

¿ES LEGÍTIMA LA CAUSAL DE USO DE EMBOCE EN EL CONTROL DE IDENTIDAD INVESTIGATIVO?

Isidora Aranda Caro*

I. Introducción

El control de identidad es una institución que ha sido objeto de múltiples modificaciones, con el objeto de ampliar tanto sus causales de procedencia como las facultades otorgadas a la policía durante su ejercicio. Estas facultades son las que, en definitiva, afectan diversos derechos y libertades fundamentales de la persona sometida al control, y es debido a esto que, en doctrina, ha sido objeto de amplio debate, especialmente respecto del control de identidad preventivo.

En este trabajo ahondaremos en la causal de emboce o capucha dentro del control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, relacionándolo con el principio de proporcionalidad, el principio de intervención mínima y el principio de lesividad, con la finalidad de determinar si, la afectación causada a los derechos y libertades fundamentales de la persona sometida al control puede ser considerada, o no como adecuada a la finalidad perseguida con el uso de este presupuesto de procedencia y, por tanto, conforme a un Estado de Derecho.

La relevancia de este análisis radica en que la causal indicada es la única que no se encuentra relacionada con la posible comisión de un crimen,

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción.

simple delito o falta, en otras palabras, por realizar una acción lícita una persona puede ser objeto de un control que tiene la potencialidad, no menor, de afectar sus derechos fundamentales, y que, si bien en doctrina existe un amplio desarrollo en relación a ambos controles de identidad en general, se aprecia muy poco desarrollo respecto de la causal específica en estudio.

Este trabajo cuestionará la posición del uso de emboce o capucha como medio “legítimo” para obtener un determinado “fin lícito”. Para esto, se realizará un desglose de la regulación de ambos controles de identidad junto con un breve análisis a la regulación existente en otros países de Latinoamérica, posteriormente, se analizará la causal de uso de emboce o capucha en conformidad al principio de proporcionalidad, en el cual se aplicarán los exámenes de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, haciendo alcances respecto del principio de lesividad y principio de intervención mínima, esto, como se mencionó anteriormente, con la finalidad de poder comprender tanto la manera en la que esta causal afecta a los derechos fundamentales, así como también determinar si nos encontramos ante un medio adecuado para el alcance de un fin legítimo, especialmente ante la vulnerabilidad en que se encuentran los menores de edad al ser controlados. Finalmente, realizaremos un análisis práctico de la proporcionalidad de la causal de uso de emboce y se señalarán las herramientas procesales con las que se pueden reestablecer los derechos fundamentales afectados con el uso de esta causal.

II. Menciones generales acerca del control de identidad

El control de identidad, de forma general, es concebido como una facultad autónoma, que poseen las policías de solicitar un medio de identificación, sea que emane de una autoridad pública o no, a un individuo, en los casos y modos que señale la respectiva ley. En la práctica la Policía de Investigaciones (PDI) realiza un número marginal de controles en comparación a Carabineros.¹

¹ Datos disponibles en <https://www.interior.gob.cl/control-preventivo/>

En nuestra actual legislación nos encontramos ante dos tipos de control de identidad, el control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal (desde ahora en adelante investigativo), y el control de identidad del artículo 12 de la Ley 20.931 (desde ahora en adelante preventivo).

Específicamente, el control de identidad investigativo podría ser definido como una facultad (deber) autónoma de las policías, que consiste en una restricción a la libertad ambulatoria de un individuo, con el fin de solicitar alguna forma oficial de identificación; esta petición deberá realizarse siempre que se den los presupuestos señalados en el artículo 85 del Código ya citado.

Rabí considera que *“es un procedimiento que está orientado a que los agentes de la policía exijan la identificación de una persona, sólo en cuanto tal actividad es un mecanismo orientado a materializar fines propios de la investigación y persecución penal, con amplio alcance. Esto es, identificar partícipes en hechos punibles, determinar su participación específica en los mismos, vincularlos a la investigación mediante medidas restrictivas o privativas de libertad, conseguir evidencia e incluso obtener información de testigos o terceros sin vinculación personal a hecho delictual alguno y, en suma, poder desarrollar, a través de los procedimientos específicos que el control de identidad supone (registro de vestimentas, de vehículo, consulta de órdenes de detención, etc.) estrategias de persecución penal de alcance general o especial (lugares o sectores específicos, tipos de delitos, etc.)”*.²

1. CONTROL DE IDENTIDAD PREVENTIVO

Es una facultad autónoma de la policía, consagrada en el artículo 12 de la Ley 20.931 y su uso les corresponde *en cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública*.

Consiste en *“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”*. En caso de dudas respecto

² RABÍ GONZÁLEZ, ROBERTO, “¿Qué rol y justificación tiene el control de identidad de una persona en nuestro sistema procesal penal considerando el actual texto del artículo 85 del Código Procesal Penal?”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2010, N° 13, p. 334.

a la mayoría de edad de la persona, siempre se entenderá que ésta es menor de edad y, por tanto, no sería posible hacer ejercicio de tal facultad, pese a esto aun así son realizados miles de controles a personas menores.³

1.1. *Duración del control*

Este procedimiento tiene una duración máxima de una hora, en caso de no ser posible verificar la identidad del individuo, en el lugar en que se encuentre, debiendo el funcionario policial dar por terminada la actuación.

1.2. *Lugar en que se realiza*

Es un control que debe ser realizado *in situ*, es decir, la persona controlada no puede ser trasladada a un lugar distinto al que se encuentra al momento de iniciar el procedimiento. Es posible ejercer la facultad en lugares públicos, vías públicas y lugares privados de acceso al público.

1.3. *Medios para identificarse*

Para lograr la finalidad identificatoria pueden utilizarse tanto documentos expedidos por la autoridad pública, tales como cédula de identidad, pasaporte y permiso de conducir, como otros medios no oficiales, como por ejemplo una tarjeta estudiantil u otros medios tecnológicos. Se ha entendido que la enumeración de documentos identificatorios señalados en el artículo 12 de la Ley 20.931 no son taxativos, por lo que se podrían utilizar otras formas para lograr la identificación de la persona.

1.4. *Forma de proceder de la policía*

Al momento de realizar el control de identidad la policía deberá exhibir su placa, señalar su nombre, grado y dotación de la que pertenece. El funcionario policial deberá siempre respetar la igualdad de trato y la no discriminación arbitraria.

³ DUCE, MAURICIO, “Controles de identidad realizados por Carabineros: una aproximación empírica y evaluativa sobre su uso en Chile”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2020, N° 33, p. 177.

1.5. *Facultades que otorga*

Desde ya verificar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años en los lugares ya señalados y cotejar órdenes de detención pendientes. Si la persona controlada se niega a dar a conocer su identidad, la oculta o proporciona una falsa, podrá ser sancionada conforme al artículo 496 número 5° del Código Penal, pudiendo ser detenido en conformidad al artículo 134 del Código Procesal Penal.

1.6. *Deberes de la policía*

Los funcionarios policiales deben identificarse, respetar la igualdad de trato y la no discriminación arbitraria. Este deber no se encuentra consagrado en el control de identidad investigativo.

Constituirá una falta administrativa ejercer las atribuciones en estudio de manera abusiva o aplicando un trato denigrante a la persona a quien se verifica la identidad, ello sin perjuicio de la sanción penal que procediere.

Además, las policías deben informar trimestralmente al Ministerio del Interior y Seguridad Pública sobre los antecedentes que le sean requeridos por este último, para conocer acerca de la aplicación práctica que ha tenido esta facultad. Dicho Ministerio, a su vez, publicará en su página web la estadística trimestral de la aplicación de la misma.

2. CONTROL DE IDENTIDAD DEL ARTÍCULO 85 DEL CPP

Este deber de la policía viene consagrado desde el texto original del Código Procesal Penal (2000), derogándose los numerales 3 y 4 del artículo 260 del Código de Procedimiento Penal, que contenían la cuestionada detención por sospecha.

Para Terán este control es aquel en que *las policías deberán sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, que se dispusiere a cometerlo, que pudiere suministrar informaciones útiles para*

*la indagación de un crimen, simple delito; o en el caso de que la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad.*⁴

Desde su instauración se ha modificado en diversas ocasiones, de éstas consideramos las más interesantes las siguientes:

a) Ley 19.789 del año 2002, incluye a la falta como presupuesto habilitante para la realización del control de identidad, sea que la persona haya cometido o intentado cometer una falta o que esta pueda suministrar información relevante acerca de la indagación de una falta.

b) Ley 19.942 del año 2004, cambia la palabra “podrá” por “deberá”, quedando redactado de la siguiente forma (...) *Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona (...)*. Se transforma así en una obligación de las policías.

c) Ley 20.253 del año 2008, agrega como presupuesto de esta actuación el hecho de que un individuo se encuentre en uso de un emboce o capucha.

2.1. Presupuestos para realizar un control de identidad investigativo

Las policías no necesitan de orden previa de un fiscal y sólo puede ser utilizada *en los casos fundados, en que, según las circunstancias estimaren que existe algún indicio de que ella* (la persona objeto de este control): a) *Ha cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta*, supuesto referido al individuo a quien es atribuible la participación de autor de un crimen, simple delito o falta, sea consumada o tentada; b) *se dispusiere a cometerlo*; c) *que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta*, vale decir, un potencial testigo de un hecho ilícito; d) *La persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad*, hipótesis no tipificada por la ley penal, pese a los distintos intentos de hacer ilícita esta conducta, y por tanto no trae aparejada una sanción, sin embargo a la persona que realiza esta acción, que es lícita, se le está imponiendo un control por parte de la policía que, en principio, vulnera

⁴ TERÁN, RICARDO, “La impropia aplicación de la ley 20.253 en un estado de derecho democrático”, *Revista de derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción*, año 2010, núm. 21, p. 118.

su libertad ambulatoria, puesto que existe la posibilidad de que sea retenido y llevado a una comisaría, en caso de no poder verificarse su identidad en el lugar en que se encuentren hasta por 8 horas; e) También procede el control de identidad investigativo cuando se tenga algún antecedente que permita a la policía inferir que una persona determinada tiene alguna orden de detención pendiente.

Si bien la ley deja a criterio de la policía valorar las circunstancias que dan lugar a un control de identidad, es necesaria la existencia de un indicio que permita fundamentar el uso de esta facultad, en caso de que no existiere tal indicio el control de identidad será ilegal.

2.2. *Realización de la actuación*

2.2.1. *Lugar en que se realiza*

El procedimiento debe practicarse en el lugar en que la persona se encuentra, pudiendo eventualmente ser trasladada a la unidad policial.

2.2.2. *Medios de identificación*

La identificación del individuo se corroborará mediante los documentos expedidos por la autoridad pública competente, dentro de los cuales la ley señala, de forma ejemplificativa, la cédula de identidad, permiso de conducir o pasaporte.

Para lograr esta finalidad la policía deberá otorgar las facilidades necesarias para que el sujeto pueda buscar y exhibir tales documentos, en caso de que esto no sea posible podrán utilizarse medios tecnológicos.

