia importa dar al artículo 85 del Código Procesal Penal, específicamente a lo que debe entenderse como un indicio que faculte a las policías para el control de*

*identidad, conculca en su esencia los derechos y garantías constitucionales antes aludidos.*

*En ese contexto, la información entregada por el auxiliar del bus a los funcionarios policiales solo comporta la obtención de elementos que habilitaban a estos últimos para realizar otras diligencias propias de su labor policial preventiva o, incluso, para poner en conocimiento los hechos del Fiscal de Turno, para que por su intermedio se obtuviere la correspondiente orden judicial de registro e incautación.(...)*

*Octavo: Que la ilicitud constatada, esto es, la falta de indicios que habilitaran a los agentes policiales para llevar a cabo el control de identidad que regula el artículo 85 del Código Procesal Penal, reviste trascendencia y sustancialidad en el caso de autos pues tuvo como corolario el hallazgo de la droga incautada en el equipaje del acusado, la que corresponde al objeto material del delito por el cual fue condenado este.*

*En conclusión, el actuar policial en análisis constituye una violación al derecho a una investigación racional y justa que garantiza el artículo 19 N° 3, inciso 6°, de la Constitución Política de la República, pues el imputado se ve sometido a actuaciones investigativas efectuadas al margen del estatuto legal pertinente, cuyo objeto preciso es legitimar la actuación policial en su labor de recopilación de antecedentes que más tarde puedan servir de sustento a un pronunciamiento condenatorio. A results de lo verificado, toda la evidencia de cargo obtenida con ocasión de la diligencia de control de identidad adolece de ilicitud y, por ende, no ha podido ser empleada en juicio y tampoco ha debido ser valorada como elemento de prueba contra el imputado, por lo que el recurso será acogido y, para que la corrección de los vicios cometidos sea completa se ordenará la realización de un nuevo juicio oral, con prescindencia de toda la prueba afectada por ilicitud”.*

#### 4.1. Voto disidente

El voto de minoría, redactado por el Ministro Sr. Lamberto Cisternas, disiente de la mayoría y razona en el sentido que sí existían los indicios exigidos por la norma, y realiza una interpretación de la misma, que incorpora elementos como el contexto situacional, como el lugar donde se realiza el control de identidad, el hecho que se trataría de una norma que también justifica una labor preventiva de las policías, y le da una elasticidad a partir de la expresión “según las circunstancias” que menciona el citado artículo 85 del CPP.

2º) *Que con la causal principal impetrada, el recurrente nada más arguye que los accidentes del peso de la maleta y de la edad del dueño de esta, no constituyen los indicios que enuncia el artículo 85 del Código Procesal Penal, con lo que pasa por alto que los juzgadores también tuvieron en consideración para dar por concurrentes esos indicios que el auxiliar palpó la maleta al subirla al bus percibiendo directamente que se trataba de algo contundente como unos paquetes o un objeto duro como ladrillo, lo que fue confirmado por uno de los funcionarios policiales al revisar externamente el equipaje antes de proceder al control de identidad del acusado. Respecto de estos pormenores, capitales para entender que se presentaban en la especie los indicios habilitantes para llevar adelante el control de identidad, nada se refiere en el recurso, sin cuestionar de modo alguno que tales elementos pudieran componer los indicios necesarios para la diligencia en cuestión, aisladamente o en conjunto con lo concerniente al peso de la maleta.*

3º) *Que, en ese orden de ideas, el texto del artículo 85 del Código Procesal Penal señala expresamente que la estimación de la existencia de indicios sobre la comisión, o intento o disposición a la comisión de un delito, debe hacerse “según las circunstancias”, que no son otras que las que conforman el contexto situacional en el que está inmerso el policía al momento de realizar tal estimación, razón por la cual no pueden restarse en el discernimiento ex post recaído sobre la corrección o razonabilidad de tal ponderación del agente policial, circunstancias que este tuvo presente en el momento —y que el fallo además ha dado por ciertas—, fundando la nulidad solo en el examen aislado y parcelado de aquellas que sirven para tal pretensión, tal como este disidente advierte en la especie, pues el recurso discurre sobre condiciones más acotadas que las que fundaron el pronunciamiento cuestionado, examinando únicamente aquellas de menor relevancia —peso maleta y edad imputado— y dejando de lado las que fueron medulares para estos efectos —forma y densidad de los objetos contenidos en la maleta apreciados directamente por el auxiliar del bus así como por un funcionario policial al tocarla o palparla por su exterior—.*

4º) *Que, sin perjuicio que el defecto constatado en el planteamiento de la causal principal del arbitrio es suficiente para su desestimación, no resulta en balde mencionar que el fallo impugnado establece también como hecho de la causa, que el imputado se trasladaba desde Calama a Santiago, ruta por la que, como es pública y notoriamente sabido, se transporta habitualmente droga al centro de este país, lo que precisa-*

