

CONTROL DE IDENTIDAD MIGRATORIO¹

Ximena Marcazzolo Awad²

I.- Consideraciones preliminares

El presente trabajo tiene por objeto analizar la institución del “control migratorio”, figura de reciente data en nuestra legislación nacional, proporcionando criterios para su adecuada interpretación y aplicación práctica.

El artículo 29 bis de la Ley N° 20.000, que contempla el denominado control migratorio, fue incorporado a dicho cuerpo legal a través de la Ley N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005, normativa que introdujo modificaciones al Código Procesal Penal y otros cuerpos legales.

La norma mencionada, contempla los exámenes corporales que se practican en los pasos fronterizos o lugares de ingreso al país a las personas que transitan por dichos espacios físicos, siempre que existan sospechas de que pudieran estar portando droga al interior de sus organismos.

El origen de esta disposición fue dar un respaldo legal a la utilización de los exámenes corporales contemplados en el artículo 197 del Código Procesal Penal en aquellos casos en que no existe un imputado propiamente, pero respecto del cual surgen fundadas sospechas de que pudiera estar portando sustancias ilícitas en su organismo.

II.- Historia legislativa

El artículo 29 bis fue incorporado a la Ley 20.000 a través de la Ley 20.074 de 14 de noviembre de 2005. El texto del precepto reza lo siguiente:

“Artículo 29 bis. Los exámenes establecidos en el artículo 197 del Código Procesal Penal serán también procedentes cuando, en una diligencia de control de identidad migratorio, aparezcan fundadas sospechas de que la persona cuya identidad se controlare porta dentro de su cuerpo, para efectos de transporte, drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas ilegales. En este caso, se procederá de la forma dispuesta en los incisos segundo y tercero del artículo antes citado”.

La citada disposición fue objeto de debate durante la discusión legislativa del proyecto de ley que modifica el Código Procesal Penal y el Código Penal en diversas materias relativas al funcionamiento de la reforma procesal penal, específicamente en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado,

1 Artículo previamente publicado en el Boletín Cuatrimestral de la Unidad de Drogas, N°1, de enero a abril de 2007.

2 Abogada, Subdirectora Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

y a raíz de la exposición del Jefe de la Brigada Antinarcoóticos Metropolitana, Prefecto Germán Ibarra, en la cual hizo presente la necesidad de modificar el artículo 197 del Código Procesal Penal, aclarando que los exámenes corporales eran plenamente aplicables en los casos de control de identidad cuando existieran sospechas de que el controlado podría estar guardando drogas al interior de su organismo.

Lo anterior, encontraba fundamento en el riesgo que significa para nuestro país el ingreso de droga por la vía de los correos humanos.

Finalmente, con el fin de que cualquier persona que fuera objeto de un control de identidad no pudiese ser sometida a exámenes corporales, se optó por incluir la fórmula de control migratorio.

En razón de lo reseñado, surge esta figura nueva que no es un control de identidad, ni tampoco supone la existencia de una investigación previa, sin embargo permite a los funcionarios policiales realizar exámenes corporales contemplados en el artículo 197 del Código Procesal Penal.

III.- Estado de situación

Ahora bien, tal como se indicó, esta nueva figura surge en nuestro ordenamiento jurídico nacional a partir del 14 de noviembre de 2005, observándose diferentes criterios jurisprudenciales a lo largo del país.

En este sentido, algunos jueces de garantía han declarado ilegales detenciones cuando los funcionarios policiales no han dado lectura de los derechos como detenidos o imputados a los controlados antes de practicárseles el examen corporal. Ello, a nuestro juicio, no se condice con el tenor del artículo 29 bis de la Ley de Drogas, el cual hace aplicable el artículo 197 del Código Procesal Penal exigiendo que la persona sea “*apercibida de sus derechos*”³.

Es por lo señalado, que resulta necesario establecer qué debe entenderse por apercibido de sus derechos y cuáles son los derechos que están involucrados en el caso de control de identidad migratorio.

IV.- Legislación aplicable

Corresponde delimitar cuál es el marco legal dentro del cual los funcionarios policiales realizan un control migratorio.