2.2.3. *Facultades otorgadas a la policía durante el procedimiento*

Este control de identidad faculta adicionalmente a la realización de las siguientes actividades:

- a) Registro de vestimentas, equipaje y vehículo de la persona sujeta al control.
- b) Cotejo de órdenes de detención pendientes. Existen dos momentos en los que la policía puede realizar este cotejo: i) En el lugar en el que se

inicia el procedimiento. Este cotejo podrá ser realizado sin la necesidad de nuevo indicio. Esto se encuentra consagrado en el inciso cuarto del artículo 85 CPP; ii) En la unidad policial más cercana, en el evento que no haya podido acreditarse su identidad. En dicha unidad se le darán las facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado, previo cotejo de las órdenes de detención que pudieren afectarle. Esto se encuentra consagrado en el inciso quinto del artículo 85 CPP.

Se puede apreciar una diferencia entre el cotejo de órdenes de detención pendientes del inciso cuarto y quinto del artículo 85 del CPP, en el sentido de que el primer cotejo es uno facultativo mientras que el segundo cotejo es obligatorio ya que, conforme a la ley, este debe ser efectuado antes de que la persona sea puesta en libertad.⁵

2.2.4. *Negativa o imposibilidad de dar a conocer la identificación*

Cuando no sea posible verificar la identidad de la persona, o ésta se niegue a entregarla, podrá ser conducida a la unidad policial más cercana. En dicha unidad se le deberán procurar medios distintos de identificación a los mencionados anteriormente, en el caso en que no sea posible acreditarla se le tomarán huellas digitales para el solo efecto de obtener su identificación, apenas se logre este fin ellas deben ser destruidas.

Los medios para lograr este fin no son limitados a los expedidos por la autoridad pública, sino que solo basta que exista certeza por parte de la policía que se trata de la identificación auténtica.⁶

2.2.5. *Conclusión del control*

En cualquier momento en que se dé por acreditada la identificación la persona sujeta a control debe ser puesta en libertad, sin embargo, si transcurridas ocho horas, contadas desde el inicio del procedimiento, sin que

⁵ OTERO LATHORP, MIGUEL, *La policía frente al Código Procesal Penal* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 66.

⁶ OTERO, cit. (n. 6), p. 65.

este objetivo se haya logrado, la persona sujeta a control debe ser puesta en libertad de forma inmediata.

2.3. Casos en que procede la detención de la persona controlada

Procede cuando existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa. También si la persona se niega a acreditar su identidad. En tales situaciones será detenida como autora de la falta prevista en el N° 5 del artículo 496 del Código Penal. De esta detención se deberá informar inmediatamente al fiscal, quien podrá dejar a la persona en libertad o podrá ordenar que sea llevada ante el juez de garantía que corresponda, esto en un plazo máximo de 24 horas.

b) También procede si, por motivo del registro de vestimentas, equipaje o vehículo se acreditare que la persona controlada ha cometido un delito flagrante. En este caso se debe proceder inmediatamente a su detención y se debe informar al fiscal de ello en un plazo máximo de 12 horas.

2.4. Derechos de la persona sujeta al control

De acuerdo al artículo 86 CPP, en el evento que hubiere sido necesario conducir a la persona controlada a la unidad policial, el funcionario que practicare el traslado deberá informarle verbalmente de su derecho a comunicar a su familia o a la persona que indique de su permanencia en el cuartel policial. El afectado no podrá ser ingresado a celdas o calabozos, ni mantenido en contacto con personas detenidas.

Este derecho va de la mano del deber de la policía que está realizando este control de comunicar a la persona que el sujeto en cuestión determine, su ubicación.

3. UNA MIRADA A LAS REGULACIONES DE OTROS PAÍSES DE LATINOAMÉRICA

Estudiaremos someramente las regulaciones de trece países de Latinoamérica, limitando la revisión a sus Códigos Procesales Penales y, en algunos casos, la principal regulación de los cuerpos policiales, con la finalidad de poder determinar la existencia, o inexistencia de los siguientes aspectos: en

primer lugar, la atribución de la policía de controlar la identidad de una persona, y, en segundo lugar, existiendo dicha facultad, si se contempla el supuesto de procedencia por uso de emboce o capucha.

Pues bien, el control de identidad se encuentra regulado en los Códigos Procesales Penales de Perú,⁷ Ecuador,⁸ Costa Rica⁹ y Panamá;¹⁰ también lo encontramos consagrado en otros cuerpos legales en Paraguay,¹¹ Argentina,¹² Colombia¹³ y Uruguay.¹⁴ No encontramos esta facultad en Bolivia,¹⁵ El Salvador¹⁶ y Guatemala.¹⁷

⁷ Artículo 205 y 206 del Código Procesal Penal, disponible en <https://lpderecho.pe/nuevo-codigo-procesal-penal-peruano-actualizado/> (consultado 29 de enero de 2022).

⁸ Artículo 478 N° 3 del Código Procesal Penal, disponible en <https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-19-CÓDIGO-DE-PROCEDIMIENTO-PENAL-Reglamentos-Generales.pdf> (consultado 29 de enero de 2022).

⁹ Artículo 285 del Código Procesal Penal, disponible en http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297 (consultado 27 de enero de 2022).

¹⁰ Artículo 325 del Código Procesal Penal, disponible en <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2018/08/CODIGO-PROCESAL-PENAL-Comentado-COMPLETO-20-AGO-2018.pdf> (consultado 28 de enero de 2022).

¹¹ Artículo 6 N° 7 de Ley Orgánica de la Policía nacional, disponible en https://www.policianacional.gov.py/wp-content/uploads/2017/05/ley_organica_pn.pdf (consultado 29 de enero de 2022).

¹² Artículo 5 N° 1 de Ley Orgánica para la Policía Federal, disponible en https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto_ley-333-1958-20983/actualizacion (consultado 29 de enero de 2022).

¹³ Artículo 159 del Código Nacional de Policía y Convivencia, disponible en <https://www.policia.gov.co/sites/default/files/ley-1801-codigo-nacional-policia-convivencia.pdf> (consultado en 29 de enero de 2022).

¹⁴ Artículo 53 de Ley de Procedimiento Policial, disponible en https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/URY/Anexo%207_18846_S.pdf (consultado el 29 de enero de 2022).

¹⁵ Código de Procedimiento Penal, disponible en http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/BO/codigo_procedimiento_penal.pdf (consultado 27 de enero de 2022).

¹⁶ Código Procesal Penal, disponible en https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072931433_archivo_documento_legislativo.pdf (consultado 29 de enero de 2022).

¹⁷ Código Procesal Penal, disponible en <http://www.cicad.oas.org/fortalecimien->

En México no queda clara la existencia de una figura de control de identidad, puesto que si bien el Código Federal de Procedimientos Penales¹⁸ habla en general de atribuciones para prevenir delitos y, en el Código Nacional de Procedimientos Penales,¹⁹ reconoce la atribución de “inspección de personas y vehículos” dentro de las actuaciones de una investigación que no requieren autorización previa del juez, lo que nos podría dar un indicio de que existe dentro de su legislación algún tipo de control de identidad, la realidad es que, dado que México se encuentra formado por estados federales, los que tienen su propia legislación, no se puede afirmar con seguridad la existencia de atribuciones con finalidades de identificación otorgadas a la policía.

De aquellos países en los cuales, sí está consagrada esta atribución de las policías en la ley, y si bien no en todos se regulan causales específicas, en general se relacionan con la prevención de comisión de delitos, controlar a quien se sospecha que cometió un ilícito u obtener información de un potencial testigo respecto de la comisión de un delito, todo lo anterior nos resulta familiar a la luz de nuestro control de identidad investigativo, de igual forma resalta que, en ninguno de los países señalados en el párrafo anterior encontramos la causal de uso de emboce o capucha consagrada como supuesto de procedencia para dicho control.

III. Uso de emboce o capucha, ¿medio proporcional para lograr su finalidad?

El control de identidad investigativo no es una pena ni una medida cautelar, sino que es una diligencia investigativa que, en su ejercicio, permite la revisión de vestimenta, equipaje y vehículo, la conducción a un recinto policial y la retención de una persona por hasta 8 horas, en otras palabras,

to_institucional/legislations/pdf/gt/decreto_congresional_51-92_codigo_procesal_penal.pdf (consultado 28 de enero 2022).

¹⁸ Disponible en https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_mex_anexo22.pdf (consultado el 29 de enero de 2022).

¹⁹ Disponible en https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_190221.pdf (consultado el 28 de enero de 2022).

esta diligencia, practicada por las policías, tiene la potencialidad de afectar, en una forma no menor, al derecho a la libertad personal ambulatoria, derecho a la igualdad y no discriminación y derecho a la privacidad, entre otros. Se ha entendido que, para poder limitar el ejercicio de una libertad o derecho fundamental, es necesario que existan presupuestos de procedencia específicos en la ley, pero es importante señalar que, la sola existencia de éstas no son suficientes para poder determinar si nos encontramos ante una restricción conforme a la ley, sino que es necesario que dichas causales tengan un fundamento y objetivo legítimo, y que sean concordantes con los principios que informan el derecho.

Dadas las limitaciones a libertades y derechos fundamentales que conlleva el uso del control de identidad investigativo el análisis a continuación será basado principalmente en el examen de proporcionalidad, pero también se harán alcances respecto de los principios de mínima intervención y de lesividad. Si bien estos principios se encuentran asociados al Derecho Penal, es innegable la estrecha relación que tiene con el Derecho Procesal Penal.

1. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PROCESAL PENAL

Si bien, en doctrina, se han creado múltiples criterios con la finalidad de diferenciar, de forma absoluta, el Derecho Procesal Penal del Derecho Penal, lo cierto es que cada uno de estos criterios generan discrepancias;²⁰ por lo demás, se puede coincidir en que ambas ramas del derecho, en su práctica, se encuentran en una estrecha relación. Para VERA el hecho de que no exista criterio que no genere discrepancias, o que no exista apoyo por la mayoría de la doctrina en un solo criterio, es indicio de que no hay criterio que nos permita diferenciar de forma absoluta a ambas ramas del derecho, de tal modo deberíamos enfocarnos en cómo se influyen recíprocamente.

En el mismo sentido, Baumann, considera que el Derecho Penal se divide en dos ramas: una material, en la que encontramos al Derecho Penal

²⁰ VERA, SEBASTIÁN, “Sobre la relación del derecho penal con el derecho procesal penal”, *Revista Chilena de Derecho*, 2017, vol. 44, N° 3, p. 839.

Criminal, y otra formal que contiene al Derecho Procesal Penal;²¹ en otras palabras, dicho autor considera que, tanto el derecho penal criminal como el derecho procesal penal emanan de una misma clasificación.

Una de las similitudes, o relaciones, que podemos señalar es que ambas tienen por finalidad la protección de los derechos fundamentales de las personas y que si bien ambos subsistemas normativos otorgan potestades a determinados órganos y funcionarios del Estado, restringen dichas facultades de tal forma que, al actuar dichos organismos, no se realice un menoscabo hacia la persona afectada más allá de lo estrictamente necesario, siempre en conformidad a la ley.²²

La realidad es que el Derecho Procesal Penal aparece como necesario al momento de aplicar las normas penales, por tanto, no podemos considerar al Derecho Penal como una rama totalmente separada del Derecho Procesal Penal, ya que, la interpretación de sus normas debe ser el resultado de un análisis holístico, incluso, no sólo de las normas propias y procesales penales, sino que también se debe tener en cuenta la normativa constitucional.²³ Esto último es debido a que, como resultado de esta aplicación de dichas normas, se puede obtener la privación o limitación de derechos fundamentales; esta limitación se puede dar en el procedimiento de indagación sobre la comisión de un ilícito, al ejecutar la sentencia dictada por un tribunal penal o por el uso de las facultades otorgadas a los sujetos procesales que participan dentro de un proceso penal (tribunales, policías, Ministerio Público y Defensoría Penal Pública).

