

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 20 de agosto de 2018 - Sesión Ordinaria N° 440 .

I-Resumen Ejecutivo

El presente informe se refiere al proyecto de ley que modifica la Ley 20.931, haciendo aplicable el control preventivo de identidad, figura creada por el artículo 12 de dicha ley y hasta ahora reservada a la población adulta, a las personas de 16 y 17 años de edad.

Luego de referir los antecedentes que explican la incorporación de dicho control preventivo de identidad al ordenamiento jurídico nacional a mediados del 2016, se revisan los estándares de derechos humanos tanto generales como relativos a niños/as y adolescentes que enmarcan como límite y orientación la actividad del sistema penal y policial en cuanto pueden restringir o limitar derechos como la libertad personal. En base a dichos estándares se realiza un análisis crítico del proyecto, para finalizar con las conclusiones, señalando que el proyecto no parece adecuado a la luz de dichos estándares.

II-Antecedentes

En el mes de julio del año 2016 entró en vigencia la Ley 20.931 (“Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos”), que si bien inicialmente tenía por objetivo endurecer la respuesta penal frente a los tres delitos aludidos, incluyó también en definitiva la creación de un nuevo mecanismo procesal penal de carácter general, al establecer otra forma de control de identidad, al que se denominó como “preventivo”, que vino a agregarse al ya existente control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal.

El control de identidad del artículo 85 ya había sido objeto de una serie de modificaciones desde la forma originalmente contemplada en el CPP¹, y volvió a ser modificado con ocasión de la Ley 20.931. Así, donde antes la ley exigía la presencia de determinados “indicios” como requisito para controlar la identidad a una persona, en virtud de esa reforma ahora basta con la existencia de un “indicio”. Además de eso, se agregó un nuevo supuesto para la realización de este procedimiento al señalar en un nuevo inciso segundo que también será procedente cuando “los funcionarios policiales tengan algún antecedente que les permita inferir que una determinada persona tiene alguna orden de detención pendiente”.

¹ Para un desarrollo histórico detallado de esta facultad policial, ver Informe II del INDH sobre el Proyecto de Ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos. Boletín N° 9885-07. Informe sobre el “Control de Identidad Preventivo”.

El control preventivo de identidad, contemplado en el artículo 12 de la Ley 20.931, se diferenciaría considerablemente del control de identidad a secas en varios puntos:

En primer lugar, porque para su realización no se exige la presencia de indicio ni supuesto objetivo alguno, sino que queda entregado a la mera discrecionalidad de los funcionarios policiales; en segundo lugar, porque es posible acreditar la identidad por cualquier medio de identificación, y no sólo mediante exhibición de documentos expedidos por la autoridad pública; en tercero, porque no autoriza el registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona controlada; este procedimiento debe realizarse en el lugar en que la persona se encuentra, sin que resulte posible conducirla a un recinto policial; el procedimiento puede durar un tiempo máximo de una hora, a diferencia de las 8 horas que se contemplan para el control de identidad del art. 85.

Adicionalmente, al aprobar la nueva facultad se establecieron otras dos diferencias relevantes: el control preventivo sólo es aplicable a personas mayores de 18 años de edad. Por otra parte, se contemplan en el artículo 12 de la Ley diversos mecanismos para evitar un uso abusivo de esta nueva facultad: los policías deben identificarse al realizar este procedimiento y deben respetar la igualdad de trato y la no discriminación arbitraria; ambas policías quedan obligadas a elaborar un procedimiento estandarizado de reclamo para quienes estimen haber sido objeto de un ejercicio abusivo o denigratorio de esta facultad; obligación de las policías de suministrar trimestralmente al Ministerio del Interior y Seguridad Pública acerca de la aplicación práctica de esta facultad, y obligación de dicho Ministerio de publicar en su página web la estadística trimestral de dicha aplicación.

Un año después de la entrada en vigencia de la Ley 20.931 y su nueva forma de control de identidad, algunos diputados presentaron un proyecto de ley para modificar el artículo 12 de dicha ley, haciéndolo aplicable -con ciertas modificaciones- a adolescentes desde los 16 años de edad.

En los fundamentos del Boletín 11.314-25 se realiza una evaluación positiva de la escasa información existente sobre la aplicación del control de identidad preventivo, y se señala que “teniendo a la vista el éxito del Control Preventivo de Identidad y la madurez demostrada por nuestras fuerzas policiales para hacer uso de esta herramienta, creemos que es posible y necesario avanzar en la dirección de ampliar el rango etario de sujetos susceptibles de ser controlados. De hecho, no encontramos consistente que mientras un adolescente pueda ser objeto de medidas restrictivas a su libertad; le sea vedado a las policías controlar su identidad con fines preventivos. Esto además parece razonable y necesario si atendemos a los patrones delictivos de quienes aún no alcanzan la mayoría de edad; y como participan a diario en la perpetración de crímenes de alta connotación (sic) social, con alarmantes niveles de violencia”.

En concreto, se propone que en el primer inciso del artículo 12, en las dos ocasiones en que se alude a la edad de 18 años, ésta sea sustituida por los 16, quedando de esta forma:

“En cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública, y sin perjuicio de lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, los funcionarios policiales indicados en el artículo 83 del mismo Código podrán verificar la identidad de cualquier persona mayor de 16 años en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público, por cualquier medio de identificación, tal como cédula de identidad, licencia de conducir, pasaporte o tarjeta estudiantil o utilizando, el funcionario policial o la persona

requerida, cualquier dispositivo tecnológico idóneo para tal efecto, debiendo siempre otorgarse las facilidades necesarias para su adecuado cumplimiento. En caso de duda respecto de si la persona es mayor o menor de 16 años, se entenderá siempre que es menor de dicha edad” (actualmente la disposición señala que se entenderá siempre que “es menor de edad”).