*mente justifica que este tipo de controles sean regulares y sistemáticos en diferentes puntos de ese tránsito, a diferencia de lo que se observa en el que proviene del sur del territorio. A ello cabe adicionar que, en el caso de estos antecedentes, es justamente un funcionario policial que participa en esos controles el que revisa externamente la maleta del acusado, verificando que esta transportaba objetos de las características relatadas previamente por el auxiliar del bus que ameritaban iniciar la diligencia de control de identidad.*

*5°) Que, por otra parte, no puede pasarse por alto que el estándar requerido para el control de identidad es de baja entidad—solo un indicio— si se lo coteja con la presunción fundada o la convicción más allá de toda duda razonable que se demanda por la ley para otros efectos, lo cual obedece a que, como lo ha dicho esta Corte (SCS Rol N° 3583-15 de 20 de abril de 2015), el fundamento de las potestades que otorga el citado artículo 85 a los agentes policiales se enmarca no solo dentro de sus funciones de persecución del delito, sino también de prevención, lo que explica que el control de identidad pueda llevarse a cabo para descartar la comisión o intento de comisión de un delito. En otras palabras, las facultades que se otorgan en el citado artículo 85 están previstas, precisamente, para casos en que los antecedentes inculpatorios son “equivocos”, donde no hay certeza—en lo que interesa— de la comisión de un delito, de manera que la diligencia de control de identidad justamente será la que entregará más elementos que, ahora apreciados en conjunto—los conocidos antes de la diligencia como los obtenidos de ella— permitan confirmar o descartar dicha actividad delictuosa.*

*Huelga explicar que si en el delito de tráfico de drogas, como el de estos autos, se requiriese a los policías percibir circunstancias que “inequívocamente” den cuenta de la comisión del delito para llevar adelante el control de identidad, lo exigido para realizar la diligencia ya no serían meros indicios, sino derechamente circunstancias propias de la flagrancia, escenario en el cual la diligencia de control de identidad resulta inútil, pues ante tal coyuntura debe procederse a la detención respecto de quien concurren (en el mismo sentido SCS Rol N° 5841-15 de 11 de junio de 2015, donde se declara que no puede limitarse la diligencia de control de identidad solo a aquellos supuestos en que los funcionarios policiales advirtieran directa e inmediatamente alguna “conducta objetiva” que pudiese llevarlos a estimar que la persona que se someterá a la actuación policial está cometiendo o ha cometido un delito, ya que ello importaría que la diligencia de control de identidad demandaría*



*mayores requisitos, o estándares más rigurosos, que la propia detención en la situación de flagrancia de la letra e) del artículo 130 del Código Procesal Penal).*

## 5. IMPORTANCIA DEL ROL DE CONTROL DE IDENTIDAD PARA SU INTERPRETACIÓN. PREVENCIÓN VERSUS PERSECUCIÓN

Es posible detectar en la sentencia y en el voto de minoría, una diferencia significativa. El rol del control de identidad, ¿es únicamente un instrumento de persecución o es también una herramienta para la prevención? Cabe distinguir, porque de hecho, cuando se presentaron las actuales propuestas para modificar la norma, se mencionaba la idea de transformar el procedimiento en uno de carácter preventivo, asumiendo entonces que no lo era.

Es importante aclarar que si bien la primitiva redacción del control de identidad y su finalidad en cuanto a evitar los abusos de la llamada detención por sospecha, parece revelar que el sentido original era más bien una herramienta de persecución y no de prevención, resulta de meridiana claridad que a partir de la primera reforma legal al artículo 85 plasmado en la Ley 19.789 de 30 de enero de 2002, ya se mencionó en forma expresa por el legislador una finalidad preventiva, pues tanto en el mensaje como en la discusión parlamentaria, y a propósito de incorporar la facultad de realizar en este procedimiento un registro de vestimentas, equipaje y vehículos, se indicó expresamente que el control y registro cumpliera además una finalidad preventiva de los delitos que pudieren cometerse.

Este rol preventivo se reforzó aún más con las modificaciones de 15 de abril de 2004 (Ley 19.942) y especialmente con la 14 de marzo de 2008 (Ley 20.253) en la llamada “Agenda Corta Antidelincuencia”.

Tal cual se ha dicho, y conforme al actual texto del artículo 85 y de la historia de su establecimiento y de sus modificaciones, creemos que no cabe duda que la norma tiene un doble rol de persecución, pero también de prevención delictual.

## 6. IMPORTANCIA DEL DOBLE ROL PREVENTIVO-REPRESIVO

Teniendo entonces este doble rol (persecución-prevención) tiene sentido que la interpretación que los tribunales deben hacer de la norma debe considerar, entre otras cosas, ese objetivo de prevención, y que por lo mismo, los indicios deben ser analizados en función no solo de una eventual represión —que en la interpretación de muchos representa una cuasiflagrancia—, como parece sostenerlo la sentencia mayoritaria, sino en función de una situación prevencional que deberá valorarse de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso.