2. ¿PROPORCIONALIDAD EN EL CONTROL DE IDENTIDAD POR USO DE EMBOCE?

Dado que nos encontramos ante una diligencia que no sólo afecta el derecho a la libertad ambulatoria de la persona sometida al control, sino que también tiene la potencialidad de perturbar el derecho a la privacidad y el

²¹ BAUMANN, JÜRGEN, *Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, trad. Conrado Finizi, 4ª edición, 1972, p. 21.

²² VERA, cit. (n. 21), p. 840.

²³ VERA, cit. (n. 21), p. 845.

derecho a la igualdad y no discriminación, es que consideramos importante realizar un análisis sobre la legitimidad, o la falta de ésta, en la causal de uso de emboce o capucha, para esto, tomando en consideración los derechos fundamentales asociados a este control, se utilizarán los subprincipios de la proporcionalidad, es decir, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, junto con algunos alcances a los principios de lesividad e intervención mínima, para poder determinar, si dicha afectación a derechos fundamentales, cumple con los requisitos necesarios para ser considerada conforme a derecho.

Los principios señalados anteriormente, se han elegido pues el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, entendida como aquella que puede afectar los derechos y libertades fundamentales de las personas, siempre deberá estar sometida a control, y a una estricta vinculación a los principios de previsibilidad, igualdad y proporcionalidad.²⁴ Para esto se intentará comprender cuál fue la finalidad y justificación con la que las y los parlamentarios decidieron incluir en el control de identidad investigativo la causal de uso de emboce o capucha.

Sin tener la intención de profundizar en las discusiones existentes respecto a la finalidad de esta diligencia, se puede decir que, respecto de las causales de que exista algún indicio de que una persona hubiere cometido, intentado cometer o se dispusiere a cometer un crimen, simple delito o falta, y cuando el funcionario policial tuviere antecedentes que le permitan creer que esa persona tiene alguna orden de detención pendiente, el objetivo perseguido por esta diligencia es claro, se busca evitar la concreción de ilícitos, e identificar y detener a quien se dispusiere a cometerlo,²⁵ es decir, nos encontramos con una finalidad de prevención y persecución, y, sobre la causal de que existiere indicio de que una persona tuviere información útil para la investigación de estos hechos, podemos decir que existe una finalidad investigativa; sin embargo, sobre la causal de que una persona se encuentre en uso de emboce o capucha surgen dudas no sólo respecto de

²⁴ HORVITZ, MARÍA INÉS, “Seguridad y garantías: derecho penal y procesal penal de prevención de peligros”, *Revista Estudios de la Justicia*, 2012, N° 16, p. 100.

²⁵ MERA, JORGE, “Enfoques para una crítica del discurso de agenda corta antidelincuencia”, XVI Jornadas de Actualidad Jurídica Universidad de Valparaíso, 2016, p. 6.

cuál es el objetivo perseguido, sino también respecto a si es justificado que, por el sólo uso de un emboce, la policía tenga la facultad de registrar las pertenencias portadas por la persona o de detenerla por hasta 8 horas, en otras palabras, ¿se encuentra justificada la existencia de dicha causal en una diligencia que tiene la potencialidad de afectar de tal manera derechos y libertades fundamentales tan importantes? ¿Qué es lo que tenía en mente el legislador al momento de agregarla al control de identidad? ¿Cuál es la finalidad perseguida que justifica la vulneración de estos derechos?

2.1. *¿Es un medio idóneo controlar la identidad por el uso de un emboce?*

En primer lugar, es necesario realizar un análisis acerca de la idoneidad de la causal del uso de emboce o capucha, para determinar si ésta posee un fin legítimo y si el medio corresponde a uno adecuado para la consecución del fin perseguido.²⁶

Entonces, nuestra primera pregunta es: ¿cuál es la finalidad perseguida?, ¿es esta finalidad legítima? En doctrina ha sido discutida ésta cuestión respecto de ambos controles de identidad y se ha señalado, principalmente, a la prevención de comisión de delitos como la finalidad del control de identidad, sin embargo, ello no se divisa en el uso de emboce, debiendo acudir, muy brevemente, a la tramitación de la Ley 20.253.

Dicha ley se publica en el contexto de la promoción de una “agenda corta antidelinuencia”, la cual tenía por objeto “reforzar las atribuciones preventivas de las policías y enfrentar el creciente temor subjetivo de la ciudadanía ante el actuar de la delincuencia, reprimiendo con mayor energía el delito y disminuyendo la sensación de temor”, y para ello se efectuaron modificaciones a la ley penal y procesal penal.²⁷ En el proyecto, si bien se contemplaban modificaciones al control de identidad investigativo, inicialmente se hablaba de agregar la posibilidad de que la policía, durante la realización del control, pudiese revisar la existencia de órdenes de detención pendientes de la persona controlada, e incluso detenerla en caso de que ésta

²⁶ DÍAZ, L. IVÁN, “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 2011, N° XXXVI, pp. 174-184.

²⁷ RABÍ, cit. (n. 3), pp. 329-330

tenga efectivamente órdenes de detención pendiente, o que del registro de sus pertenencias hubieren indicios de que hubiere cometido un delito, pero durante la tramitación legislativa surgieron otras modificaciones a esta facultad, entre ellas la inclusión de la causal de emboce o capucha, la cual, si bien trajo opiniones contradictorias, la discusión fue menos profunda en comparación al resto del proyecto de ley, y se aprobó por amplia mayoría.

Sobre la finalidad perseguida con su inclusión aparecen distintas posibles respuestas, para quienes estaban a favor se podría resumir en la necesidad de identificar y detener a quien, en una manifestación pública, se encontrare en uso de un emboce y no pudiese dar razón legítima del uso de dicha vestimenta,²⁸ esta idea había llegado a tal punto en el que hubo una indicación, que fue rechazada, de agregar una figura penal que tipificara el uso de emboce o capucha en una manifestación o acto público, esta misma idea es materia de un nuevo proyecto de ley presentado en septiembre del 2019;²⁹ de ello se puede inferir que quienes apoyaban la inclusión de esta causal creían que, quien se encuentra haciendo uso de un emboce o capucha, necesariamente ha cometido o está planeando la comisión de un ilícito, por lo cual, desde su punto de vista, era imprescindible la existencia de un medio de control específico para dicho caso.

Quienes rechazaban la idea argumentaban, esencialmente, que existen múltiples razones por las cuales una persona, en el contexto de una manifestación o en general, decida hacer uso de una capucha (mitigar las consecuencias de gases lacrimógenos, no querer ser fotografiado y reconocido para evitar represalias familiares o por parte de su empleador), incluso hubo quienes, para intentar acentuar lo absurdo de la causal, argumentaron que el solo uso de una bufanda en invierno bastaría para que la policía hiciera uso de esta facultad, puesto que no se exige ningún indicio de que dicha persona se encuentre relacionada de alguna forma con la posible comisión de un ilícito; en el mismo sentido, un argumento común en contra de la

²⁸ Historia de la Ley 20.253 disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/6189/> (consultado en 10 de enero de 2022).

²⁹ Boletín 12894-07 disponible en <https://www.camara.cl/legislacion/Proyectos-DeLey/tramitacion.aspx?prmID=13454&prmBOLETIN=12894-07> (consultado 15 de enero de 2022).

inclusión de esta causal fue la peligrosa semejanza de ésta con la derogada detención por sospecha, específicamente respecto de los numerales 3 y 4 del artículo 260 del Código de Procedimiento Penal los cuales señalaban que la policía estaba autorizada para detener: “3° *Al que anduviere con disfraz o de otra manera que dificulte o disimule su verdadera identidad y rebusare darla a conocer; 4° Al que se encontrare a deshora o en lugares o en circunstancias que presten motivo fundado para atribuirles malos designios, si las explicaciones que diere de su conducta no desvanecieren las sospechas;*”

Para Terán no parecen válidos los argumentos que negaban la relación existente entre el control de identidad del artículo 85 del CPP con la detención por sospecha, puesto que, no porque hayan sido eliminados dichos numerales implica que la nueva institución sea diferente. De igual forma considera que al agregarse al artículo 85 la frase *o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad*” se hizo aún más evidente su similitud.³⁰

Sin embargo, la causal de uso de emboce o capucha fue igualmente aprobada con amplia mayoría y no se profundizó mayormente en el resto de la tramitación del proyecto de ley.

De lo señalado se puede rescatar la idea de que la inclusión del emboce tenía una finalidad de prevención de comisión de ilícitos contra la propiedad, los cuales podían ser realizados en manifestaciones públicas, pero esta última precisión no fue incluida.

Entonces, dado que el uso de un emboce no se encuentra tipificado penalmente ¿es justificado y proporcional que se restrinjan los derechos de privacidad y libertad ambulatoria de la persona controlada por este motivo?

Es necesario hacer aquí un alcance en relación al principio de lesividad, el cual nos propone que para poder legitimar la intervención del Estado ésta debe orientarse hacia la protección de un bien jurídico fundamental, sea que este bien jurídico efectivamente se encuentre lesionado o sea que se encuentre en peligro por una determinada acción u omisión de terceros, dicha intervención no puede ser en razón de valores ideológicos o morales;³¹

³⁰ TERÁN, cit. (n. 5), pp. 119-120.

³¹ SÁNCHEZ, CARLOS, “Bien jurídico y principio de lesividad. Bases históricas y

dicho de otro modo, el actuar estatal, para poder afectar, de forma legítima, los derechos fundamentales de las personas, debe orientarse hacia la protección de intereses individuales o sociales que sean apreciados como fundamentales. Aquí cabe preguntarnos, ¿cuál es el bien jurídico lesionado por el uso de un emboce o capucha?

Analizada la condición de fin “legítimo”, la siguiente pregunta es si ¿controlar la identidad de una persona, por el solo uso de un emboce, resulta un medio idóneo para lograr la prevención de comisión de delitos?

Estimamos que la causal en análisis no es un medio idóneo, debido a que el uso de emboce o capucha puede llevar a un malgasto del tiempo y recursos de la policía, ya que, por ejemplo, en el contexto de una manifestación, el controlar la identidad de una persona por el solo hecho de que esta se encuentre encapuchada no asegura que sea alcanzado el objetivo de prevención de delitos, para esto es necesario tomar en consideración que existen múltiples razones por las cuales una persona podría decidir hacer uso de un emboce, cualquiera sea el contexto en el que se encuentre, totalmente apartadas de la intención de cometer un delito.

Da la impresión que, al momento de tramitar el proyecto de ley, no se tuvo en cuenta la cantidad de personas que, al asistir a una manifestación, hacen uso de una capucha y cuantos efectivamente, en uso de esa capucha, cometen delitos, puesto que a simple vista no parece plausible que Carabineros esté controlando a toda persona que se encuentre en uso de un emboce o capucha, lo cual afectaría el derecho a manifestación, de igual forma se puede llegar a la conclusión de que quienes aprobaron la indicación, que agregaba esta causal, consideraban que el uso de un emboce o capucha se encuentra obligatoriamente anexo a la comisión de delitos.