En este sentido, la facultad de la Policía de Investigaciones de Chile para controlar el ingreso y salida de personas del territorio nacional se encuentra regulada en el artículo 5 del DL 2460, que corresponde a la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones. En cuanto a los extranjeros que ingresan y salen de país esta materia se encuentra regulada en el DL N° 1094 de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, y el Decreto N° 597, de 24 de noviembre de 1984.

3 Como veremos durante el curso de este trabajo el apercibimiento de los derechos no es sinónimo de lectura de los derechos del detenido.

De acuerdo a la normativa antes mencionada, la Policía de Investigaciones de Chile (sólo en subsidio Carabineros) es responsable de controlar el ingreso de las personas, nacionales o extranjeras, al territorio de Chile.

Dentro del marco legal explicitado la Policía controla la identidad de las personas que ingresan o egresan de Chile⁴, lo cual forma parte del control migratorio.

Como se ha señalado, el artículo 29 bis de la Ley 20.000, regula el control migratorio en materia de infracciones a la Ley 20.000, especificando que cuando a raíz de éste se generen fundadas sospechas de que el controlado portare droga, es posible practicar los exámenes corporales en la medida que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 197 del Código Procesal Penal.

V.- Diferencias entre el control de identidad y el control migratorio

En primer lugar, estimamos que control de identidad no es sinónimo de control migratorio.

En este sentido, el control de identidad es una herramienta de prevención y de control policial contemplada en el artículo 85 del Código Procesal Penal. De acuerdo a dicha norma el objetivo de esta institución es solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados en que los funcionarios estimaren que existen indicios de que esa persona hubiera cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; que se dispusiere a cometerlo, que pudiera suministrar información útil para la indagación de un delito o en el caso de las personas que se embocen o encapuchen para ocultar, dificultar o disimilar su identidad.

Además de la identificación de la persona en el contexto de un control de identidad, los funcionarios policiales están autorizados para registrar las vestimentas, equipaje y vehículos de éstas.

Sólo cuando el controlado se negare a proporcionar su identidad, o si habiéndole dado las facilidades del caso esto no se hubiera verificado, es posible trasladar a esa persona a la unidad policial más cercana para fines de identificación.

El control de identidad es una facultad autónoma de la policía y en razón de ello pueden proceder de la manera señalada sin orden previa del Fiscal. Si durante el curso de este procedimiento surge un delito flagrante o la necesidad de practicar alguna diligencia investigativa tendrá que ponerse en contacto con el Fiscal, a fin de recibir las instrucciones particulares del caso o, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 87 del Código Procesal Penal, dar curso a las diligencias preestablecidas por el Ministerio Público en términos generales. Lo anterior sin perjuicio de las facultades contempladas en el artículo 83 del Código Procesal Penal.

4 En este sentido el artículo 5° del reglamento de extranjería, DL 597 de 14 de junio de 1984, dispone: *"La entrada al país de los extranjeros deberá efectuarse por lugar habilitado, con documentos idóneos y sin que existan causales de prohibición de impedimento para ingresar"*.

En este sentido, si del contexto de un control de identidad resulta necesario efectuar un examen corporal, el funcionario policial se pondrá en contacto con el Fiscal de turno antes que éste se practique, sea que esta diligencia se realice respecto de una persona controlada de identidad y luego detenida (por flagrancia u orden judicial de detención) o también cuando dicha diligencia se haga necesaria en el contexto de la indagación de un delito⁵.

Por su parte, el control de identidad migratorio también se erige como una facultad autónoma de las Policías circunscrita a los puntos de ingreso al territorio nacional.

A diferencia del control de identidad que se refiere a todo tipo de delitos, el artículo 29 bis es aplicable respecto de la Ley de Drogas y específicamente en relación con los correos humanos.

Cuando se efectúa un control de identidad migratorio la individualización de las personas es parte esencial de este proceso y la facultad está entregada a funcionarios policiales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, Decreto Ley N° 2460, de 9 de enero de 1979, y el DL-1094, de 19 de julio de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile⁶.

En este sentido la norma persigue facultar a los funcionarios policiales para requerir la práctica de un examen corporal respecto de una persona que en el contexto de su identificación, a raíz de su ingreso o salida a nuestro territorio nacional, surgen fundadas sospechas de que podría estar portando drogas al interior de su cuerpo.