Adicionalmente, se agrega esta frase en el inciso segundo: “en el caso de mayores de edad, y de media hora en el caso de sujetos mayores de 16 años pero menores de 18. Tratándose de estos últimos, no se exigirá la exhibición de documentos, y bastará la sola identificación verbal, la que será cotejada con los medios tecnológicos a los que alude el inciso anterior.”

Los promotores de esta iniciativa tienen en cuenta el principio del interés superior del niño (artículo 3.1 de la CDN), y señalan en sus fundamentos que “teniendo a la vista lo anterior, parece evidente que la medida respecto de la cual estamos avanzando, no vulneraría el interés superior del niño, y se enmarca como una acción ajustada a nuestro marco legal y conciliable con el mandato convencional”.

III- Estándares de Derechos Humanos Aplicables

El INDH se refirió en su momento al proyecto de ley que derivó en la N° 20.931 en un Informe sobre el proyecto inicial, y otro sobre el control de identidad preventivo. En ambos se señalaban estándares pertinentes de derechos humanos.

La posible afectación de estándares de derechos humanos en esta materia debe ser considerada en dos niveles de análisis: en primer lugar, tenemos los estándares relativos a derechos y garantía reconocidos a todas las personas que habitan el territorio nacional; y adicionalmente, por tratarse en esta ocasión de una iniciativa de reforma legal que se refiere a personas menores de 18 años, debemos tener en cuenta que la condición jurídica de niños/as y adolescentes implica un estatus de sujeto especial cuya protección jurídica ha sido reforzada por un “corpus iuris” en que se integran diversos instrumentos, y en que la centralidad la tiene la Convención internacional sobre los Derechos del Niño (CDN).

Esta especial consideración jurídica de los sujetos infantiles y adolescentes lleva a considerar que los estándares aplicables en este caso dicen relación por una parte con los mismos derechos y garantías reconocidos a los adultos, que en relación a niños/as y adolescentes deben aplicarse también y de manera reforzada, y por otra a regulaciones y derechos adicionales o especiales que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha creado especialmente para ellos².

² La Corte IDH explica de manera muy clara esta particularidad de la condición jurídica de los menores de 18 años en su Opinión Consultiva 17/2002, sobre todo en estos tres párrafos: 95 “Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño”. 96 “Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”. 98 “En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el

a) Estándares generales

A estos estándares ya nos hemos referido en detalle en las Minutas relativa a la Ley 20.931 en general, como a las indicaciones que dieron lugar a la creación del control de identidad preventivo³.

En primer lugar, cabe destacar que existen límites y principios que deben ser respetados y aplicados en el diseño de toda la actividad político-criminal que desde el Estado vela por la seguridad pública. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la necesidad de construir un “gobierno de la seguridad”, concebido como “la capacidad institucional por parte de las autoridades legítimas de diseñar, implementar y evaluar políticas de prevención y control de la violencia y el delito”⁴. Entendemos que esa perspectiva es acorde al grado de desarrollo actual del Derecho internacional de los Derechos Humanos, y se diferencia notoriamente de la tendencia previa a entregar todos esos temas a las fuerzas de seguridad⁵.

Adicionalmente, la Comisión IDH señala que si bien “los Estados Miembros tienen el deber de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos humanos comprometidos en el área de la seguridad ciudadana, a través de planes y programas de prevención, disuasión y, cuando ello sea necesario, de medidas de represión legítima respecto a los hechos de violencia y criminalidad”, ello debe hacerse “a partir de las orientaciones y dentro de los límites que establecen los estándares y los principios de derechos humanos recogidos en el marco de los Sistemas Universal y Regional de derechos humanos”⁶.

Dado que es parte de la esencia de una política de seguridad ciudadana la posibilidad de limitar derechos mediante el uso de herramientas policiales y penales, la Comisión reconoce que si bien en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad “en ciertas ocasiones los Estados miembros pueden limitar o restringir el ejercicio de ciertos derechos humanos (...) estas limitaciones o restricciones solamente se ajustan a los estándares internacionalmente aceptados en materia de derechos humanos cuando se aplican respetando los principios de necesidad; finalidad legítima; proporcionalidad; razonabilidad y no discriminación”⁷.

Por su parte, la Corte IDH ha señalado que “en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos

ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”.

³ Informe sobre el Proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos. Boletín N° 9885-07; Informe II sobre el Proyecto de Ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos. Boletín N° 9885-07. Informe sobre el “Control de Identidad Preventivo”.

⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc.57, 2009, párr. 74.

⁵ INDH, Informe Anual 2012, capítulo 1, “Seguridad democrática y derechos humanos”, donde se denomina como “populismo punitivo” al modelo que se debe superar.

⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc.57, 2009, Párr. 227.

⁷ *Ibid.*, párr. 228.

fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”⁸.

En cuanto a los estándares que directamente se vinculan con las facultades policiales de realizar este tipo de controles, éstos dicen relación con el derecho a la libertad y seguridad personales (art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹ y art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰), el principio de igualdad y no discriminación, y el derecho a la presunción de inocencia.