Veamos las diferencias que se dan en la interpretación cuando la prevención forma o no parte del criterio para valorar el alcance de las facultades de las policías, y la mayor o menor extensión de las exigencias para los indicios.

El fallo de mayoría descarta los indicios del caso —limitándolos— como justificación del control de identidad, ateniéndose —parece— únicamente al criterio de persecución de esta herramienta, y establece que los únicos indicios que facultan la intervención policial en este caso, serían aquellos que hicieran evidente una situación delictual, situando el estándar solo un pequeño escalón más bajo que las exigencias de la flagrancia establecidas en el artículo 130 del CPP. Así lo señala cuando dice “no se observan indicios de que el acusado Villanueva Orellana se encontrare cometiendo delito alguno...”

Parece claro que el estándar de la Corte para considerar si se dan los supuestos fácticos para el control de identidad se dieron o no, es muy cercano al estándar de flagrancia, lo que evidentemente no corresponde para la exigencia de un control de identidad que también tiene finalidad preventiva.

Para reafirmar este aserto señala la Corte que “(...) de aceptar lo planteado por los sentenciadores, implicaría que meras coincidencias accidentales y de escasa relevancia como la forma, peso y solidez de los objetos que se portan, trasladan o envían, con las que presentan los contenedores o bultos usados para el traslado de cierto tipo de droga, habilitarían a los agentes estatales para limitar transitoriamente la libertad ambulatoria de las personas y afectar su intimidad y privacidad mediante el registro de sus vestimentas, equipaje y vehículo, interpretación que se confronta con lo prevenido en el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República”.

Por otro lado, el voto disidente precisamente hace hincapié en el rol preventivo del control de identidad, y en tal sentido aprecia y aplica la norma, permitiendo que los estándares sean menos exigentes que los del fallo de mayoría criticándolo en el sentido que consideró “(...) únicamente aquellas de menor relevancia –peso maleta y edad imputado– y dejando de lado las que fueron medulares para estos efectos –forma y densidad de los objetos contenidos en la maleta apreciados directamente por el auxiliar del bus así como por un funcionario policial al tocarla o palparla por su exterior–”.

Y además agrega otros indicios: “(...) no resulta en balde mencionar que el fallo impugnado establece también como hecho de la causa, que el imputado se trasladaba desde Calama a Santiago, ruta por la que, como es pública y notoriamente sabido, se transporta habitualmente droga al centro de este país, lo que precisamente justifica que este tipo de controles sean regulares y sistemáticos”.

Por último se refiere a los estándares de este procedimiento: “(...) no puede pasarse por alto que el estándar requerido para el control de identidad es de baja entidad –solo un indicio– si se lo coteja con la presunción fundada o la convicción más allá de toda duda razonable que se demanda por la ley para otros efectos, lo cual obedece a que, como lo ha dicho esta Corte (SCS Rol N° 3583-15 de 20 de abril de 2015), el fundamento de las potestades que otorga el citado artículo 85 a los agentes policiales se enmarca no solo dentro de sus funciones de persecución del delito, sino también de prevención, lo que explica que el control de identidad pueda llevarse a cabo para descartar la comisión o intento de comisión de un delito”.

En suma, si resulta pacífico a estas alturas que el control de identidad no solo tiene un rol represivo o persecutor, sino que también contiene una finalidad preventiva, parece entonces evidente que la interpretación que los tribunales deben hacer del artículo 85, necesariamente debe considerar esta finalidad a la hora de su interpretación y aplicación. El correcto sentido y alcance de una norma siempre debe considerar la naturaleza y finalidad de la norma a interpretar, especialmente cuando los resultados de la interpretación serán diferentes si se privilegia una u otra finalidad a la hora de aplicar el criterio teleológico de interpretación.

## 7. CONCEPTO DEL CONTROL DE IDENTIDAD. PREVENCIÓN Y PERSECUCIÓN

El control de identidad, entonces, es un procedimiento de naturaleza preventivo-investigativa, que constituye un deber de los agentes policiales en los casos señalados por ley, que permite la afectación del derecho a la libertad personal y a la vida privada, con la finalidad de identificar a sujetos sospechosos y no sospechosos, y de realizar otras medidas de investigación expresamente señaladas por ley<sup>2</sup>.

Podríamos agregar que este procedimiento incluye un conjunto de actividades policiales, y que tiene un plazo máximo establecido en la ley.

En virtud de una definición como esta, se concluyen los elementos centrales de este procedimiento.

- Finalidad preventiva-investigativa.
- Caso fundado en la ley para realizarlo.
- Afectación de derechos. (Mayor o menor intensidad)
- Justifica otras medidas invasivas.
- Plazo legal.