Es decir, mientras en el control de identidad las sospechas fundadas son previas, en el control migratorio es factible que ésta surja a raíz de la misma y, en este contexto, aparezca la necesidad de efectuar los exámenes corporales a que se refiera el artículo 29 bis.

Además, la identificación de la persona es parte esencial del control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, así como el registro de las personas, vestimentas y equipajes que portara consigo, pero previo a éste es necesario que se esté en presencia de *“un caso fundado”*, a diferencia del control migratorio que no exige más que ingresar o salir al país, ya que es una facultad propia de la policía de inmigración, y sólo cuando a propósito del mismo surja una fundada sospecha se puede proceder de conformidad a lo dispuesto en el artículo 197 del Código Procesal Penal.

Por lo tanto, el control de identidad siempre tiene un origen de persecución criminal. En cambio, el control migratorio se explicita en el contexto de las facultades que se les han otorgado a los policías de inmigración cuyo objeto es

5 Por ejemplo en el caso de la víctima o del ofendido por un delito.

6 El artículo 10 del DL-1094 dispone que a la Dirección General de Investigaciones le corresponde controlar el ingreso y salida de los extranjeros.

mantener un estricto seguimiento de todas las personas que transitan por los pasos fronterizos o espacios físicos de acceso a nuestro país.

VI.- Exámenes Corporales durante la diligencia de Control migratorio

Los exámenes corporales se encuentran regulados en el artículo 197 del Código Procesal Penal, tal como se ha señalado en reiteradas oportunidades en el presente trabajo.

Dicha norma legal establece: “*si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado o del ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado.*”

Si la persona que ha de ser objeto de examen, apercibida de sus derechos, consistiera en hacerlo, el fiscal o la policía ordenará que se practique sin más trámite. En caso de negarse, se solicitará la correspondiente autorización judicial exponiéndose al juez las razones del rechazo.

El juez de garantía autorizará la práctica de la diligencia siempre que se cumpliera con las condiciones señaladas en el inciso primero”.

Ahora bien, de acuerdo a la norma transcrita, los exámenes corporales proceden respecto del imputado o del ofendido por el hecho punible y consisten en exámenes de carácter biológico, extracciones de sangre u otros similares.

En relación con lo dispuesto en el artículo 29 bis de la Ley 20.000, estimamos que la persona objeto de un control de identidad no tiene la calidad de imputado sino hasta el momento en que se obtienen resultados positivos de su examen (hallazgo de droga), ya que a partir de esa oportunidad el proceso penal se dirige en su contra con el fin de establecer su responsabilidad en el ilícito descubierto.

A mayor abundamiento, es posible afirmar que la calidad de imputado aparece respecto del controlado por inmigración sólo a partir del momento en que se conoce el resultado de los exámenes corporales, y no al momento en que se le requiere su documentación para identificarlo, registrar su ingreso al país o se le practique un examen corporal en los términos del artículo 197 del Código Procesal Penal.

En este sentido, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica en fallo de 10 de febrero de 2006, en su considerando sexto, ratifica lo señalado precedentemente. Dicho considerando expresa: “*SEXTO: que, en consecuencia, desde el momento en que se obtiene el resultado de los exámenes corporales efectuados a los imputados, se les otorga la calidad de tales, por lo que, con el mérito de los mismos, debe entenderse que se inició la investigación en los términos previstos en el inciso 2° del artículo 7 del Código Procesal Penal, puesto que en las actuaciones previas ni siquiera tenían la calidad de detenidos, como lo ha reconocido el propio juez de garantía, sin que*

corresponda a esta Corte pronunciarse al respecto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 95 del Código Procesal Penal”.

Es por lo antes señalado que proceder a la lectura de derechos como detenido o imputado no corresponde durante el proceso de control migratorio. Además, en su contexto, la policía procede de forma autónoma y puede trasladar al imputado hasta el centro hospitalario para que se le practique el examen corporal respectivo, siempre que se cuente con su autorización o con la del juez de garantía en caso de negativa.