La libertad personal es entendida en ambos instrumentos en un sentido amplio. Así, cualquier privación o restricción de la libertad personal entendida como libertad ambulatoria o de residencia afectará el ámbito de protección del derecho, y toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal y que las causas que la limiten deben estar fijadas de antemano por la Constitución y las leyes.¹¹

El Comité de Derechos Humanos ha señalado en una reciente Observación General que “Entre los ejemplos de privación de libertad se cuentan la detención en dependencias de la policía, el "arraigo", la reclusión preventiva, la prisión tras una condena, el arresto domiciliario,

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 76.

⁹ Artículo 9 PIDCP “1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a las seguridades personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

¹⁰ Artículo 7 CADH “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constitucionales Políticas de los Estados partes o por las leyes dictados conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ellas. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”.

¹¹ De este modo, el artículo 9 del PIDCP ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos en el sentido que la disposición es proteger toda privación o restricción de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de inmigración entre otras (Medina, Cecilia, “La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia”, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Santiago, 2003, pp. 212).

la detención administrativa, la hospitalización involuntaria, el internamiento de niños en instituciones y el confinamiento en una zona restringida de un aeropuerto, así como el traslado contra la propia voluntad”¹².

Es cuanto a estas diversas formas, es de destacar que en el nivel regional el art. 7.4 de la CADH habla de “toda persona detenida o retenida”, al reconocerle el derecho a ser informadas de las razones de dicha restricción. Esta distinción resulta relevante, puesto que en la práctica muchas formas de privación o restricción de la libertad personal no se ajustan formalmente a lo que la legislación procesal penal reconoce como detención en sentido estricto, y no obstante ello deja a la persona en la misma situación material de indefensión y afectación de derechos¹³.

Al fijar límites legales a la libertad personal, debe respetarse el principio de igualdad, y su corolario negativo: el de no discriminación¹⁴.

En cuanto a la presunción de inocencia, se trata de un derecho fundamental que ya aparecía consagrado en el artículo 9 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que señalaba que “a todo hombre se le presume inocente mientras no haya sido declarado culpable”. Posteriormente, lo recoge el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, en el sistema regional está consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”) y en casi idénticos términos en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A nivel nacional, si bien no se le señala expresamente en el artículo 19 N° 3 de la Constitución chilena (que de todas formas señala que “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal” , se entiende que forma parte del debido proceso tal cual está reconocido en las disposiciones aludidas de la CADH y el PIDCP, que también forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad.

b) Estándares específicos para NNA

En primer lugar, hay que tener en cuenta que los derechos ya señalados en el apartado anterior rigen plenamente y de manera reforzada cuando se trata de personas menores de 18 años de edad (que de acuerdo a la definición del art. 1 de la CDN son a estos efectos “niños”). Así, por ejemplo, el artículo 40.2 de la CDN reitera la garantía de presunción de inocencia cuando en la letra b) i señala que al niño “se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. El Comité de Derechos del Niño profundiza en el desarrollo de este

¹² Comité de Derechos Humanos. Observación CCPR-GC-35 Libertad y seguridad personales, 2014, párrafo 5.

¹³ En la misma Observación 35 el Comité de Derechos Humanos señala que “la detención en el sentido del artículo 9 no tiene por qué implicar una detención formal conforme al derecho interno” (Párr. 13).

¹⁴ En el sistema universal, el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados *sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*. Una fórmula similar se repite en el artículo 2° la Convención de los Derechos del Niño (CDN), en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en el artículo 2 de la Carta Africana, a través de la cual en definitiva todos los Estados Parte se comprometen a garantizar los derechos de los tratados respectivos para todos sin ningún tipo de discriminación e incluso a contrarrestar algunas formas de distinción que son fuertemente desaprobadas, como las distinciones en términos de raza, color, idioma, nacimiento y religión, sexo, origen social o nacional.

derecho cuando señala que “la prueba de los cargos que pesan sobre el niño recae en la acusación”, que “el niño tiene derecho a recibir un trato acorde con esta presunción, y todas las autoridades públicas o de otro tipo tienen la obligación de abstenerse de prejuzgar el resultado del juicio”, y además se hace ver que “debido a falta de comprensión del proceso, inmadurez, temor u otras razones, el niño puede comportarse de manera sospechosa, pero las autoridades no deben presumir por ello que sea culpable, si carecen de pruebas de su culpabilidad más allá de toda duda razonable”¹⁵.

Adicionalmente, existen principios generales de la CDN que deben tenerse en cuenta. El Comité de Derechos del Niño ha identificado los siguientes¹⁶: Obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en la Convención y de asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna (art. 2); interés superior del niño como consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños (art. 3.1); El derecho intrínseco del niño a la vida y la obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (art. 6); El derecho del niño a expresar su opinión libremente en "todos los asuntos que afectan al niño" y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones (art. 12).

El interés superior del niño, al que se alude someramente en los fundamentos del proyecto en comento, tiene una gran relevancia en esta materia. El Comité de Derechos del Niño ha señalado que “el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”, que “todos los derechos previstos responden al ‘interés superior del niño’ y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño”¹⁷.

En una de las dimensiones del principio a que se refiere el Comité, en tanto derecho sustantivo, “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general”¹⁸. Esta dimensión cobra especial relevancia “en todas las etapas del proceso de aprobación de leyes, políticas, estrategias, programas, planes, presupuestos, iniciativas legislativas y presupuestarias, y directrices (es decir, todas las medidas de aplicación) relativas a los niños en general o a un determinado grupo”¹⁹.