## 8. ALCANCE DE LOS INDICIOS. CONTEXTO SITUACIONAL Y MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA

El voto de minoría introduce un interesante elemento de análisis, no solo para este caso en particular, sino que en general para el análisis e interpretación de las normas, cual es el conocimiento general del juez que falla y el contexto situacional. Es lo que el CPP llama las máximas de la experiencia. Esto es lo que permite además dar cierta elasticidad a la interpretación de la norma, pudiendo ser en ocasiones restrictiva y en otra extensiva.

En la especie, el voto de minoría indica que dentro de los antecedentes que se deben tener a la vista para los efectos de tener por justificada la existencia de indicios, se encuentra el lugar donde ocurre el procedimiento.

---

<sup>2</sup> RAMOS Y MERINO (2010), p. 224

“...no resulta en balde mencionar que el fallo impugnado establece también como hecho de la causa, que el imputado se trasladaba desde Calama a Santiago, ruta por la que, como es pública y notoriamente sabido, se transporta habitualmente droga al centro de este país, lo que precisamente justifica que este tipo de controles sean regulares y sistemáticos en diferentes puntos de ese tránsito, a diferencia de lo que se observa en el que proviene del sur del territorio.”

Este hecho permitiría –en conjunto con otras cuestiones situacionales– constituir indicios que permitan el registro en el marco del control de identidad de acuerdo al criterio del voto de minoría.

De este modo, la hora, el lugar, la ropa, el contexto situacional, son elementos que pueden y deben tenerse a la vista a la hora de evaluar la existencia de indicios que permitan realizar el procedimiento de control de identidad, y ello no debiese vulnerar los límites normativos, toda vez que es la propia norma la que introduce este elemento, a través de la expresión “(...) *según las circunstancias...*”

Las circunstancias son aquellos hechos que varían en cada situación a analizar. Si tales hechos varían, también puede variar la apreciación jurídica de ellos.

## 9. CONTROLES Y REGISTROS SIN INDICIOS Y AL MARGEN DEL CONTROL POLICIAL O JURISDICCIONAL. LA REALIDAD SUPERA A LA NORMA

Los controles y registros basados en una cuestión puramente situacional, sin otros indicios de por medio –es necesario decirlo con entera claridad–, ocurre todos los días, miles de veces en nuestro país, a la vista de todo el mundo, sin que se adviertan cuestionamientos respecto de la legalidad de ese proceder.

En efecto, basta con ir a un mall, al estadio, a un condominio privado, a un edificio público, a un museo y a los tribunales del país<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Hoy está instalada en nuestra sociedad que cada vez que uno quiere ingresar a estos recintos o se le pide su cédula, o se registra su bolso o mochila o ambos. No hay excepción. Ello ocurre en lugares públicos y privados. Si bien en los privados se podrá justificar en las facultades del propietario para el ingreso de personas, es evidente que esta justificación no es aceptable en lugares de acceso público.

Por ejemplo, en el acceso a los estadios hay un operativo denominado Estadio Seguro, que se utiliza permanentemente, en que se identifica y registra a todos los asistentes –hay que decir que en una forma muy indigna y humillante– labor que es hecha a un conjunto de miles de personas por el solo hecho de asistir al recinto deportivo ¿qué es eso? ¿Hay amparo legal o es meramente un hecho tolerado por la sociedad? ¿Es un indicio ir al estadio?

Para qué decir en los aeropuertos en que somos controlados y registrados varias veces antes de subir al avión. Abrir y cerrar maletas y mochilas es pan de todos los días.

Adicionalmente a esto, hay que mencionar que en los accesos a numerosos edificios públicos y privados ya no solo somos controlados y registrados, sino que quienes lo hacen no son policías o funcionarios públicos: son guardias privados que responden a los intereses e instrucciones de sus mandantes. En este caso, en que un privado pide identificar al sujeto y le solicita su bolso para revisión, ¿cuál es el estatus jurídico bajo el que se actúa?

Para el final, dejo la paradoja de que prácticamente todos los tribunales del país cuentan con personal que controla y registra el ingreso de los individuos que deben acceder a ellos, y que ese personal consiste precisamente en guardias privados (excepcionalmente Gendarmes en Cortes).

¿Por qué nadie cuestiona este actuar, o reclama la falta de indicios para proceder a este control al margen de la normativa, o alega vulneración de garantías interponiendo los recursos del caso? Y en el evento que ello ocurriese, ¿cuál sería la decisión de los tribunales, si en la puerta del juez que estará resolviendo esta alegación, hay un guardia controlando el acceso del mismo sujeto que reclama?

Posiblemente el orden público y las facultades del propietario podrían ser respuestas comunes. Sin embargo, ello sería una hipocresía, pues parece evidente que en esos casos se hacen controles de identidad al margen de la ley, y la sociedad tolera estos procedimientos en aras de su propia seguridad.