De esta manera el apercibimiento de los derechos a que hace mención el artículo 197 del Código Procesal Penal **dice relación con la advertencia relativa a si autoriza o no el examen corporal** y que en caso de negativa dicha autorización podrá ser solicitada al juez de garantía. Es decir, el apercibimiento de los derechos se traduce en el conocimiento cabal por parte del apercibido de los exámenes que se le van a realizar y de la posibilidad de negarse a ello, en cuyo caso se deberá obtener autorización judicial.

Una vez que se cuente con el consentimiento del afectado o con la orden del juez de garantía, se procederá al traslado de éste al centro asistencial. Este traslado no equivale a una detención, sino a una mera conducción cuyo objeto es limitado en el tiempo y finalidad.

El examen corporal al que son sometidas estas personas es en primer término una radiografía que permite observar la presencia de cuerpos extraños en su organismo y posteriormente la ingesta de laxantes⁷ con el fin de que expulse la sustancia fuera de su cuerpo. En nuestra opinión sólo a partir de la expulsión de la primera cápsula u ovoide y su posterior prueba de campo o narcotest, estamos en presencia de un delito flagrante y por lo tanto procede su detención⁸.

Esta actividad se realiza en hospitales y ante el médico de turno. Sólo a partir del momento en que se detecte que efectivamente esa persona porta al interior de su cuerpo ovoides se procederá a su detención, por lo que a contar de ese momento es necesario hacer lectura de sus derechos como detenido.

Ahora bien, a nuestro juicio la hipótesis de flagrancia se manifiesta desde el momento en que la prueba de campo da resultados positivos. Por su parte, consideramos que la radiografía que reconozca la existencia de cuerpos extraños al interior del organismo del imputado es un elemento suficiente, junto con el resto

7 Esta es la fórmula que usualmente se emplea para lograr la expulsión de los ovoides desde el organismo humano. Sin perjuicio de lo señalado, eventualmente se podría utilizar otro mecanismo según el caso concreto y el estado de salud en que se encuentre el examinado.

8 Tal como se puede apreciar, los exámenes que se practican a los imputados en estos casos también tienen por objeto proteger un bien superior como es su vida, ello por los riesgos que conlleva el portar sustancias ilícitas al interior de su organismo, por lo tanto, desde la perspectiva de un criterio de proporcionalidad también resulta del todo adecuada la medida intrusiva cuyo objetivo es la expulsión o extracción de la droga.

de circunstancia que rodean el hecho, para solicitar al juez orden de detención, a fin de evitar la fuga del imputado.

Lo señalado es especialmente importante en aquellos casos en que la radiografía practicada da cuenta de la existencia de cuerpos extraños, pero el proceso de evacuación se prolonga en el tiempo.

En la práctica, es de normal ocurrencia que el proceso de expulsión de los ovoides tarde un par de días, en cuyo caso lo habitual será solicitar una ampliación de la detención o que la audiencia de control se verifique en el Centro hospitalario donde se encuentre el imputado.

VII.- Consideraciones prácticas en relación al control de identidad migratorio

Sin perjuicio de lo señalado en este trabajo, en la práctica se han presentado dificultades en relación con las detenciones practicadas a raíz de un control migratorio, ello fundamentalmente en atención a que al momento de la práctica de los exámenes corporales no se hizo lectura de los derechos del detenido o del imputado.

Si bien estas declaraciones de ilegalidad han cesado en atención a que actualmente se hace lectura de los derechos a las personas que serán objeto de un examen corporal, lo cierto es que dicha lectura no es procedente, ya que tal como se ha indicado, el examinado no tiene la calidad de imputado sino hasta el momento en que se compruebe que se encontraba cometiendo un delito flagrante.

Es por lo señalado que daremos algunas argumentaciones que se pueden esgrimir en las audiencias para hacer frente a esta corriente jurisprudencial:

1.- El control de inmigración es una institución autónoma, tanto respecto del control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, así como del delito flagrante.

En este orden de ideas, el estatuto legal que regula la mencionada institución es el artículo 29 bis de la Ley 20.000 y por lo tanto en él se establece la forma como opera. Consecuente con lo anterior, y tal como se mencionaba al momento de referirnos a las diferencias con el control del Código Procesal Penal, el control migratorio no requiere de ningún tipo de indicio previo para ejecutarse, bastando que se den los supuestos de entrada o salida al territorio nacional, y sólo para la práctica del examen corporal es necesario que surjan sospechas fundadas, las cuales normalmente se manifestarán al momento de dicha identificación.