A nivel de las garantías procesales que deben respetarse para velar por la observancia del principio del interés superior, el Comité se refiere a la evaluación del impacto en los derechos de los niños que diversas medidas pueden tener: “la adopción de todas las medidas de aplicación también debe seguir un procedimiento que garantice que el interés superior del niño sea una consideración primordial. La evaluación del impacto en los derechos del niño puede

¹⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, párrafo 42.

¹⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003, párr. 12.

¹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, párrafo 4.

¹⁸ *Ibíd.*, párr. 6 a).

¹⁹ *Ibíd.*, párr. 10.

prever las repercusiones de cualquier proyecto de política, legislación, reglamentación, presupuesto u otra decisión administrativa que afecte a los niños y al disfrute de sus derechos, y debería complementar el seguimiento y la evaluación permanentes del impacto de las medidas en los derechos del niño. La evaluación del impacto debe incorporarse a todos los niveles y lo antes posible en los procesos gubernamentales de formulación de políticas y otras medidas generales para garantizar la buena gobernanza en los derechos del niño²⁰.

En cuanto a la regulación específica que la CDN y otros instrumentos internacionales pertinentes hacen de la relación entre niños/as y adolescentes con el sistema penal y policial, cabe destacar que de acuerdo al artículo 40.3 de la CDN los Estados están obligados a estructurar un sistema especializado para tratar con posibles infracciones penales por ellos cometidas²¹. Esa misma disposición señala que en particular los Estados deberán: a) establecer una “edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”, y b) promover “la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

En otra disposición clave de la CDN, el art. 37 señala estándares sobre la privación de libertad de niños/as y adolescentes, y particularmente en la letra b) señala que los Estados deben velar porque: “Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. Para la definición de lo que se entiende por privación de libertad hay que acudir a las Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad²², que en la N° 11 b) señalan que “pro privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

Por su parte, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”²³) se refieren al “primer contacto” entre personas menores de edad y los órganos del sistema penal, señalando en la Regla 10 que “cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificará inmediatamente a sus padres o su tutor, y cuando no sea posible dicha notificación inmediata, se notificará a los padres o al tutor en el más breve plazo posible” (10.1), que “el juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor” (10.2), y que “sin perjuicio de que se consideren debidamente las circunstancias de cada caso, se establecerán contactos entre los organismos

²⁰ *Ibíd.*, párr. 99.

²¹ El artículo 40.3 señala que los Estados deben “promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes”. A su vez, de acuerdo al Comité en la Observación General N°10, por aplicación del principio del interés superior del niño (recogido en el artículo 3 de la CDN): “Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños” (Observación General N°10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, Párr. 10).

²² Adoptadas por la Asamblea general en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

²³ A.G. res. 40/33, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 207, ONU Doc. A/40/53 (1985)

encargados de hacer cumplir la ley y el menor delincuente para proteger la condición jurídica del menor, promover su bienestar y evitar que sufra daño” (10.3).

En el comentario de la regla 10.3 se señala que “trata de algunos aspectos fundamentales del procedimiento y del comportamiento que deben observar los agentes de policía y otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en los casos de delincuencia de menores”. En cuanto al estándar de “evitar daño”, se agrega que “constituye una fórmula flexible que abarca múltiples aspectos de posible interacción (por ejemplo, el empleo de un lenguaje duro, la violencia física, el contacto con el ambiente). Como la participación en actuaciones de la justicia de menores puede por sí sola causar ‘daño’ a los menores, la expresión ‘evitar... daño’ debe, por consiguiente, interpretarse en el sentido amplio de reducir al mínimo el daño al menor en la primera instancia, así como cualquier daño adicional o innecesario. Ello es de particular importancia en el primer contacto con las organizaciones encargadas de hacer cumplir la ley, que puede influir profundamente en la actitud del menor hacia el Estado y la sociedad”.

Otro de los instrumentos fundamentales en esta materia son las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (“Directrices de Riad”²⁴). Dentro de sus principios generales se señala que “para poder prevenir eficazmente la delincuencia juvenil es necesario que toda la sociedad procure un desarrollo armonioso de los adolescentes, y respete y cultive su personalidad a partir de la primera infancia” (Directriz 2), que “deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás” (Directriz 5)²⁵, y que “sólo en última instancia ha de recurrirse a organismos oficiales de control social” (Directriz 6). En la parte relativa a legislación y administración de la justicia de menores, se señala entre otras cosas que “a fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven” (Directriz 56).

IV- Observaciones al Proyecto de Ley

Un primer nivel de observaciones dice relación con el hecho de que se esté promoviendo una modificación importante a una normativa que recién en julio de este año cumplió un año de aplicación, y que dentro de sus fundamentos se señale en lugar destacado el hecho de que a juicio de los autores de esta iniciativa “su evaluación es absolutamente positiva”. Esta afirmación nos lleva a analizar el cumplimiento de ciertas obligaciones que quedaron

²⁴ Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

²⁵ Entre las consideraciones que se hace a propósito de esta misma directriz, tenemos en la letra e) “El reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta” y en la f) “La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de “extraviado”, “delincuente” o “predelincente” a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable”.

entregadas a las policías y al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, contempladas en los incisos finales del artículo 12 de la Ley 20.931. Partiendo por la obligación de dicho Ministerio en orden a entregar en su página web información trimestral sobre la aplicación práctica del control preventivo de identidad, es posible apreciar que actualmente existe dentro de la entrada “Estadísticas Control Preventivo de Identidad” información relativa al trimestre abril/junio del año en curso²⁶:

Tabla 1. Controles de identidad Carabineros / PDI. 1 de Abril-30 de Junio 2017

Especificación	Carabineros	PDI	Totales
Controles de identidad efectuados Art. 12	667.048	20.976	688.024
Registró Orden de Detención	30.263	465	30.728
Registran antecedentes penales	--	9.246	--
N° de reclamos	7	0	7

Fuente: Carabineros / PDI

Como se puede apreciar, además de que no se encuentra allí información sobre los tres trimestres anteriores (julio/agosto/septiembre y octubre/noviembre/diciembre de 2016, enero/febrero/marzo de 2017) ni sobre el trimestre posterior (julio/agosto/septiembre de 2017), se trata tan solo de las cifras totales de controles de esta naturaleza practicados por ambas policías, además de la cantidad de casos en que la persona controlada registraba órdenes de detención, si tenía antecedentes penales (sólo en el caso de los controles practicados por la PDI), y el número de reclamos registrados. No existe desagregación alguna de la información, que permita saber en detalle cómo esta nueva facultad se está aplicando. Así, sin saber datos desagregados por comunas, sexo, edad y nacionalidad de las personas controladas, no es posible evaluar seriamente si en la práctica se verifican o no muchas de las aprehensiones que este nuevo tipo de control de identidad ha generado desde el inicio.

Por otra parte, en canto a la obligación de ambas policías de generar un procedimiento estandarizado de reclamo, un estudio realizado por el proyecto “Calle Libre: Házlos Valer” de la Fundación Pro-Bono²⁷, permite concluir que no se ha cumplido con esta obligación, al menos por parte de Carabineros. En efecto, tras visitas a 5 comisarías de la región Metropolitana, el equipo de Calle Libre pudo comprobar que: “el único aspecto en que todas las Comisarías estuvieron contestes es que la persona que efectúa el reclamo debe acercarse a la respectiva unidad policial y solicitar hablar con el Suboficial Mayor o quien se encuentre en el minuto a cargo de la guardia. Los demás pasos del procedimiento que se nos indicaron resultaron ser muy diferentes en unas y otras Comisarías, por ejemplo: i) En la 2ª Comisaría de Santiago Centro, el requisito para reclamar ante un control preventivo de identidad era haber sido controlado por el mismo funcionario más de tres veces; ii) En la 14ª Comisaría de San Bernardo, bastaba con hacer un reclamo verbal y el resto del procedimiento es absolutamente

²⁶ <http://www.subinterior.gob.cl/control-preventivo/> Consultada el 18/10/2017.

²⁷ Informe Preliminar 001-2017. Existencia y funcionamiento del sistema de reclamo de control de identidad y control preventivo de identidad.

interno; iii) En la 3ª Comisaría de Santiago Centro hay una especie de audiencia en donde el funcionario que ejerció el abuso y la víctima deben relatar los hechos (y verse nuevamente)”²⁸.

Además, “Calle Libre” pudo comprobar en la respuesta a una solicitud realizada por Ley de Transparencia, que existe un “Formulario estandarizado de reclamo”, pero dicho formulario no fue mencionado en ninguna de las comisarías visitadas, y además no aparece en la página web de Carabineros²⁹. Sobre dicha página, es posible comprobar que, tal como ellos señalan, si bien existe una sección para reclamos en dicha página, no es de fácil acceso y es genérica, es decir, no hay una sección especial para este tipo de reclamos³⁰. Por todo ello, concluyen que “es un hecho cierto que Carabineros de Chile aún no da cumplimiento a lo mandado por el legislador en la Ley N° 20.931 en lo que respecta al establecimiento de un procedimiento estandarizado para quienes estimen haber sido víctimas de procedimiento policial abuso o denigratorio en el contexto de un control de identidad”. En base a esa constatación, agregan que “al no existir un procedimiento estandarizado en la práctica, no podemos confiar en las cifras que se nos ha entregado respecto al número de reclamos efectuados por los ciudadanos” pues “si no hay procedimiento de reclamo, parece obvio que el número de reclamos sea bajísimo, lo que dista mucho a un éxito en la implementación de esta nueva facultad policial”³¹.

En efecto, ante esta evidencia, las cifras bajas de reclamos que se han indicado como un importante fundamento de esta iniciativa legal, que demostraría la “madurez policial” en la aplicación del control preventivo de identidad parecen más bien indicios de que no se ha dado cabal cumplimiento a la obligación de implementar esos mecanismos. Un dato importante que ha suministrado la DPP es la detección de un considerable aumento de personas formalizadas por “amenazas a Carabineros”, que al ser atendidas por la Defensoría relatan haber sido sometidas a controles de identidad de manera denigratoria o arbitraria, y que al reclamar por ello terminan siendo denunciadas por tal ilícito³².

Otros problemas que se han detectado y que afectan sobre todo a los jóvenes dicen relación con la práctica de procedimientos de registro que no se ajustan ni al control de identidad del art. 85 ni al control preventivo. El INDH ha podido observar que sobre todo antes del inicio de marchas y manifestaciones estudiantiles el personal policial procede directamente a revisar las mochilas de personas que se encuentran en las inmediaciones, sin solicitar documentos de identidad, procedimiento que muchas veces se realiza de manera masiva. Consultada la institución de Carabineros por esta práctica, se respondió al INDH que “la revisión de bolsos, es una facultad que está asociada al control de identidad y que se encuentra regulada por el artículo 85 del Código Procesal Penal”³³. En efecto, el inciso cuarto del art. 85 señala que “durante este procedimiento” se puede revisar las vestimentas, equipaje y vehículo de “la

²⁸ *Ibíd.*, pág. 2.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ A diferencia de la Policía de Investigaciones, que al menos en su página web incluye una sección especial para este tipo de reclamos: <http://www.investigaciones.cl/oirs2016/Oirs/ControlIdentidad> Revisada el 18/10/2017.