Pero subsiste la pregunta, ¿hasta dónde se puede llegar con estos controles al margen de la legalidad y del control jurisdiccional? ¿Qué hubiese pasado en el caso que conoció la Corte Suprema, si hubiera habido un guardia en el acceso del terminal de buses pidiendo la iden-

tividad de los que ingresan al recinto con un scanner donde deben pasar las maletas y en tal actividad se hubiera detectado el contenido de la misma? ¿Se hubiere cuestionado la validez de ese registro? ¿Cuál sería la decisión jurídica en tal evento?

En definitiva, el punto que se quiere demostrar, es que no se puede pretender que, a propósito de un control de identidad, las exigencias fácticas y jurídicas del procedimiento que hacen los tribunales fijen un alto nivel de estándares, cuando a una cuadra se realizan cientos o miles controles y registros sin que se exija ningún tipo de supuesto, indicio o caso fundado.

La realidad siempre va más allá de la norma, pero esta debe tener cierta capacidad de adaptación, precisamente a través de una interpretación judicial flexible que, dentro de los propios límites normativos –en este caso las circunstancias– incorpore elementos situacionales y de las máximas de la experiencia para valorar la procedencia legal del control de identidad en cada uno de los casos que se debe examinar.

Justamente, por esta realidad es que parece razonable incorporar estos hechos como antecedentes útiles para la mayor o menor extensión de la interpretación de la norma de control de identidad de cada caso en particular. Si bien el contexto situacional por sí solo nunca debiera ser considerado suficiente para fundar en control de identidad, si debe ser incorporado como elemento de análisis para la interpretación de la norma.

En suma, sin pretender validar cualquiera actuación de registro y control –desde ya algunas de las descritas parecen altamente cuestionables–, no parece sin embargo razonable una interpretación sumamente restrictiva sobre las facultades del control a las policías en su rol de prevención, sin considerar las acciones de registro y control que se hacen masivamente y a diario en nuestro país, cuando además muchas de ellas son efectuadas por privados quienes en la práctica se encuentran fuera del control jurisdiccional.

## 10. PROPUESTAS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN ELÁSTICA Y DIFERENCIADA DEL ARTÍCULO 85. MODELO QUE DISTINGUE LA FINALIDAD Y MODELO QUE DISTINGUE LAS CIRCUNSTANCIAS Y EL CONTEXTO SITUACIONAL

A nuestro juicio, una fórmula que permite que la norma del artículo 85 CPP sea interpretada adecuadamente para cada caso, es generar estándares que permitan una interpretación y/o aplicación diferenciada dependiendo de algunos elementos.

Hay dos formas de dar aplicación diferenciada a la norma del artículo 85 del CPP.

### 10.1. Aplicación diferenciada según la finalidad del procedimiento<sup>4</sup>.

La primera es aquella que describen Ramos y Merino en su propuesta, que, en síntesis, señala la aplicación de dos modelos regulativos según sea la finalidad del procedimiento. En un caso, la comprobación o descarte mediante un registro de una flagrancia eventual, y en el otro caso, la sola identificación del sujeto.

El primer modelo de control de identidad se fundamenta en la existencia de indicios que permiten realizar un registro de carácter limitado, que tiene por finalidad, además de la seguridad del agente, la búsqueda de evidencia del ilícito. De este modo, el control de identidad es un instrumento para realizar una detención, cuya finalidad es tanto la identificación como la indagación del ilícito pesquisado, con el objeto de verificar o descartar una situación de flagrancia.

El segundo modelo propuesto constituye una menor injerencia en los derechos fundamentales del individuo: el control de identidad de fines exclusivamente identificativos. Es procedente en aquellos casos en que no exista una imputación que por su gravedad importe la realización de un registro investigativo en aras de verificar una situación de flagrancia.

Esta distinción aparece como importante a la hora de determinar el nivel de afectación de las garantías individuales del sujeto controlado,

---

<sup>4</sup> RAMOS Y MERINO (2010).



pues en el primer modelo, se tolera un mayor nivel de afectación que en la hipótesis del segundo modelo propuesto.

Esta aplicación diferenciada permitiría explicar los problemas interpretativos, que se expresa en la distinción entre el control de identidad represivo y preventivo –lo que se manifiesta en los supuestos de hecho que constituyen casos fundados–, la distinción entre sujeto sospechoso y no sospechoso, y las distintas finalidades asignadas al control de identidad.

### **10.2. Interpretación y aplicación diferenciada según las circunstancias. Contexto situacional y caso de información útil para indagar de un delito**

Esta segunda fórmula de interpretación y aplicación diferenciada del artículo 85, tiene que ver ya no con la finalidad, sino con el contexto situacional en que se desarrolla el control de identidad y las máximas de la experiencia. En simple, aplicar criterios diferentes, de mayores o menores estándares, que autoricen la realización del procedimiento, frente a hechos similares, cuando el contexto sea diferente.