Con lo expresado ya se puede llegar a la conclusión de que nos encontramos ante una medida que no supera el examen de idoneidad y, por tanto, no deberíamos seguir avanzando en las restantes etapas de la proporcionalidad, esto debido a que el examen de proporcionalidad es escalonado, en el sentido que no se puede avanzar al siguiente nivel sin haber superado,

conceptuales sobre el objeto de protección de la norma penal”, *Revista digital de la Maestría en Ciencias Penales*, año 2013 número 5, pp. 485-493.

positivamente, la etapa anterior, no obstante con la finalidad de realizar un análisis más profundo nos pondremos en la situación, hipotética, que dicha causal supera el subprincipio de idoneidad y que pasamos al examen de necesidad.

2.2. Necesidad de controlar la identidad de personas que hacen uso de emboce o capucha.

Analizaremos aquí la proporcionalidad de la causal en dos niveles, primero debemos determinar si ésta es la única medida idónea para alcanzar el objetivo propuesto con su uso, luego se analizará si ella es la que implica una menor afectación a los derechos fundamentales de las personas.³²

En primer lugar, será necesario realizar un análisis comparativo entre la causal en estudio y otras medidas que puedan lograr la obtención de la misma finalidad que se buscaba alcanzar con el uso de ésta; dado que este estudio no tiene por objetivo realizar una crítica al control de identidad en general, la comparación se realizará con las restantes causales existentes en el artículo 85 del CPP, que exigen la existencia de *algún indicio de que ella*³³ (la persona sujeta al control) hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; que se dispusiere a cometerlo (crimen, simple delito o falta); que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o tenga alguna orden de detención pendiente.

La primera conclusión a la que se puede llegar, con la sola lectura de las restantes causales del control de identidad investigativo, es que efectivamente existen otros medios, más bien presupuestos, que pueden dar a lugar al uso del control de identidad, pero únicamente las dos primeras son las que tienen la misma finalidad (ficticia) que la causal de uso de emboce o capucha, por tanto, nos centraremos principalmente en las siguientes: que existiere indicio de que la persona ha cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; que existiere indicio de que la persona se

³² DÍAZ, cit. (n. 27), p. 184.

³³ Artículo 85 Código Procesal Penal.

dispusiere a cometer un crimen, simple delito o falta; y que la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad.

Dada la finalidad que tienen estas causales, de evitar la comisión de ilícitos, la tercera causal del control investigativo es una que, en su práctica, no presentará la misma eficacia que las dos primeras, esto debido a que quien hace uso de un emboce o capucha no necesariamente realizará o ha realizado un ilícito, sino que hay variadas razones por las cuales, en cualquier contexto, una persona decida hacer uso de dicha prenda. Esta hipotética eficacia hay que compararla con las dos primeras causales, en las cuales efectivamente a la policía le debe constar la existencia de, al menos, un indicio de que se va a cometer, se ha intentado o efectivamente se ha cometido un ilícito, por lo cual, en teoría, estas dos primeras causales deberían tener una mayor eficacia al estar, al menos teóricamente, más enfocadas en la posible conexión de un individuo con un hecho ilícito que, en comparación, la causal de uso de emboce o capucha.

Hablamos de una “eficacia hipotética”, respecto a la comparación entre las causales, pues, en la actualidad, no se cuentan con informes sobre el uso del control de identidad investigativo en el que se separen los presupuestos que dieron pie a la realización de esta diligencia y por esto no podemos más que hacer suposiciones respecto a su práctica diferenciada.

Ahora, avanzando sobre la segunda parte de este test de necesidad, podemos dar cuenta de que, al estar las tres causales dentro de una misma diligencia, todas conllevan una misma afectación práctica a los derechos y libertades fundamentales de la persona sujeta al control, sin embargo, es de suma relevancia hacer el siguiente alcance, sólo las dos primeras causales tienen una relación directa con la posible comisión de un ilícito, sea que este ya hubiera ocurrido o estuviere por cometerse, lo que nos podría dar una justificación más exacta para la afectación de los derechos fundamentales que conlleva el control de identidad, sin embargo, al ver la tercera causal, que es la central de esta investigación, nos encontramos ante una acción realizada por una persona que, bajo ningún concepto, es un acto que se encuentre tipificado por nuestra legislación penal como ilícita; digo que es de suma relevancia debido a que por el sólo hecho de realizar esta acción, la cual es lícita y que básicamente es una elección de vestimenta, un individuo es potencialmente objeto de una facultad de la policía que, en la práctica,

puede afectar su libertad ambulatoria, derecho a la privacidad y derecho a la igualdad y no discriminación.

Para que esta causal pueda ser considerada como necesaria, deberá realizarse un análisis comparativo con las posibles medidas alternativas, las cuales deben tener, al menos, la misma potencialidad de llegar al fin lícito, y como resultado de dicha comparación, ésta causal debería ser aquella que afecte de la menor manera los derechos y libertades fundamentales de las personas. Aquí podemos relacionar este subprincipio de proporcionalidad con el principio de intervención mínima, el cual, en simples palabras, nos señala que, dado que el actuar del Estado, amparado en la ley, puede traer como consecuencias la afectación a derechos fundamentales de las personas, es necesario que dichas intervenciones sean utilizadas únicamente cuando se presenten como estrictamente necesarias para la protección de un bien jurídico, en cierta forma le otorga un carácter de *última ratio* a aquellos subsistemas de la ley, en este caso de la ley Procesal Penal, del tal forma que sea el último instrumento al que el Estado recurra para proteger determinados bienes jurídicos, esto siempre que no exista otra medida que resulte menos lesiva.³⁴

De lo anteriormente señalado se puede llegar a la conclusión de que esta causal no cumple con el subprincipio de necesidad, debido a que existen otros medios que pueden alcanzar el mismo objetivo y, si bien, como recién se dijo, en teoría afectan de una misma manera a los derechos fundamentales de la persona controlada, hay una especial connotación respecto de la causal en estudio que agrava dicha afectación. Por lo demás, considero importante señalar que, al implementarse esta modificación, se señaló que, lo que se buscaba era controlar la identidad de quien, en uso de un emboce o capucha, durante una manifestación ocasionara daños a la propiedad pública o privada, sin embargo, no se tomó en consideración el hecho de que, los destrozos a propiedad privada o pública, ya son ilícitos contemplados en nuestra ley penal y, por tanto, las restantes causales del artículo 85 del CPP cubren dicho escenario.³⁵ En el mismo sentido, Rabí nos señala que

³⁴ CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, “Derecho penal como última ratio. Hacia una política criminal racional”, *Revista Ius et Praxis*, año 2008, N° 1, p. 14.

³⁵ TERÁN, cit. (n. 5), p. 126.

la causal de uso de emboce o capucha es del todo innecesaria, debido a que una interpretación razonable del texto cubre tal situación.³⁶

Al igual que como se señaló respecto del test de idoneidad, al no pasar este test de necesidad no se debería proseguir con la última etapa de la proporcionalidad, sin embargo, con la finalidad de continuar con el análisis de esta causal nos pondremos en la hipotética situación que se han pasado positivamente ambos niveles y procederemos al tercer y último test de proporcionalidad.

2.3. ¿Es proporcional controlar a una persona por el solo hecho de embozarse o encapucharse?

En este último nivel de análisis, de proporcionalidad en sentido estricto, se buscará ponderar los daños resultantes del uso del control de identidad por el solo uso de un emboce, es decir ponderar la afectación a los derechos fundamentales que sufre la persona sujeta a este control, respecto de la finalidad perseguida con la consagración y uso de dicho presupuesto; esto en el sentido de establecer si deben preferirse los intereses que se buscan con el uso de dicha medida, es decir la finalidad lícita, o los derechos fundamentales que se ven afectados por ésta. Sólo si el beneficio a los derechos fundamentales o bien jurídico protegido es superior a los perjuicios dicha medida podrá ser considerada como proporcional, de lo contrario nos encontraremos ante una medida desproporcionada y, por tanto, contraria a un Estado de Derecho.

Es importante señalar que, dado que no hay un orden predeterminado sobre cuáles derechos deben ser preferidos respecto de otros, es necesario que, en cada caso, se tomen en cuenta las circunstancias específicas para poder decidir si la medida en cuestión es constitucional, es decir, preferir los bienes jurídicos protegidos que se ven favorecidos por la práctica de ésta, o si dicha medida es inconstitucional, lo que implicaría preferir a los derechos fundamentales que se ven afectados en la práctica por sobre la finalidad lícita buscada.

³⁶ RABÍ, cit. (n.3), p. 333.

En el primer nivel de este examen de proporcionalidad, el test de idoneidad, se pudo establecer que la finalidad lícita que se buscaba, al agregar como causal de procedencia del control de identidad el uso de emboce, es la prevención de comisión de delitos, es decir, a lo que se quería llegar con la práctica de este control era disminuir los delitos en contra de la propiedad que son cometidos por personas en uso de un emboce o capucha. En otras palabras, el bien jurídico protegido por esta causal es la propiedad pública y privada.

Respecto a los derechos afectados por la práctica del control de identidad fundamentado en la causal de uso de emboce podemos mencionar el derecho a la libertad ambulatoria, derecho a la privacidad y derecho a la igualdad y no discriminación; todos estos derechos se encuentran consagrados tanto en la CPR como en diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos vigentes y, por tanto, obligatorios para Chile. Sobre el contenido de los Derechos Fundamentales señalados anteriormente se realizarán algunos alcances necesarios para poder entrar a este tercer test de proporcionalidad.

2.3.1. *Derecho a la libertad personal y ambulatoria*

Este es un derecho que se encuentra protegido no sólo por nuestra CPR, sino que también por diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos que son obligatorios para Chile, la prohibición de afectación a ese derecho no es absoluta, por tanto, para que ésta sea conforme a Derecho es necesario que se encuentre regulado en la ley, y que ésta y el actuar del funcionario a quien se le otorga la facultad que tenga como consecuencia esta afectación, no sean arbitrarios.

La libertad personal podría definirse, en términos simples, como la autonomía que tienen las personas para determinar la forma en la que quieren desarrollar los diversos aspectos de su vida, y aquí nos encontramos no sólo con la obligación positiva del Estado de establecer las condiciones necesarias para que las personas puedan desarrollarse plenamente, sino también con la obligación negativa de no interferir arbitrariamente en ella. Esta idea se encuentra estrechamente asociada a la libertad ambulatoria, hasta el punto en el que al regular la libertad personal en el artículo 19 N° 7 de nuestra Constitución podemos encontrar que la mayoría de sus reglas tienden a

proteger la libertad ambulatoria, esto es debido a que es considerada como una condición esencial para lograr decidir y diseñar el plan de vida de cada persona.³⁷ Relacionado con estos dos conceptos, encontramos a la seguridad individual, la cual, en simples palabras, tiene por finalidad rodear a esa libertad personal y ambulatoria para protegerlas de cualquier abuso o arbitrariedad.³⁸

Esta libertad puede verse afectada, conforme a lo señalado en el artículo 19 N° 7 de la CPR, por un arresto, el cual consiste en una restricción a la libertad personal de una persona por un breve periodo en el que se le priva de su libertad ambulatoria, o por una detención, la cual es una privación de libertad ambulatoria que sufre un individuo respecto del cual existen sospechas de que ha cometido un delito.