³¹ *Ibíd.*, pág. 3

³² “Datos preliminares de la DPP indican que se ha producido un aumento significativo del delito de Amenaza a Carabineros, que en algunas zonas, como las comunas del sector sur de Santiago alcanzan a un 27%. En su mayoría son casos donde ciudadanos que al ser sometidos a control preventivo se han sentido ofendidos u estigmatizados (color de piel, vestimentas, aspecto físico en general) y han discutido con Carabineros en la vía pública, lo que les ha valido ser formalizados por este delito” (DPP, Comentarios al proyecto de ley que amplía el control preventivo de identidad adolescentes, 7 de agosto de 2017, pág. 10).

³³ Oficio N° 117, de 26 de septiembre de 2017, de la Subdirección General de Carabineros al INDH.

persona cuya identidad se controla”, pero es evidente que no mediando una solicitud de identificación no estamos frente a las hipótesis de esta norma, sino que ante una práctica policial que escapa claramente de las facultades legales que el ordenamiento jurídico otorga a las policías.

En cuanto a la efectividad del control preventivo de identidad para detectar a personas con órdenes de detención pendientes, las escasas cifras existentes no permiten afirmar que haya resultado exitoso. De hecho, se ha producido un curioso fenómeno, pues a la vez que el nuevo tipo de control ha desplazado notoriamente al antiguo, el control de identidad tradicional del artículo 85 del CPP muestra una efectividad mayor para alcanzar este objetivo: en el período que va de julio del 2016 a marzo de 2017 Carabineros realizó 1.105.560 controles preventivos (que permitieron concretar 28.441 órdenes de detención), y 333.079 controles del art. 85 (que permitieron concretar 16.582 órdenes de detención)³⁴. Así, de acuerdo a estos datos se encuentra una orden de detención por cada 38 controles preventivos, y una orden por cada 20 controles del art. 85. Lo paradójico es que mientras el control tradicional demuestra el doble de efectividad, se trata del mecanismo que menos se aplica, quedando ahora muy por debajo del promedio de 2.000.000 de controles que se realizaban al año antes de la Ley 20.931. Esto resulta tanto o más cuestionable si tenemos en cuenta que la Ley 20.931 modificó también el artículo 85 del CPP, flexibilizando aún más su aplicación al exigir ahora un “indicio” en vez de “indicios”, y agregando como supuesto de realización el tener antecedentes que permitan a la policía inferir que una persona tiene órdenes de detención pendientes.

En este punto entonces, lo que corresponde es reafirmar la necesidad de contar con mecanismos adecuados de evaluación del impacto real de las políticas de seguridad, pues tal como señalamos en el Informe Anual 2012 “parte fundamental del gobierno de la seguridad ciudadana democrática es contar con una política criminal acorde a los estándares internacionales en materia de derechos humanos”, lo que implica “una política respetuosa de los derechos que emanan del debido proceso, con un uso racional del poder punitivo y de la herramienta penal, con sistemas de control social para su correcto seguimiento, con límites claros a las autoridades para evitar su utilización arbitraria” y “con un sistema de información complejo que permita una continua revisión sobre su eficacia”³⁵.

En un segundo nivel de comentarios, debemos analizar lo que la extensión del control preventivo a personas de 16 y 17 años de edad implicaría desde el punto de vista de los estándares aplicables a niños/as y adolescentes.

Un primer dato que sirve para contextualizar la medida propuesta, es que si en relación a adultos se señalaba durante la discusión de la Ley 20.931 que existían alrededor de 55.000 órdenes de detención pendientes, en relación al segmento adolescente (de 14 a 17 años, según la Ley 20.084) según ha informado la Defensoría Penal Pública en este nuevo proceso de discusión esa cifra no alcanzaría las 1000 órdenes pendientes³⁶. Cabe destacar que hace 5 años

³⁴ Fuente: Carabineros de Chile, RSIP n° 37906 de 31 de julio de 2017. En esa misma respuesta a la solicitud del profesor Mauricio Duce Carabineros señala que no cuenta con datos desagregados por género, comuna, edad, nacionalidad ni contexto del control, ni en relación al del art. 85 ni al preventivo.

³⁵ INDH, Informe Anual 2012, pág. 21.

³⁶ “En mayo de 2016, la Defensoría Penal Pública, representaba a 18.137 personas que registraban órdenes de detención pendientes. 16.906 eran adultos y 1.231 eran adolescentes. Un año después la Defensoría Penal Pública, representaba a 15.290 personas que registraban órdenes de detención pendientes. 14.415 eran adultos y 875 eran adolescentes. Es decir, en un año calendario, las órdenes de detención de adultos disminuyeron en un 14,7%. Sin

la población que tenía entre 14 y 17 años de edad en Chile era de 1.118.586 personas, que correspondían a un 6,6% de la población total³⁷. Otro dato complementario a tener en cuenta es que según han informado tanto la DPP como el Ministerio Público, en los últimos años se ha producido una considerable y sostenida disminución de la cantidad de adolescentes que ingresan al sistema penal. Así, en la franja de 14/15 años, los ingresos al sistema de RPA han bajado de 22.665 en el 2008 a 12.747 en el 2016, mientras en la franja de 16/17 años disminuyeron en el mismo lapso de tiempo desde 48.096 a 28.014³⁸. Estas cifras muestran un fenómeno que va en sentido inverso a la afirmación usual, recogida en los fundamentos de este proyecto de ley, sobre “los patrones delictivos de quienes aún no alcanzan la mayoría de edad; y como participan a diario en la perpetración de crímenes de alta connotación (sic) social, con alarmantes niveles de violencia”³⁹.