Hay que partir señalando que el texto literal de la norma regula sin distinción algunas de esas facultades, y cuando habla de indicios nada dice tampoco de cuestiones ajenas a la situación fáctica determinada del sujeto fiscalizado. Las únicas ventanas que amplían o restringen el entendimiento de la norma, está dado por la expresión circunstancias y por la hipótesis de que el fiscalizado pueda tener información útil para la indagación de un delito.

## 11. LAS CIRCUNSTANCIAS

La norma del artículo 85 señala que el control de identidad se podrá realizar por la policía cuando estime que existen indicios, los que deberán ser valorados según las circunstancias, y por lo mismo, la variación de estas, sea de lugar, hora, contexto situacional u otras, sin duda permitirán que unos casos se justifique el control de identidad y en otros no, siendo, no obstante, y en esencia, los mismos hechos que dan lugar a él. Es decir, a los elementos fácticos concurrentes, agregamos las circunstancias y así los factores que se deben analizar a la hora de determinar la procedencia del control de identidad, serán varios y excederán el hecho particular aislado de toda otra valoración.

Las circunstancias del caso pueden ser múltiples y variadas. El lugar, la hora, el tránsito, lo que ocurrió en las cercanías, lo que dijo una vecina. Cualquiera circunstancia que tenga un criterio mínimo de razonabilidad puede ser considerado para valorar la procedencia del control de identidad, pues el criterio relevante para que el control de identidad sea legítimo, es el de razonabilidad *ex ante* del indicio que le sirve de fundamento, teniendo en cuenta todos los elementos configuradores de los posibles indicios.

No obstante, hay que tener presente que estos factores situacionales no pueden ser considerados como único antecedente, pues en tal caso se abre claramente la puerta a la discriminación. Así el lugar es un antecedente, pero no puede ser el único. En el voto de minoría, cuando se señala que la ciudad donde se produce el control –Calama– no puede perderse de vista, pues es sabido que se trata de un corredor para el transporte de droga. Es un antecedente adicional a otros señalados, pues si fuera el único antecedente ello sería evidentemente estigmatizante y discriminatorio. Lo mismo con la hora, es un antecedente, pero no puede ser el único.

Como dice Duce, debemos considerar que no todos los chilenos somos “potenciales objeto” de control de identidad, sino que este se focaliza en personas jóvenes y que pertenecen a ciertos grupos sociales, lo que hace que la proporción entre el total de controles y número de ciudadanos potencialmente controlables sea aún mayor en el grupo objetivo donde normalmente se ejercen. El mismo autor nos señala que en Nueva York, incluso en barrios donde solo el 24 por ciento de la población es negra y latina, este grupo representa el 79 por ciento de los controles<sup>5</sup>.

Por lo mismo resulta relevante que estas circunstancias sean un complemento de un hecho o indicio anterior, aquel que permita darle entidad suficiente para cumplir el estándar de la norma, y no al revés.

### **11. 1. Especificación de las circunstancias.**

Si queremos dar a las circunstancias valor especial para una aplicación diferenciada, es evidente entonces que debemos exigir que ellas

---

<sup>5</sup> DUCE (2016).

se especifiquen con detalle, elevando los estándares para su valoración.

De este modo la utilización de formulismos genéricos, tales como *...fue controlado por su actitud evasiva, ... actitud sospechosa, ... por sus gestos y conductas, ...por estar nervioso....*, menos justifican por sí solas la realización de un control de identidad, pues se requiere especificar en qué consisten esas actitudes, gestos y conductas y el motivo por el cual ellas constituyen un indicio suficiente para la realización del procedimiento, para que se pueda determinar claramente si concurre el criterio de razonabilidad

Así, por ejemplo, un control de identidad de un sujeto que camina tranquilamente con una mochila por la Alameda frente a La Moneda a las 15.00 horas, evidentemente carece de motivo fundado, toda vez que no hay ninguna hipótesis de indicio para desarrollar el procedimiento. Sin embargo, en la misma situación de lugar y hora el mismo sujeto camina con la mochila, pero si media hora antes hubo una explosión en un acceso de La Moneda, después de una protesta ciudadana, pareciera ser que frente a este hecho situacional, ocurrido momentos antes en las cercanías, se justifica la intervención policial, no solo para él, sino para muchos transeúntes que circulan por el lugar con bolsos que eventualmente sirvieran para ocultar evidencia.

En el primer caso, la interpretación restrictiva del control de identidad parece ser la idónea, pues de otro modo sería una conducta funcionaria arbitraria, toda vez que no hay ningún antecedente que justifique el control de identidad.

En el segundo evento, en cambio, una interpretación menos restrictiva o más flexible, permite justificar la intervención policial, pues que un sujeto portando una mochila, momentos después y en los alrededores de un lugar donde ha habido un atentado explosivo, al principal edificio republicano del país, en medio de una manifestación ciudadana, puede constituir un indicio suficiente que justifica el control de identidad.