En el ámbito interamericano, la CIDH ha señalado que, la garantía de libertad personal contenida en el artículo 7 de la Convención protege contra toda interferencia a la libertad física, e incluye también una demora, aunque sea con meros fines de identificación.³⁹

Para poder comprender de mejor manera la afectación a no solo el derecho a la libertad ambulatoria, sino que también otros derechos fundamentales involucrados, es necesario mantener una visión amplia de lo que engloba el concepto de detención, esto en el sentido de poder incluir aquellas situaciones en las que se pueda ver afectada de igual manera la libertad personal y ambulatoria pero que, en su regulación, lleva un nombre distinto. De esta manera se podrá abarcar dentro de lo que entendemos por detención, la conducción a un recinto policial contenida en el control de identidad.

En este mismo sentido opina Cisterna al decir que esta facultad autónoma de la policía, “puede llegar a constituir una verdadera detención,

³⁷ LORCA, ROCÍO, “Libertad personal y seguridad individual. Una revisión del artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de Chile”, *Revista Estudios de la Justicia* 2020, N° 32, pp. 73-75.

³⁸ LORCA, cit. (n. 38), p. 74.

³⁹ FERNÁNDEZ, CATALINA, “Control de identidad en Chile y su conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2019, N° 31, p. 85.

aunque la ley no lo denomine así”,⁴⁰ de igual forma, Arias considera que no es extraño que se etiquete equivocadamente a ciertas privaciones de libertad con la intención de diferenciarlas de una detención, incluso llega a mencionar explícitamente a la conducción a la unidad policial del control de identidad del artículo 85 del CPP como ejemplo de una detención erróneamente etiquetada por el legislador.⁴¹

Entonces, este concepto amplio de detención tiene la finalidad de reconocer aquellas situaciones fácticas en las que, si bien llevan en su legislación un nombre distinto, realmente nos encontramos ante una detención por encontrarse una persona privada de su libertad ambulatoria. Así entendido, podremos incluir dentro del concepto de detención a la conducción a la unidad policial y, consecuentemente, la retención de una persona sujeta al control de identidad regulada en el artículo 85 del CPP.

2.3.2. *Derecho a la privacidad*

Este derecho se encuentra consagrado tanto en la CPR como en diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos y dentro de él podemos encontrar comprendida la protección al ámbito propio y privado de la persona, este ámbito es necesario tanto para el desarrollo de la persona como para mantener una calidad mínima de vida y, consecuentemente, permitir su desarrollo pleno. El derecho a la privacidad comprende distintos aspectos, los cuales son discutidos en doctrina,⁴² uno de estos se refiere a la esfera de la corporalidad de la persona, el cual “se caracteriza por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o la autoridad pública”.⁴³

⁴⁰ CERDA SAN MARTÍN, RODRIGO y HERMOSILLA IRIARTE, FRANCISCO, *El Código Procesal Penal. Comentarios, concordancias y jurisprudencia*, Librotecnia, Santiago, 3ª edición, abril, 2008, p. 84.

⁴¹ ARIAS, CRISTIÁN, “El control jurisdiccional de la detención”, *Revista Estudios de la Justicia*, 2005, N° 6, pp. 230-231.

⁴² FIGUEROA, RODOLFO, “El derecho a la privacidad en la jurisdicción de protección”, *Revista Chilena de Derecho*, 2013, vol. 40, N° 3, pp. 859-889.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, 2006, párr. 192.

El Control de Identidad Investigativo afecta a este derecho debido a que, con la práctica de esta diligencia, se faculta a la policía para registrar las vestimentas, pertenencias y vehículo de la persona sujeta al control sin necesidad de que exista otro indicio aparte del que fundamentó el inicio de éste, en otras palabras, por el solo uso de un emboce se está facultando a la policía para hacer un registro de las vestimentas y pertenencias de la persona sujeta al control.

Respecto del registro de las vestimentas consideramos que se afecta el derecho a la privacidad debido a que la ropa, en sus diversas formas, efectivamente son parte de la privacidad de una persona y por tanto no debiere estar expuesto a intromisiones de terceros (en este caso, de la policía). Sobre el registro del equipaje y vehículo de la persona sometida al control, considero que efectivamente constituye una afectación al ámbito propio del individuo, esto debido a que forman parte de la esfera personal y, por tanto, se encuentran protegidos por el derecho a la privacidad.⁴⁴

2.3.3. *Derecho a la igualdad y no discriminación*

El derecho a la igualdad y no discriminación es un principio ampliamente difundido tanto en derecho internacional de los derechos humanos como en derecho constitucional e incluso, esta premisa ha llegado a ser la base de las diversas ramas del derecho que nos rigen. Dado que no es la intención de esta investigación profundizar sobre la abundante doctrina que versa sobre este principio en sus diversas facetas, simplemente se señalará que por discriminación entendemos la distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales.⁴⁵

⁴⁴ Véase RAMOS, CÉSAR; MERINO, MARÍA CATALINA, “Control de identidad. Aplicación diferenciada de la regulación del artículo 85 del Código Procesal Penal”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2010.

⁴⁵ Artículo 1.1, Convención Interamericana Contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, 2013.

Consideramos que este derecho se ve afectado por la causal de uso de emboce o capucha debido a que se parte del fundamento de que, una persona que se encuentra haciendo uso de un emboce, necesariamente ha cometido o intentado cometer un ilícito, cuando la realidad es que un emboce o capucha no necesariamente va vinculado a la realización de un acto ilícito, sino que, una persona, puede encontrarse en uso de dicha prenda por razones climáticas, para evitar ser reconocido por empleadores o familiares y hasta para mitigar los gases lacrimógenos que pueden ser utilizados en el contexto de una manifestación.

Esta causal es discriminatoria debido a que supone una presunción en el sentido que quien se emboce ha realizado un hecho ilícito y, posteriormente, aplica una medida coercitiva de derechos a un grupo de la población por esa sola circunstancia, sin ajustarse a razones debidamente justificadas. Irarrázabal igualmente afirma que la práctica de este control afecta arbitrariamente a ciertos grupos de personas que tienen un limitado acceso a los espacios privados y cuya apariencia y comportamiento no se corresponde con las ideas imperantes de respetabilidad y confiabilidad.⁴⁶

2.3.4. *Análisis conforme a criterios de peso del principio de proporcionalidad*

Si bien existen diversos criterios para realizar un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, para este caso en particular se utilizarán los criterios de probabilidad y eficacia.⁴⁷ El primero se refiere a la certidumbre de la afectación a derechos fundamentales y efectos sobre el bien jurídico protegido, el segundo al favorecimiento que surgirá respecto del bien jurídico protegido.

a) *Criterio de probabilidad*

Sobre el criterio de probabilidad, se puede señalar que, respecto del derecho a la igualdad y no discriminación, su afectación constituye una consecuencia cierta, esto debido a que, como se señaló anteriormente, su

⁴⁶ IRARRÁZABAL, PAZ, “Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad” *Política Criminal*, 2015, vol. 10, N° 19, p. 262.

⁴⁷ DÍAZ, cit. (n. 27), p. 196.

sola existencia en la ley es un hecho discriminatorio al no existir en su fundamento una justificación objetiva y razonable, de igual forma la afectación al derecho a la libertad ambulatoria aparece como una consecuencia cierta del uso del control de identidad, y aquí ya no solo de la causal en estudio sino que también de la diligencia en general, debido a que, si bien la práctica de esta diligencia no siempre terminará con la conducción de la persona controlada a un recinto policial por hasta 8 horas, siempre ocurrirá una interrupción a la actividad que ésta se encontraba realizando al momento de iniciar el procedimiento, y, en este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, incluso una demora con sólo fines de identificación, constituye una afectación a la libertad personal.⁴⁸

Respecto del derecho a la privacidad considero que es muy probable que se vea afectado con la realización de un control de identidad, pero esto no se basa en estadísticas, ya que no las hay, sino en el hecho de que no hace falta más indicio para que la policía registre las vestimentas, equipaje y vehículo de la persona aparte del que fundó la práctica de la diligencia, por lo tanto como mínimo siempre nos encontraremos ante la potencialidad de que la policía decida hacer uso de esta facultad que le otorga el control de identidad. Dado que, en realidad, el solo uso del emboce no conlleva la necesaria consecuencia de la comisión de un ilícito se puede decir que, nos encontramos ante una baja probabilidad de que, controlar a alguien por el uso de esta prenda, efectivamente proteja al bien jurídico en cuestión y, por tanto, cumpla su finalidad legítima.

b) *Criterio de eficacia*

Bajo el criterio de eficacia analizaremos, brevemente, la práctica del control de identidad en el sentido de poder determinar cuánto será favorecido el bien jurídico protegido. Debido a que no se cuentan con estadísticas que separen las causales del artículo 85 del CPP se hablará de forma general. Conforme al estudio realizado por Duce,⁴⁹ específicamente respecto de su base de datos 2017-2018,⁵⁰ el control de identidad del artículo 85 tiene una

⁴⁸ FERNÁNDEZ, cit. (n. 40), p. 75.

⁴⁹ DUCE, cit. (n. 4), pp. 167-203.

⁵⁰ Dicha base de datos fue obtenida, y posteriormente utilizada, por Mauricio Duce, quien realizó un requerimiento de acceso de información presentado ante el Consejo para

eficacia del 6,38%, lo que en sí no es un porcentaje menor, especialmente si se compara con el 3,83% de eficacia del control preventivo, sin embargo, como recién se mencionó, realmente no existen informes de datos en los que se separen las causales que dieron inicio a los controles de identidad realizados, lo que en teoría no debería ser difícil tomando en consideración que el artículo 85 ya viene con los fundamentos ya predispuestos. Dada la falta de datos necesarios, vamos a suponer que ese porcentaje de eficacia se divide por partes iguales, lo cual es bastante generoso debido a que no hay manifestaciones públicas todos los días, lo que nos dejaría con solo un 1,59% de eficacia, la cual ya en sí es, por lo menos, cuestionable tomando en cuenta la importancia de los derechos fundamentales que se ven potencialmente afectados por el uso de esta facultad.

2.3.5. *¿Qué interés debe ser protegido?*

De lo anteriormente dicho, podemos llegar a la conclusión de que debe prevalecer la protección a los derechos de igualdad y no discriminación, derecho de libertad ambulatoria y derecho a la privacidad por sobre el fin buscado de prevención de comisión de delitos, lo cual se intenta alcanzar con la facultad de controlar la identidad de una persona por el solo uso de un emboce o capucha, esta decisión la podemos ver reflejada en las diversas etapas de la proporcionalidad.

Al inicio de este análisis de proporcionalidad habíamos podido llegar a una hipotética finalidad legítima de esta causal, la cual es la prevención de comisión de delitos, pero controlar la identidad de una persona, por el solo uso de una capucha, no es un medio idóneo para alcanzar la finalidad recién mencionada, esto debido a que existen diversas razones por las cuales una persona puede decidir hacer uso de un emboce, y por tanto, en la práctica, se estaría haciendo un mal uso de las facultades, tiempo y recursos de la

la Transparencia en el año 2017, concedido en apelación por la corte de apelaciones de Santiago en la causa rol 56-2018 y luego recurso de queja, en el cual se rechazó solicitud de Carabineros, por la Corte Suprema rol 18.779-2018. Dicha base de datos no ha sido publicada en su integridad pero es materia del trabajo “Controles de identidad realizados por Carabineros: una aproximación empírica y evaluativa sobre su uso en Chile”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2020, N° 33, pp. 167-203.

policía, con una relevante afectación de los derechos fundamentales de las personas controladas.