Considerando estos datos, tenemos que la justificación que se ha dado a este proyecto de ley es la necesidad de materializar alrededor de 1000 órdenes de detención o menos, en una franja etárea de alrededor de medio millón de personas, de las cuales sólo 28 mil han entrado en contacto con el sistema de RPA.

Dicha pretensión colisiona claramente con los estándares relativos a niños/as y adolescentes. En efecto, aunque el procedimiento se realice en la vía pública, y no incluya la conducción del adolescente controlado a un recinto policial, de todas formas se autorizaría que sin necesidad de indicio alguno, al mero arbitrio del funcionario policial, personas de 16 y 17 años de edad puedan estar absolutamente restringidas en su libertad ambulatoria hasta por 30 minutos, y ello con la única finalidad de verificar si es que el adolescente controlado tiene o no órdenes de detención pendientes.

El estándar del artículo 37 de la CDN, en relación con los ya referidos artículos 7 de la CADH y 9 del PIDCP, es meridianamente claro en orden a que cualquier forma de privación o restricción de libertad respecto de menores de 18 años se use “tan sólo como medida de último recurso”.

Las indicaciones ya referidas del Comité de Derechos Humanos en orden a incluir diversas formas de privación de libertad, incluso las que formalmente no sean detención (por ejemplo en la O.G. 35, párr. 13) cobran especial importancia en el caso de personas menores de edad, donde ha sido habitual que bajo diversos términos tales como “retención” o “conducción” se designen prácticas de privación o restricción de libertad que mediante el recurso a tales eufemismos quedan fuera de los derechos y garantías que tienen los adultos en circunstancias similares. En el caso chileno, tanto la Ley de Protección de Menores de 1928 (N° 4.447) como la de 1967 (la aún vigente 16.618) al negar la dimensión penal del tratamiento a los menores de

embargo, sin control de identidad preventivo, las órdenes de detención contra adolescentes disminuyeron en un 28,9%” (DPP, Comentarios al proyecto de ley que amplía el control preventivo de identidad adolescentes, 7 de agosto de 2017, pág. 5).

³⁷ Fuente: Ministerio de Desarrollo Social. Infancia y adolescencia, CASEN 2011. 5 de agosto de 2012.

³⁸ Fuente: Ministerio Público, Presentación sobre Boletín 11.314-25, Comisión de Seguridad Ciudadana, Cámara de Diputados, agosto de 2017. En este mismo informe se señala que el número de causas promedio por sujeto aumentó de 1.25 en el 2008 a 1.49 en el 2015.

³⁹ En una evaluación de la Ley 20.084 realizada por la Cámara de Diputados, se señala que el primer grupo de delitos del sistema RPA corresponde a faltas (17.49% de delitos el 2014), seguido por los hurtos (16.36%) y las lesiones (Evaluación de la Ley 20.084, Cámara de Diputados de Chile, Noviembre de 2015, pág. 26 y ss.). El mismo año 2014 los homicidios representaron un 0.29% del total, los delitos sexuales un 1.9%, y los robos un 7.9%.

edad preferían hablar de “menores retenidos”. Esa cultura ligada al modelo tutelar, ya superado por la CDN, subsiste tanto a nivel normativo como cultural, y así se explica que a pesar de que en la regulación actual de la responsabilidad penal de adolescentes (Ley 20.084 y su Reglamento) no se contemple que para la puesta en libertad de adolescentes sea necesaria la entrega a “adultos responsables”, en los hechos esa figura subsista como práctica cotidiana. De hecho, si bien en los Protocolos de Carabineros para la mantención del orden público dados a conocer en el año 2014 se señala en el N° 4.2, sobre detención de manifestantes menores de edad, que “los mayores de 14 años detenidos por la imputación de un delito no requieren la presencia de un adulto responsable para su libertad”, con posterioridad se dictó el Manual de Procedimientos policiales con niños, niñas y adolescentes, donde se señala lo siguiente: “*Es importante señalar que todo procedimiento policial que se adopte con un niño, niña o adolescente en calidad de conducido o detenido en la Unidad Policial, éstos deberán ser entregados a su adulto responsable, padres o a quien sea el encargado de su cuidado. Para estos efectos, el personal de Guardia, verificará que el parentesco o tutela quede claramente establecido, dejando constancia en el Libro de Novedades del Servicio de Guardia*”⁴⁰.

Si bien el efecto sobre el conjunto de los derechos de la persona adolescente es menos drástico con un control de este tipo que en comparación con la conducción o la detención en recinto policial, de todas formas contraviene lo señalado en el marco normativo que hemos señalado, sobre todo las reglas relativas al “primer contacto” en las Reglas de Beijing, y también las Directrices de Riad, que precisamente recomiendan evitar la estigmatización de menores de edad, reservando para la última instancia la actuación de los órganos de control social. El elemento estigmatización resulta particularmente relevante aquí, teniendo en cuenta que la persona controlada deberá permanecer hasta por espacio de media hora en el mismo lugar donde sea controlada, siendo observada por todas las personas que transiten por el mismo lugar. Por el contrario, las Reglas de Beijing recomiendan hacer todo lo necesario para “evitar el daño”.

