

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Derecho
Chile



**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA DOGMÁTICA CHILENA:
UNA PERSPECTIVA DESDE LA PROPORCIONALIDAD DEL
CONTROL PREVENTIVO DE IDENTIDAD**

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

BERNARDO IGNACIO YÁÑEZ LEIVA

2 0 1 8

1) **Introducción.**

Desde la reforma procesal penal hasta hoy, la rama a través de su respectivo código y leyes complementarias se ha erigido como un mecanismo que afecta de manera considerable los derechos y las garantías fundamentales de las personas, tanto el Código procesal penal (en adelante CPP como la Constitución Política de la República se han encargado de establecer límites a tales injerencias, es por esto, que a diferencia de otros derechos adjetivos, el procesal penal, se ha constituido como un derecho constitucional reglamentado regulando situaciones específicas de restricciones a los derechos fundamentales y enfocado a la persecución criminal.

Así el Art. 9 del CPP establece que, tratándose de toda actuación de procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio legítimo de sus derechos se requerirá una orden judicial previa., No obstante lo anterior se han ido introduciendo facultades policiales que permiten obrar sin orden previa y afectar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de las personas.

Es por lo anterior, que resulta de suma importancia que las modificaciones legislativas y las nuevas leyes que regulan la materia regulen de la manera más cautelosa posible, para poder evitar injerencias a los derechos fundamentales que sean injustificados o excesivos, y así poder asegurar las garantías mínimas de un Estado Social y democrático de derecho.

No obstante lo anterior, suele ocurrir al momento de legislar que no se adopten las medidas necesarias para poder tales injerencias injustificadas a los derechos constitucionales de las personas, pudiendo producirse estas situaciones un conflicto de principios.

Ante esta realidad, el principio de proporcionalidad se ha configurado como un medio de solución a dichos problemas, haciendo primar los derechos fundamentales cuando se trata de medidas adoptadas por el legislador que significan injerencias injustificadas en los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Así la proporcionalidad, tanto en el derecho penal como en las demás ramas del derecho, se ha constituido como un mecanismo de adjudicación, que ha permitido solucionar conflicto de principios y en general los conflictos que se producen entre el Estado, los órganos del mismo y los particulares.

El devenir de los años y los profundos cambios sociales que ha sufrido la sociedad chilena desde que se puso en marcha la Reforma Procesal Penal han traído como consecuencia que se introdujeran diversas modificaciones al referido código, como también, la incorporación de diversas leyes complementarias al mismo, algunas de ellas motivadas por políticas criminales adoptadas por el legislador del todo cuestionables.

Así la ley 20.931, conocida como ley agenda corta anti delincuencia, modifico disposiciones del Código Penal como del Cpp, pero en particular en su art 12 incorporo una facultad a los órganos policiales que permite requerir la identidad de cualquiera persona mayor de edad en lugares públicos y lugares privados de libre acceso, sin ningún indicio previo que justifique dicho requerimiento, constituyendo nuestro juicio una facultad excesiva y que pone en riesgo el delicado equilibrio entre la persecución penal y las garantías fundamentales reconocidas en la Constitución y en los tratados internacionales reconocidos por Chile y que se encuentran vigentes.

Es por ello hemos considerado necesario analizar la proporcionalidad de dicha medida, con la finalidad de determinar si es una medida que realmente sea necesaria, idónea y proporcionada en sentido estricto. La idea ya había sido tomada por otros autores como Nogueira Alcalá¹ en distintas publicaciones, pero referidas a otras facultades policiales como el control de identidad del Art. 85 del Código Procesal Penal o a la ya derogada detención por sospecha y sin hacer un análisis tan exhaustivo de la medida.

La hipótesis que aquí se sostendrá, parece ser que se trata de una medida desproporcionada y que no justifica la injerencia a los derechos fundamentales, en cuanto las atribuciones que se le entregan al órgano persecutor no se sujetan más que a la arbitrariedad del mismo funcionario, sin que se requiera la existencia de algún indicio, como si ocurre con el ejercicio de otras facultades policiales similares, como la contenida en del art. 85 del CPP.

Para poder determinar si la facultad del art. 12 de la Ley 20.931 justifica la restricción a los derechos fundamentales por ella permitida, usaremos el principio de proporcionalidad aplicando sus distintos sub principios; De igual forma se busca poder determinar cuáles son los distintos derechos fundamentales afectados por la medida, para poder definir el análisis y realizar

¹ Nogueira Alcalá, Humberto, El Derecho a la libertad personal individual en el ordenamiento jurídico chileno, Ius et Praxis [en línea] 1999, 5 () : [Fecha de consulta: 3 de octubre de 2017] Disponible en:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19750112>> ISSN 0717-2877, p.167.