De la lectura del artículo 85 del CPP nos encontramos ante diversas causales, de las cuales dos son las que persiguen la misma finalidad descrita previamente, éstas afectan con igual intensidad los derechos de igualdad y no discriminación, libertad ambulatoria y privacidad, pero, tomando especial consideración que dichas causales se fundamentan en la existencia de algún indicio que relacione a la persona con la posible comisión de un ilícito, en comparación con la causal en estudio, la que se basa únicamente en el uso de un emboce o capucha, es decir, un hecho lícito que, potencialmente, podría facultar a la policía para afectar sus derechos fundamentales, lo que en definitiva da una connotación distinta a dicha afectación, es que se concluyó que, al existir otros medios con los cuales se puede alcanzar la misma finalidad, ésta causal tampoco es un medio necesario.

Finalmente, al hacer una ponderación del favorecimiento al bien jurídico protegido y la afectación de los derechos fundamentales que conlleva la práctica del control de identidad de un individuo, por el sólo uso de un emboce, hemos dado cuenta que, conforme a los criterios probabilidad y eficacia, nos encontramos en un caso en el cual, dada la profundidad del alcance que tiene la afectación a los derechos fundamentales, y la falta de evidencia empírica que permita conocer su práctica y efectividad en la prevención de comisión de ilícitos, deberá preferirse la protección a los derechos fundamentales respecto de la afectación que potencialmente puede provocar el control de identidad por la causal de uso de emboce o capucha por sobre el alcance de la finalidad legítima de prevención de comisión de ilícitos.

Otro tanto se puede decir del control preventivo, pues, al no tener una enumeración de casos en los que resulta procedente, es decir, solo regula la forma en que la policía debe proceder y no en qué casos debe proceder, se deja su uso a la total arbitrariedad de la policía; sin embargo lo que, para algunos, resultaría inconstitucional no es solo su arbitrariedad en sí, la cual existe en su práctica, sino que, conforme al artículo 19 N° 7 letra b) de la CPR, que nos dice 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”*; se puede llegar a la conclusión que el control preventivo sería inconstitucional por falta de causales de su procedencia; en otras palabras, por no haber una

forma determinada en la ley de esta afectación a derechos fundamentales, lo cual haría completamente innecesaria la realización de un control de proporcionalidad para poder determinar su contrariedad a un Estado de Derecho.

En contraste, en el control investigativo, si bien nos encontramos ante una legislación que consagra tanto causales específicas para su procedencia, como la determinación de su ejercicio por parte de la policía, lo que nos da una aparente legitimidad en la afectación a los derechos fundamentales de la persona sujeta a este control, resulta necesario cuestionar si el sólo uso de emboce o capucha de una persona es justificación suficiente para restringir la libertad personal de un individuo, tomando en especial consideración que las restantes causales de esta potestad, descritas en el artículo 85 del CPP, hacen alusión a la comisión de un ilícito, sea que se encuentre en estado de consumado, frustrado o tentado, o en la potencial calidad de testigo de un ilícito, mientras que el uso de un emboce o capucha no es un actuar ilícito ni se encuentra necesariamente encadenado a la posible comisión de uno.

En definitiva, el presupuesto de procedencia en estudio, no cumple con los requisitos necesarios para ser considerado como proporcional a la afectación de los derechos fundamentales que con su práctica provoca, en otras palabras, nos encontramos ante una causal contraria al Estado de Derecho. Si bien hay personas que, al defender esta causal, argumentan que “quien nada hace nada teme”, la realidad es que quien nada hace sigue siendo potencialmente sujeto de un control que puede afectar diversos derechos fundamentales, incluyendo la posibilidad de estar detenido por hasta 8 horas con “sólo finalidades de identificación”.

Es importante resaltar que, a lo largo de los años, han sido diversos los intentos de transformar el uso de un emboce o capucha en un acto tipificado por la ley penal, ya sea como simple delito o como agravante, debido a esto, y tomando en consideración los argumentos expuestos en esta investigación, es que considero necesario profundizar el debate acerca de cómo esta causal afecta a los derechos fundamentales de las personas y lo grave que resultaría su tipificación en el derecho penal.

2.3.6. Control a personas menores de edad

Chile se encuentra sujeto a diversos tratados internacionales concernientes a los derechos de los niños niñas y adolescentes (NNA), siendo el

principal la Convención sobre los Derechos del Niño, para lograr su efectiva protección. Para ello es necesario que el Estado tome medidas especiales en aquellos procedimientos en los que participen, esto debido a que no se encuentran en las mismas condiciones que los adultos por su especial condición de vulnerabilidad.⁵¹ Sin embargo, al leer la regulación del control de identidad investigativo nos encontramos que, siendo aplicable a menores desde los 14 años, no establece diferencia alguna en relación a la especial situación de los NNA, respecto a esto se analizarán, brevemente, dos puntos: la afectación a la libertad ambulatoria y al derecho a la privacidad

a) *La afectación al derecho a la libertad ambulatoria*

La Convención dispone, en su artículo 37, que ningún niño podrá ser privado de libertad ilegal o arbitrariamente, utilizándose la detención como último recurso y por el período más breve. En este caso la regulación del artículo 85 del CPP no cumple en general con las exigencias de la Convención, puesto que al establecer la misma forma de proceder para menores y mayores de edad, lo cual ya es cuestionable, permite que, en caso de que el menor sea llevado a un recinto policial, la duración máxima de esta detención, tomada en el sentido amplio mencionada anteriormente, sea de 8 horas, lo cual no puede ser considerado, bajo ningún concepto, como un período breve. Por lo demás en el desarrollo de este trabajo se ha cuestionado la falta de legitimidad y la arbitrariedad existente en la causal de uso de emboce o capucha, lo que genera un perjuicio mayor al tratarse de un NNA.

b) *La posible afectación al derecho a la privacidad*

El artículo 16 de la Convención establece la prohibición a todo tipo de injerencias arbitrarias o ilegales a la vida privada de NNA, y en este caso, junto con las demás críticas realizadas anteriormente en relación a este mismo derecho, resulta necesario agregar que, respecto del control regulado en el artículo 85 del CPP, debiera establecerse que en caso de realizarse un registro de las vestimentas o pertenencias del menor, sea realizado por un funcionario policial del mismo sexo, para poder asegurar un mínimo de

⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-17/2002, para. 92-98.*

protección tanto a la privacidad como a la dignidad del mismo. En el mismo sentido, no debiere ser posible hacer uso de esta facultad en caso de que el presupuesto de procedencia fuere el uso de emboce o capucha, puesto que, como se ha señalado anteriormente, al ser arbitraria esta causal no existe el fundamento necesario para afectar a los derechos de NNA.

Fuera de estas dos situaciones igualmente aparece como necesaria una modificación que establezca las condiciones necesarias para poder asegurar la menor afectación a la integridad física y psicológica de NNA sujetos a un control de identidad preventivo, de tal forma que se cumplan con los estándares internacionales de los tratados a los cuales Chile se encuentra obligado.

IV. Alcances prácticos del análisis de proporcionalidad de esta causal de control investigativo

En esta sección realizaremos un análisis de la proporcionalidad de la causal de emboce o capucha del control investigativo al ponernos en tres situaciones hipotéticas, con la finalidad de poder aterrizar a la realidad lo expuesto en la sección precedente; posteriormente se señalarán, brevemente, las herramientas procesales disponibles para poder combatir la inconstitucionalidad que representa su consagración legal y uso concreto.

1. APLICACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD

La primera situación a analizar será la de un menor de 18 años, pero mayor de 14, que durante una manifestación hace uso de un emboce, esto con la única finalidad de no ser reconocido por familiares en caso de ser fotografiado, y que, al momento de ser controlado por Carabineros, se da cuenta que ha perdido la documentación que acredita su identidad, y, por tanto, Carabineros, sin necesidad de otro indicio, decide registrar sus vestimentas y equipaje (una mochila) donde no encuentran ningún objeto que pueda asociarse con la comisión de un ilícito, posteriormente lo conducen a la unidad policial más cercana donde es retenido por 4 horas.

La segunda situación a analizar es la de una persona, mayor de 18 años, que al encontrarse en una manifestación, decide hacer uso de un emboce

con la finalidad de no ser reconocido, al ser controlado por Carabineros, mediante el control investigativo, se da cuenta de que no tiene ningún documento que acredite su identidad, en este punto Carabineros decide hacer uso de su facultad de registro de vestimentas y equipaje (una mochila), en el que encuentran piedras y un martillo, en ese momento deciden conducirlo a la unidad policial más cercana, donde queda retenido por 7 horas.

La tercera situación es de una persona, menor de 18 años, pero mayor de 14, que, en una manifestación, y, por descuido propio, sin uso de un emboce o capucha, hace uso de bombas molotov, las cuales, si bien fueron apuntadas hacia Carabineros, no los alcanzan ni dañan. Posteriormente no es detenido y se retira del sitio sin mayor complicación, puesto que, si bien llevaba el rostro descubierto, no fue controlado por Carabineros por no cumplir con los estereotipos generales para ser objeto de un control de identidad.

1.1. *Idoneidad*

Respecto de las dos primeras situaciones descritas, la causal de uso de emboce o capucha, como presupuesto del control investigativo, aparece como no idónea para obtener la finalidad de prevenir la comisión de ilícitos, esto debido a que, como ya se mencionó, el sólo uso de un emboce no significa que, en definitiva, una persona se encuentra relacionada con la comisión de un ilícito. Sin embargo, igualmente se continuará con el resto de los exámenes de proporcionalidad, pese a no superar cada uno de ellos. En cuanto a la tercera situación, no aparece aplicable la causal en estudio, sino las restantes del mismo artículo debido a que la acción realizada es un ilícito tipificado en la ley penal, incluso pudiere ser calificado como un delito flagrante.

1.2. *Necesidad*

Si bien la causal de uso de emboce podría aparecer como “necesaria” para controlar la identidad de una persona que se encuentra haciendo uso de esta prenda, lo cual en sí ya es discriminatorio debido a que, aunque una persona tenga su rostro descubierto tampoco se conoce su identidad, es importante no perder de vista que la finalidad perseguida con este presupuesto

de procedencia es la prevención de comisión de delitos y, el solo uso de un emboce no implica una necesaria relación con la comisión de un ilícito.

Por lo demás, existen otros medios regulados en el mismo artículo 85 del CPP, las causales de que existiere indicio de que la persona ha cometido o intentado cometer un ilícito, o que se dispusiere a cometerlo que, incluso, tienen una mayor potencialidad de prevenir la comisión de ilícitos y, por lo demás, estos dos últimos presupuestos de procedencia, no necesariamente afectarían al derecho a la igualdad y no discriminación.