## 12. LA HIPÓTESIS DEL CONTROL CUANDO EL SUJETO PUDIERE SUMINISTRAR INFORMACIONES ÚTILES PARA LA INDAGACIÓN DE UN CRIMEN, SIMPLE DELITO O FALTA

La amplia posibilidad de utilizar el control de identidad fundado en esta hipótesis es defendida entre otros por Duce, quien critica a aquellos que se quejan de la estrechez de las hipótesis para proceder al control de identidad, cuando el uso de esta hipótesis para fundar el control, es amplísima y “*abre enormemente el ámbito de procedencia del control*”<sup>6</sup>.

Hay que decir que en la práctica –al decir de los operadores del sistema– esta hipótesis para justificar los controles de identidad, es bajísima, en circunstancias que daría bastante mayor laxitud a la procedencia de los mismos, especialmente cuando han sucedido hechos delictuales en lugares próximos y/o en tiempos inmediatos.

Así por ejemplo, si hubo una denuncia por violación en una plaza, y la policía recibe la denuncia, ¿es posible pensar razonablemente que se podría controlar la identidad de todas las personas que circulen en 3 cuadras a la redonda, utilizando como argumento que podrían suministrar informaciones útiles para la indagación de ese hecho?

Pareciera ser que se cumpliría un estándar mínimo de razonabilidad para proceder de ese modo y darle sustento legal a ese actuar.

Incluso el ejemplo anterior, del sujeto caminando con la mochila, también podría ampararse en esta figura, atendida la proximidad espacial y temporal del hecho criminal del ejemplo.

Esta hipótesis, como se ha usado poco, no tiene un desarrollo jurisprudencial ni doctrinal suficiente que nos permita conocer los límites que se han dado al respecto, pero evidentemente es una enorme puerta para flexibilizar las potenciales hipótesis que justifican el control de identidad en circunstancias legítimas y con criterios de razonabilidad.

---

<sup>6</sup> DUCE (2016), p. 79.

### 13. LÍMITES A LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DIFERENCIADA

Naturalmente, propuestas como las anteriores, siempre estarán sujetas a límites. En la especie nos parece que los límites están dados por la razonabilidad y la proporcionalidad.

Si bien muchos entienden que la razonabilidad y la proporcionalidad son dos manifestaciones de lo mismo, y desde ese punto de vista es inofensiva su distinción, respecto del control de identidad y su aplicación e interpretación, creemos que puede haber diferencias.

La razonabilidad se debe considerar *ex ante* y desde el punto de vista policial, en el sentido si los hechos y circunstancias que él aprecia, en relación con la norma que le permite intervenir, son razonables como para justificar esa intervención. En este ejercicio de razonabilidad es necesario examinar la necesidad y la finalidad del procedimiento a la hora de determinar su realización.

La proporcionalidad, en cambio, se orienta más bien a la relación entre la intensidad de la afectación de derechos que se hace con el control de identidad y el acto cuya investigación o prevención se pretende. Un buen ejemplo está dado por un control de identidad en virtud de una tentativa de falta no punible.

Si una falta tiene una lesividad muy menor, la tentativa de falta no punible no parece que justifique un procedimiento de horas para verificar la identidad de un sujeto. Tal actividad sería naturalmente desproporcionada, y la función policial se vería desviada de su finalidad esencial que es la persecución de conductas reprochables, pero socialmente relevantes. El control de identidad, al decir de Duce, no necesariamente es una “carga menor”, sino que de una potencial privación de un derecho fundamental. El problema de esta propuesta, agrega, es que los que dicen que “quien nada hace y nada teme” puede ser privado de libertad hasta por varias horas, precisamente, por no haber temido nada y olvidar su documento de identificación en su casa u oficina el día en que por “mala suerte” se le practica un control de identidad preventivo<sup>7</sup>. (6) Por lo mismo, el límite de razonabilidad y proporcionalidad debe estar siempre presente en su análisis, interpretación y aplicación.

---

<sup>7</sup> DUCE (2015).

#### 14. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CRITERIOS UNIFICADORES Y FLEXIBLES

A nuestro juicio, la rigidez de la interpretación de la norma del artículo 85, aislando los supuestos que puedan configurar los indicios, y por otro lado la falta de criterios unificadores de la Corte Suprema, genera como una consecuencia inexorable, las propuestas de modificación legislativa para “subsana” y “obligar” a los jueces a actuar solo en un sentido, quitándoles cada vez más, el poder de valorar razonablemente las circunstancias.

A su vez los criterios maximalistas, tampoco ayudan, pues al no haber alternativas a un sentido de interpretación, solo se pueden modificar criterios con nueva legislación, más restrictiva que la anterior, quedando en una situación peor, en que cada vez menos se pueden distinguir situaciones que merecen soluciones distintas.

Precisamente por esa razón dentro de las normas que más modificaciones tiene el Código Procesal Penal, está el control de identidad, la flagrancia, la detención, y la prisión preventiva, y todas las modificaciones legales que han sufrido esas instituciones, han tenido por finalidad quitar atribuciones de los jueces y ampliar las hipótesis de procedencia de cada una de ellas (solo piénsese en nuestra especial flagrancia de 24 horas).