Lo indicado se relaciona con el principio del interés superior del niño. En efecto, de acuerdo a lo señalado en el artículo 3.1 de la CDN, y la Observación General N° 14 del Comité, debemos ponderar si la medida legislativa propuesta resulta razonable y proporcional en comparación con el efecto que tiene sobre los derechos de los adolescentes (considerados no sólo individualmente, sino que en tanto colectivo). El interés superior como “una consideración primordial” que señala el art. 3 se identifica con el conjunto de los derechos reconocidos en la CDN, incluyendo el art. 37, y el mandato de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño, entendido holísticamente (art. 6). En este desarrollo el niño, niña o adolescente puede ver legítimamente afectados sus derechos, por ejemplo la libertad personal, pero con pleno respeto de los estándares señalados. Así, sólo con pleno respeto a este conjunto de derechos es que el interés del niño puede equilibrarse con o ceder frente a otros intereses personales o sociales, y por ello es que se permite bajo una serie de resguardos la posibilidad de reaccionar frente a infracciones de ley en que se vean involucrados niños/as o adolescentes (art. 40)⁴¹.

⁴⁰ Manual de procedimientos con NNA, Carabineros de Chile, Zona de prevención y protección a la familia, Orden General 002389 de 5 de febrero de 2016, página 11.

⁴¹ Tal como ha señalado Miguel Cillero, “el interés superior del niño tiende a realizar al máximo los derechos del niño y por ello debe ser una barrera para la aplicación de restricciones de derechos (características del sistema penal)”. La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño, en: Justicia y Derechos del Niño N°9, Unicef, 2007, pág. 248.

En el contexto actual, la Ley 20.084 con sus remisiones generales al Código Penal y el Procesal Penal hace aplicable a las personas desde los 14 años de edad el control de identidad del artículo 85 del CPP. Como hemos visto, esta forma de control es la que resulta más eficaz para detectar personas con órdenes de detención pendientes, y la Ley 20.931 incorporó precisamente entre sus supuestos de aplicación el que “los funcionarios policiales tengan algún antecedente que les permita inferir que una determinada persona tiene alguna orden de detención pendiente”.

Los autores de este proyecto señalan que no les parece “consistente” que “mientras un adolescente pueda ser objeto de medidas restrictivas a su libertad; le sea vedado a las policías controlar su identidad con fines preventivos”. La consistencia de este dato viene dada precisamente por la consideración del interés superior del niño/a o adolescente y el resto de estándares que hemos mencionado. Las restricciones necesarias, razonables y legítimas, ya están consagradas en artículos como el 37 y 40 de la CDN, en la Ley 20.084 y el art. 85 del CPP⁴², y permiten dentro de ciertos supuestos -no sólo reactivos sino que también preventivos⁴³-, controlar la identidad de personas menores de 18 años. Los mecanismos existentes permiten claramente cumplir los objetivos relativos a detección de adolescentes con órdenes de detención pendientes, y no se aprecia ninguna razón atendible para extenderles una figura cuya eficacia está tan puesta en duda, y en que no se cuenta aún con información detallada acerca de su aplicación práctica porque no se ha cumplido con las obligaciones señaladas por el mismo artículo 12 de la Ley 20.931 a las autoridades pertinentes.

V- Conclusiones

-El proyecto de ley contenido en el Boletín 11.314-25 se basa en supuestos que resultan controvertibles, toda vez que no existen estudios ni datos detallados que permitan evaluar seriamente la aplicación práctica del control preventivo de identidad creado por la Ley 20.931, tanto desde el punto de vista de su eficacia político-criminal como de la posible vulneración de derechos de las personas controladas.

-De las cifras disponibles que se han conocido en esta discusión se puede concluir provisionalmente que la efectividad de esta nueva figura como medio de efectivizar órdenes de detención pendientes es mucho menor que la del control de identidad del artículo 85 del CPP, el que paradójicamente ha disminuido considerablemente su aplicación desde julio del 2016 a la fecha.

-Resulta particularmente preocupante que el Estado de Chile y sus policías no hayan cumplido cabalmente con las obligaciones impuestas en relación al control preventivo de identidad, tales como la de implementar un procedimiento estandarizado de reclamo.

⁴² Debemos destacar también el artículo 5 del CPP, que en su segundo inciso establece que las restricciones de derechos deberán ser interpretadas restrictivamente.

⁴³ Cabe tener presente que el inciso primero del art. 85 del CPP señala que se deberá “solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que exista algún indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad”.

-En este contexto, la pretensión de aplicar este nuevo mecanismo de control a una población adolescente que por ser menor de 18 años está protegida de manera reforzada por los estándares de derechos humanos, presenta severos problemas y riesgos, que atentaría contra el interés superior de los adolescentes y afectarían tanto el derecho de estas personas especialmente protegidas a la libertad personal, y contra los estándares relativos a la necesidad de evitar el daño en los contactos de personas menores de edad con los órganos formales de control social.

-Los objetivos que se persiguen con esta iniciativa legal (detección de adolescentes con órdenes de detención, que según las cifras disponibles constituyen una proporción ínfima de la población en la franja etárea de 16 y 17 años) pueden ser alcanzados de mucho mejor manera en el marco de la legislación vigente, aplicando correctamente el artículo 85 del CPP en su versión actual.