Así, la primera situación descrita aparece como un claro ejemplo en el que se hace un malgasto del tiempo y recursos de la policía debido a que la persona no se encontraba relacionada con la comisión de un delito y, por tanto, en este caso, la causal de uso de emboce es innecesaria. Respecto de la segunda situación descrita, en la cual, mediante el registro de las pertenencias de la persona sujeta al control, se encontraron objetos que pueden calificar como indicios de que se encuentra relacionado con la posible comisión de un ilícito, lo cual, nos podría indicar que se ha logrado la finalidad de prevenir la comisión de un delito y, por tanto, la causal de uso de emboce o capucha sería necesaria, sin embargo, no podemos olvidar que existen otros dos presupuestos de procedencia con los cuales se podría haber controlado a la persona y llegado al mismo resultado. El tercer caso aparece como una posible consecuencia del hecho de haberse agregado la causal de uso de emboce o capucha en el control de identidad, puesto que al generarse el estereotipo de que quien hace uso de esta prenda es quien efectivamente está relacionado con la comisión de un ilícito, sin necesidad de señalar que nos encontramos ante una causal objetiva (el uso de un emboce) que es de fácil prueba en caso de formalización, podría ocurrir que los esfuerzos se concentraran principalmente respecto de quienes están haciendo uso de un emboce, y no de quien efectivamente ha realizado un ilícito, esto por haber estado buscando en el lugar equivocado la conexión entre la persona y el hecho cometido.

1.3. *Proporcionalidad en sentido estricto*

En la primera situación descrita nos encontramos ante una situación en la que no hay ningún interés constitucional que haya sido efectivamente favorecido, puesto que la persona únicamente estaba en uso de un emboce

para no ser reconocido por familiares; en cambio sí encontramos afectados, de una forma no menor, los derechos a la igualdad y no discriminación, libertad ambulatoria y a la privacidad. En este caso, consideramos que no existen razones suficientes para justificar la afectación de los derechos fundamentales, debido a que el solo uso de un emboce no implica necesariamente la relación de la persona con la comisión de un ilícito y, en este punto, es importante recordar que la afectación al derecho a la igualdad y no discriminación y al derecho a la libertad ambulatoria aparecen como consecuencias ciertas del uso del control investigativo por la causal de uso de emboce o capucha y la vulneración al derecho a la privacidad aparece como muy probable puesto que, como se mencionó en la sección anterior, la facultad de registro regulada en el artículo 85 del CPP no necesita de más indicios que aquel que sirvió como presupuesto de procedencia del control de identidad. De lo recién mencionado podemos llegar a la conclusión de que nos encontramos ante una situación en que el uso del control de identidad investigativo, basado en la causal de uso de emboce o capucha, es inconstitucional por no cumplir con la proporcionalidad necesaria para afectar de tal manera los derechos fundamentales de la persona sujeta a esta diligencia.

En la segunda situación, podemos señalar que nos encontramos ante un bien jurídico que efectivamente ha sido protegido, el cual es la propiedad o, incluso, la integridad física de una persona, lo que se concreta con la finalidad de prevención de comisión de ilícitos buscada con la causal de uso de emboce o capucha del control investigativo, esto debido a que al hacer uso de la facultad de registro de equipaje, en este caso mochila de la persona controlada, se encontraron objetos que pueden relacionarse con la comisión de un ilícito. Al igual que en el caso anterior, encontramos afectados los derechos a la igualdad y no discriminación, libertad ambulatoria y privacidad. En este caso sí podría considerarse que existen razones suficientes para afectar de tal forma los derechos fundamentales mencionados anteriormente, sin embargo, considero relevante mencionar que, conforme al examen de necesidad, existen otros medios por los cuales se podría haber llegado al mismo resultado, los cuales, si bien tienen la potencialidad de afectar al derecho a la libertad ambulatoria y al derecho a la privacidad, no encontramos una discriminación tan directa como la consagrada en la causal de uso de emboce o capucha y, por tanto, deberían preferirse las restantes causales del control de identidad por sobre la causal de uso de emboce o

capucha. En la tercera situación nos encontramos ante un bien jurídico que no ha sido efectivamente tutelado por nuestras fuerzas policiales, y que se ha encontrado bajo el peligro de ser afectado por la comisión de un ilícito. Aquí nos habríamos encontrado con una legítima afectación a los derechos de la persona sujeta al control, en caso de que hubiera existido uno, al encontrarse justificada la procedencia de esta facultad. Lo relevante es que la existencia de la causal de emboce o capucha y del mismo control de identidad preventivo, puede provocar un desenfoque en la práctica de este control produciendo una escasa eficacia en la persecución de la finalidad de prevenir la comisión de ilícitos o de la persecución de éstos, y en un malgasto del tiempo y recursos de nuestras policías.

Con lo señalado queda claro que esta causal no solo no supera los exámenes de proporcionalidad necesarios para poder afectar a los derechos fundamentales de las personas en conformidad a un Estado de Derecho, sino que efectivamente merma la potencial eficacia del control de identidad en general, al enfocar su uso en un estereotipo que, al basarse en el hecho objetivo de una prenda de vestir, facilita su prueba ante tribunales en comparación a las restantes causales del mismo artículo.

2. ¿QUÉ PODEMOS HACER PROCESALMENTE?

Si la persona sometida al control investigativo es detenida y luego llevada a audiencia de control de la detención, o al menos sea formalizada desde la libertad, tiene a su disposición varios mecanismos procesales y garantías.

2.1. *Nulidad procesal*

Este mecanismo de impugnación tiene por finalidad restar eficacia a las actuaciones judiciales o diligencias que, en su realización, no han respetado los requisitos exigidos por la ley y han ocasionado un perjuicio a los intereses de un interviniente del proceso.

Es preciso aquí sostener una interpretación amplia de este mecanismo de control de la regularidad de las actuaciones de los entes de persecución, incluidos las policías y el Ministerio Público. Esto con la finalidad de ofrecer una protección amplia a los derechos de las personas intervinientes de un proceso, debido a que la ley le ha otorgado a los policías facultades que

pueden vulnerar derechos fundamentales, debiendo tomarse como marco legal no sólo las leyes Procesales Penales, sino que también aquellos preceptos de la Constitución y de los tratados internacionales que resulten aplicables.

En el caso de la causal en estudio nos encontramos ante una actuación de la policía que ha impedido el pleno ejercicio de las garantías y derechos fundamentales de una persona, sea que se encuentren reconocidos en la CPR o en otras leyes, esto se fundamenta en el artículo 160 del CPP. Aquí la justificación y prueba de esta causal deberá ser basada en la falta de proporcionalidad de la actuación que provocó la afectación a los derechos fundamentales de la persona que fue sujeta al control investigativo fundado en el solo uso de emboce de ésta.

Es importante señalar que, en caso que el tribunal acoja la nulidad del acto, la decisión surtirá efecto en aquellas actuaciones que de él emanen o dependan (efecto reflejo de la invalidación), los cuales deberán ser especificados por el tribunal.

2.2. *Exclusión de la prueba ilícita*

Dado que nos encontramos ante una diligencia que no presenta las justificaciones necesarias para poder afectar a derechos fundamentales de forma proporcional, la prueba que sea obtenida a través de ésta será ilícita, entendiéndose por prueba ilícita aquella que ha sido obtenida con infracción a las garantías constitucionales.⁵² Aquí no podemos ser indiferentes a cómo los órganos de persecución penal obtienen los elementos de prueba, puesto que es el Estado quien potencialmente genera más riesgos a los derechos fundamentales.

La exclusión de la prueba ilícita opera como una garantía procesal que tiene por finalidad proteger al debido proceso y nos indica que, la búsqueda de la verdad sobre la comisión de un ilícito, no puede ser a cualquier costo, sino que debe ser en observancia a los derechos fundamentales y, en caso de

⁵² NÚÑEZ OJEDA, RAÚL, y CORREA ZACARÍAS, CLAUDIO, “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas”, *Revista Ius et Praxis*, año 23, N° 1, 2017, p. 209.

afectación a éstos, se debe hacer en razón de una justificación proporcional,⁵³ de tal manera que se respete el Estado de Derecho.

Como justificación para fundamentar la exclusión de esta prueba ilícita nos encontramos no solo con la falta de proporcionalidad existente en la justificación de la causal en estudio, sino también con el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos fundamentales y, por tanto, abstenerse de vulnerarlos con la única finalidad de prevenir la comisión de un delito o de perseguirlo penalmente. No se entrará a discutir las formas ni el momento procesal en el que puede ser reclamada la ilicitud de la prueba, sin embargo, se señalará, de forma muy general, que, respecto de la etapa de investigación, una forma de excluir la prueba ilícita es mediante el incidente de nulidad procesal, el cual sería respecto de las actuaciones de un órgano del Estado y puede tener el alcance a todos aquellos actos que de él emanen, si, en el debate sobre la procedencia de medidas cautelares, nos encontramos ante una prueba que ha sido obtenida en infracción a las garantías fundamentales, no solo la defensa podrá sostener que dicha prueba resulta inutilizable⁵⁴ para fundamentar una resolución, sino que nos encontramos ante el deber del juez de garantía de no darle valor a dichos elementos probatorios por ser inutilizables incluso antes de que sean declarados inadmisibles; durante la audiencia de preparación también se podrá plantear la exclusión de aquella prueba obtenida en vulneración a derechos fundamentales, en caso de ser rechazada esta resolución será inapelable pero posteriormente susceptible del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva, no se entrará en esta discusión, finalmente, se podrá recurrir al recurso de nulidad en su causal a) del artículo 373 del CPP, la cual nos señala que procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia *cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.*

⁵³ NÚÑEZ y CORREA, cit. (n. 53), p. 201.

⁵⁴ HORVITZ, MARÍA INÉS; LÓPEZ, JULIÁN, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, tomo II, pp. 210-212.

2.3. *Valoración negativa de la prueba*

Durante la tramitación del juicio oral podríamos encontrarnos ante la situación que, pese a haber sido declarada como admisible por el juez de garantía, la prueba efectivamente ha sido obtenida con vulneración de derechos y garantías consagrados tanto en la ley procesal penal como en la CPR, en tal caso, es deber del tribunal colegiado no darle valor a aquella prueba por ser considerada ilícita, puesto que de lo contrario se estaría afectando al derecho al debido proceso de los intervinientes al fallar fundamentándose en una prueba que ha sido obtenida en infracción a derechos fundamentales y garantías procesales.

En este caso dicha valoración negativa corresponde totalmente al juicio del tribunal, sin perjuicio de los recursos procesales que puedan ser fundados en el uso de aquella prueba ilícita obtenida en infracción a los derechos fundamentales o garantías asegurados por la CPR o en tratados internacionales que se encuentren vigentes en Chile.

2.4. *Recurso de nulidad*

Este recurso procesal tiene por finalidad invalidar el juicio oral y la sentencia, o solo esta última, cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.⁵⁵ Aquí la justificación de este recurso será en su causal a) del artículo 373 del CPP y la infracción corresponderá a la falta de proporcionalidad existente en la causal de uso de emboce o capucha en el control investigativo realizado a la persona que se ve perjudicada por el juicio y sentencia que ha sido llevado en su contra.