Entonces, no puede pensarse como única solución la respuesta legislativa.

En tal sentido una interpretación y aplicación diferenciada de los criterios justificantes de un control de identidad, permiten dar respuestas diferenciadas. Sea en la propuesta de distinguirlo por la finalidad, o en aquella que distingue por el contexto situacional.

#### 15. CONCLUSIÓN

Los fallos de la Corte Suprema que se refieren al control de identidad no han permitido generar una jurisprudencia definida y uniforme respecto de su sentido y alcance, siendo más bien un conjunto de sentencias que resuelven cada caso en relación con la situación particular.

El fallo comentado realiza una interpretación restrictiva de dichas normas, acogiendo el fundamento de infracción de garantías indi-

viduales como justificación para la anulación del fallo condenatorio recurrido.

Hay una serie de hechos, circunstancias y elementos que pueden y deben ser valorados a la hora de analizar la validez y legitimidad de un procedimiento de control de identidad, que por regla general no son considerados. Un buen ejemplo de ello son los miles de controles y registros que diario se hacen en el país, en los accesos a estadios, aeropuertos, edificios públicos y privados, incluso los tribunales y buena parte de ellos son hechos por guardias privados. Todos estos procedimientos de identificación y registro son hechos al margen de la ley y del control jurisdiccional. Si esto sucede todos los días, no debemos caer en hipocresías para establecer altos estándares jurídicos en los controles callejeros, y ninguno en los controles de “acceso” a lugares públicos.

En vez de pensar –nuevamente– en modificaciones legales para hacer aún más rígida la norma parece razonable buscar criterios de interpretación flexibles y/o elásticos en función de criterios como su finalidad preventiva e investigativa, y no solo aquella represiva o persecutoria. Debemos tener a la vista que la gran mayoría del mundo académico rechaza con buenos fundamentos las modificaciones propuestas al control de identidad, y ello no tiene que ver con mayor o menor adhesión a niveles de seguridad, sino que al respecto de los derechos de los individuos<sup>8</sup>. De hecho como lo afirma Duce, tener una postura de oposición a las modificaciones del control de identidad preventivo no es equivalente a “apoyar a la delincuencia”, sino, más bien, una opción por buscar soluciones más racionales y efectivas a los problemas reales que tiene el funcionamiento de nuestro sistema de justicia penal, que en definitiva es lo que reclama el mundo académico<sup>9</sup>.

En este sentido, se realizan dos propuestas para interpretación y aplicación diferenciada de la norma del artículo 85 y sus exigencias.

---

<sup>8</sup> A este respecto ver la carta al Director de Harald Beyer, Director del CEP, publicada en *El Mercurio* el 7 de abril de 2016, donde señala que con la modificación propuesta generarán una focalización discriminatoria de las policías en jóvenes de origen socioeconómico desaventajado o de minorías poco reconocidas. Además indica que cualquier política pública por meritorios que sean sus objetivos, no debería poner en riesgo las libertades individuales y los derechos básicos de las personas.

<sup>9</sup> DUCE (2015). p. 96.

La primera señala la aplicación de dos modelos regulativos según sea la finalidad del procedimiento. En un caso la comprobación o descarte de una situación de flagrancia a través de la identificación y registro. En esta hipótesis el control de identidad es un instrumento para realizar una detención, cuya finalidad es tanto la identificación como la indagación del ilícito pesquisado. En el otro caso la finalidad es únicamente la identificación del sujeto y justifica una menor injerencia en los derechos personales. En este evento no existe una imputación que por su gravedad importe la realización de un registro investigativo.

La segunda propuesta distingue la mayor o menor extensión interpretativa de acuerdo a las circunstancias, al contexto situacional, y a la hipótesis de buscar información útil para la indagación de un delito. Debe haber exigencias rigurosas e interpretación restrictiva si no hay contexto ni circunstancias especiales para proceder a un control de identidad. Pero si existen circunstancias y contextos situacionales que hagan razonable la intervención policial, la exigencia baja en rigurosidad, y la interpretación debe ser menos restrictiva.

Los límites siempre, en todo caso, están dados por la razonabilidad y la proporcionalidad en el ejercicio del actuar policial.

#### BIBLIOGRAFÍA

RAMOS, César y MERINO, Ma. Catalina (2010): “Tesis central del Control de Identidad. Aplicación diferenciada de la regulación del artículo 85 del Código Procesal Penal”.

Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107109>

DUCE, Mauricio (27 de mayo de 2015). “La segunda vida de una mala idea”. *El Mercurio*.

DUCE, Mauricio (2016). “Legislando en la oscuridad: El caso del control de identidad preventivo y su debate en la Cámara de Diputados”. *Revista CEP* 141.