2.5. *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*

Acción autónoma consagrada en el artículo 93 N° 6 de la CPR, que se interpone ante el Tribunal Constitucional y que tiene por finalidad rees-

⁵⁵ HORVITZ y LÓPEZ, cit. (n. 55), p. 402.

tablecer la vigencia de un precepto constitucional que ha sido infringido.⁵⁶ Aquí, siguiendo el juicio de compatibilidad,⁵⁷ podemos individualizar la norma, artículo 85 del CPP especificando a la causal de uso de emboce o capucha como objeto de esta acción, las normas constitucionales afectadas corresponden al derecho a la igualdad, consagrado en los artículos 1 y 19 N° 2 de la CPR, derecho a la privacidad consagrado en el artículo 19 N° 4 y el derecho a la libertad ambulatoria consagrado en el artículo 19 N° 7, finalmente se deberán exponer las razones por las cuales la norma legal cuestionada se relaciona con los preceptos constitucionales señalados, y cómo es que la aplicación del primero es contraria a las normas constitucionales, esta contradicción podrá ser justificada mediante la realización del examen de proporcionalidad, en el cual se deberá profundizar en cómo la causal de uso de emboce o capucha vulnera sin razón justificada a los derechos fundamentales de la persona sujeta al control.

En caso que esta acción tenga un resultado favorable para quien lo inició podría incluso llegarse a una acción de inconstitucionalidad, sea iniciada de oficio por el TC o a petición de parte, quien no necesariamente debe haber sido parte del recurso de inaplicabilidad puesto que habrá acción pública para realizar este requerimiento, lo que tendría por consecuencia la supresión total, es decir derogación, de la norma objeto de esta acción.

Advertimos que lo recién mencionado, respecto de aquellas acciones que se pueden realizar en un proceso penal al encontrarnos con un control de identidad investigativo, que ha usado como causal el uso de emboce o capucha de la persona, solo tiene por objeto ilustrar aquellas herramientas procesales con las que se cuentan para poder combatir la inconstitucionalidad de la causal recién mencionada, a esto se deben sumar el análisis ya realizado relativo a la carencia de proporcionalidad existente en el uso de emboce como presupuesto de procedencia.

Consideramos de especial relevancia hacer uso de estos mecanismos para poder preservar los derechos fundamentales de las personas que resultan

⁵⁶ RAMÍREZ CIFUENTES, JAIME, “Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: regulación y confrontación con el sistema norteamericano y europeo continental”, *Revista de Derecho UCSC*, N° 33, 2017, p. 56.

⁵⁷ RAMÍREZ, cit. (n. 57), p. 57.

afectados no solo por la causal en estudio, sino incluso por la institución del control de identidad en general, puesto que, como se ha señalado en diversos trabajos de doctrina, afectan en una forma no menor a los derechos fundamentales de las personas, especialmente respecto de la igualdad y no discriminación, derecho a la privacidad y derecho a la libertad ambulatoria.

V. Conclusiones

Como se ha expuesto en este trabajo, la causal de uso de emboce o capucha, presente en el control de identidad investigativo, afecta los siguientes derechos y libertades fundamentales de la persona sometida a esta diligencia: a) El derecho a la libertad ambulatoria, por la simple detención de la persona para hacer entrega de algún documento que acredite su identidad, y en su máxima expresión cuando es conducida a una unidad policía, donde puede ser retenida hasta por 8 horas; b) El derecho a la privacidad, que se ve vulnerado por la facultad de registro de las vestimentas, equipaje y vehículo que entrega este control a la policía; y c) El derecho a la igualdad y no discriminación, debido a que la causal de uso de emboce o capucha parte del estereotipo que la persona controlada está involucrada con la posible comisión de un hecho ilícito.

Para que la afectación a estos derechos fundamentales pueda ser considerada como conforme a derecho se deberán cumplir los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales deberán ser analizados en conformidad a la finalidad legítima que se buscaba obtener con la causal de emboce o capucha, la cual, sería la prevención de comisión de delitos.

Dicha causal no aparece como idónea para lograr la finalidad legítima, pues quien usa un emboce, en cualquier contexto, no necesariamente se encuentra vinculado a la posible comisión de un delito, lo que, en la práctica, puede llevar a un malgasto de recursos y tiempo de la policía, y que, por lo demás, afecta a los derechos fundamentales mencionados anteriormente.

Tampoco se puede decir que es necesaria, puesto que en el mismo artículo 85 del CPP encontramos otros presupuestos de procedencia que, al encontrarse relacionados, de una forma más directa, con la posible comisión de delitos, tienen una probabilidad mayor de obtener la finalidad legítima,

incluso con una afectación menos grave a los derechos fundamentales de la persona sometida al control.

Al realizar el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, este presupuesto de procedencia no aparece como suficientemente justificado para restringir derechos fundamentales, para esto, en primer lugar, se especificó el alcance de las consecuencias sobre el bien jurídico que se intentaba proteger, es decir el fin lícito, y los derechos fundamentales afectados. Posteriormente, mediante los criterios de probabilidad y eficacia, pudimos llegar a la conclusión de que debe preferirse la protección a los derechos fundamentales por sobre el fin lícito de prevención de comisión de delitos.

En consecuencia, la causal de uso de emboce o capucha, en el control de identidad investigativo, no sólo tensiona los derechos de igualdad y no discriminación, libertad ambulatoria y privacidad, al afectarlos con la práctica de la diligencia, sino que no es proporcional el interés que justifica la restricción, con la forma en la que se ven afectados estos derechos fundamentales y, por tanto, dicha causal es contraria a nuestra Constitución Política.

De lo anterior surge la necesidad de realizar modificaciones legislativas para poder adecuarnos a los mínimos necesarios al momento de controlar a un NNA, debido a su especial situación de vulnerabilidad; estas modificaciones deben ser realizadas respecto del control regulado en el artículo 85 CPP y en el artículo 12 de la ley 20.931, puesto que si bien en esta última solo se establece únicamente respecto de mayores de edad, señalando que existiendo dudas sobre la edad debe terminarse el procedimiento de forma inmediata existiendo sanciones en el caso contrario, sigue realizándose este control a NNA, lo cual resulta preocupante por la ilegitimidad existente en este control, cuestión que no es materia de este trabajo, y por las modificaciones que actualmente existen en un proyecto de ley que busca incluir a los mayores de 14 años como posibles sujetos del control preventivo.⁵⁸

Finalmente, estimamos que es importante continuar profundizando el conocimiento y el debate respecto a la forma en que la causal de uso de

⁵⁸ Boletín 12894-07 disponible en <https://www.camara.cl/legislacion/Proyectos-DeLey/tramitacion.aspx?prmID=13454&prmBOLETIN=12894-07> (consultado 15 de enero de 2022).

emboce o capucha afecta nuestros derechos fundamentales, puesto que han sido constantes los intentos de hacer de esta acción parte de nuestra ley penal, ya sea como delito u agravante de otros ilícitos ya tipificados, lo que agravaría aún más la situación de vulneración a los derechos fundamentales de las personas, especialmente tomando en consideración que su tipificación no resguardaría ningún bien jurídico protegido, no se tomaría en cuenta las diversas razones por las cuales una persona puede hacer uso de un emboce y se asumiría, discriminatoriamente, que, quien se encuentra en uso de una capucha necesariamente está relacionado con la comisión de un delito. Por lo demás también se hace necesario hacer el alcance a la eficacia de esta causal, crítica que también alcanza al control de identidad preventivo, puesto que a la sociedad entera perjudica un malgasto de los recursos y tiempo de la policía, y de forma indudable nos encontramos ante escasos resultados positivos en su práctica, lo que nos lleva a la necesidad de iniciar un debate en cuanto al enfoque de esta facultad para poder alcanzar los fines de prevención y persecución de ilícitos sin hacer de esta práctica contraria a un Estado de Derecho.

Bibliografía

- ARIAS, CRISTIÁN, “El control jurisdiccional de la detención”, *Revista Estudios de la Justicia*, 2005, N° 6, pp. 225-253.
- BAUMANN, JÜRGUEN, *Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, trad. Conrado Finizi, 4ª edición, 1972.
- BOLETÍN 12894-07, disponible en <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=13454&prmBOLETIN=12894-07> (consultado 15 de enero del 2022).
- CARNEVALI, RAÚL, “Derecho penal como última ratio. Hacia una política criminal racional”, *Revista Ius et Praxis*, año 2008, N° 1, pp. 13-48.
- CERDA, RODRIGO y HERMOSILLA, FRANCISCO, *El Código Procesal Penal. Comentarios, Concordancias y jurisprudencia*, Librotecnia, Santiago, 3ª edición, abril, 2008.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, 2006, párr. 192.
- DÍAZ, L. IVÁN, “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamen-

- tales”, *Revista de derecho de la universidad católica de Valparaíso*, 2011, N° XXXVI, pp. 167-206.
- DUCE, MAURICIO, “Controles de identidad realizados por Carabineros: una aproximación empírica y evaluativa sobre su uso en Chile”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2020, N° 33, pp. 167-203.
- FERNÁNDEZ, CATALINA, “Control de identidad en Chile y su conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2019, N° 31, pp. 67-97.
- FIGUEROA, RODOLFO, “El derecho a la privacidad en la jurisdicción de protección”, *Revista Chilena de Derecho*, 2013, vol. 40, N° 3, pp. 859-889.
- HISTORIA DE LA LEY 20.253 disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/6189/> Consultado 10 de enero del 2022.
- HORVITZ, MARÍA INÉS; LÓPEZ, JULIÁN, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, tomo II.
- HORVITZ, MARÍA INÉS, “Seguridad y garantías: derecho penal y procesal penal de prevención de peligros”, *Revista Estudios de la Justicia*, 2012, N° 16, pp. 99-118.
- IRARRÁZABAL, PAZ, “Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad”, *Política Criminal*, 2015, vol. 10, N° 19, pp. 234-265.
- LORCA, ROCÍO, “Libertad personal y seguridad individual. Una revisión del artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de Chile”, *Revista Estudios de la Justicia*, 2020, N° 32, pp. 71-104.
- MERA, JORGE, “Enfoques para una crítica del discurso de agenda corta antidelincuencia”, XVI Jornadas de Actualidad Jurídica Universidad de Valparaíso, 2016.
- NÚÑEZ OJEDA, RAÚL y CORREA ZACARÍAS, CLAUDIO, “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas”, *Revista Ius et Praxis*, año 23, N° 1, 2017, pp. 195-246.
- OTERO, MIGUEL, *La policía frente al Código Procesal Penal* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- RABÍ GONZÁLEZ, ROBERTO, “¿Qué rol y justificación tiene el control de identidad de una persona en nuestro sistema procesal penal considerando el actual texto del artículo 85 del Código Procesal Penal?”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2010, N° 13, pp. 323-363.

- RAMÍREZ CIFUENTES, JAIME, “Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: regulación y confrontación con el sistema norteamericano y europeo continental”, *Revista de Derecho UCSC*, N° 33, 2017, pp. 49-64.
- RAMOS, CÉSAR; MERINO, MARÍA CATALINA, “Control de identidad. Aplicación diferenciada de la regulación del artículo 85 del Código Procesal Penal”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2010.
- SÁNCHEZ, CARLOS, “Bien jurídico y principio de lesividad. Bases históricas y conceptuales sobre el objeto de protección de la norma penal”, *Revista digital de la Maestría en Ciencias Penales*, año 2013, número 5, pp. 436-509.
- TERÁN, RICARDO, “La impropia aplicación de la ley 20.253 en un estado de derecho democrático”, *Revista de derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción*, año 2010, núm. 21, pp. 123-137.
- VERA, SEBASTIÁN, “Sobre la relación del derecho penal con el derecho procesal penal”, *Revista Chilena de Derecho*, 2017, vol. 44, N° 3, pp. 831-855.