Siendo así, la procedencia de los exámenes corporales a que alude la norma contemplada en la Ley de Drogas se basta a sí misma con el reenvío que efectúa al artículo 197 del cuerpo procesal penal, el cual a su vez establece principalmente la exigencia de autorización voluntaria o judicial y apercibimiento de derechos.

Ahora bien, el apercibimiento de derechos no es lectura de derechos, no sólo porque en la gran mayoría de los casos el examen será la prueba que determine la detención, sino porque esta norma es aplicable tanto respecto de imputados

como respecto de ofendidos por un delito. De esta manera, si respecto de ambos, de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 197 del Código Procesal Penal, debe efectuarse el apercibimiento, no es dable argüir que “*apercibimiento de derechos*” a que hace mención la norma diga relación con la lectura de derechos del imputado.

En conclusión, no procede la lectura de derechos en el caso de un control migratorio que derive en la práctica de exámenes corporales, porque no hay imputado sino controlado.

2.- De ser procedente la lectura de derechos en el contexto de un control migratorio, la pregunta es cuándo se debe efectuar dicha lectura. Ello, ya que dicha lectura presupone la calidad de detenido o imputado.

a) Una posibilidad es considerar que la persona se encuentra detenida desde el momento mismo en que se inicia el control migratorio y, por lo tanto, la lectura de derechos debiera realizarse respecto de todas las personas que entran o salen del territorio nacional y se les requiere su identificación. Probablemente nadie estaría de acuerdo con lo mencionado porque ello equivaldría a decir que el libre tránsito de personas es constitutivo de un ilícito.

b) Una segunda hipótesis es estimar que la lectura de derechos debe ser realizada antes de la práctica de los exámenes corporales, ya que de otro modo éstos estarían viciados.

Esto equivale a señalar que la sola sospecha de que alguien porte droga en su organismo es constitutiva de un delito y que, por lo tanto, el traslado al centro hospitalario se efectúa en calidad de detenido.

Lo anterior no solamente atenta contra toda lógica, sino que además, no resuelve una situación de común ocurrencia: qué sucede con el examinado que no portaba droga en su organismo. ¿El fiscal debe dar orden de libertad? ¿Procede el recurso de amparo por detención injustificada?

c) La tercera hipótesis, y correcta a nuestro entender, es considerar que la lectura de derechos sólo procede en la medida que, a raíz del examen corporal, se acredite la existencia de un delito flagrante, y el apercibimiento de derechos a que alude el artículo 197 del Código Procesal Penal dice relación con derechos del controlado examinado y no detenido o imputado.

3.- En el evento que se estime que lo que procede es la lectura de derechos del detenido la pregunta es si esto puede desembocar en la declaración de ilegalidad de la detención.

A este respecto, es del caso señalar que la jurisprudencia actualmente es bastante conteste al momento de resolver los casos, en orden a que la sanción contemplada en nuestra legislación procesal penal por la omisión de la lectura de derechos es la contemplada en el artículo 136 del Código Procesal Penal, esto es, sanción disciplinaria o inicio de investigación penal en contra del funcionario, según el caso.

Por lo tanto, aún en el evento que se estimase que procede la lectura de derechos y ésta no se hubiera realizado, la sanción debiera ser la contemplada en

el artículo 136 del Código Procesal Penal y no la declaración de ilegalidad de la detención.

4.- Finalmente, es posible citar alguna jurisprudencia extranjera que se ha pronunciado sobre estas materias⁹:

El Tribunal Supremo Español a partir del fallo de 5 de febrero de 1999, ha mantenido una postura sostenida en el tiempo en relación con los exámenes que se practican a lo viajeros en los aeropuertos, en este sentido: *“Cuando una persona –normalmente un viajero que llega a un aeropuerto procedente del extranjero– se somete voluntariamente a una exploración radiológica con el fin de comprobar si es un portador de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos. De ahí que no sea precisa la asistencia del letrado, ni la consiguiente previa detención”*.

En el mismo sentido de este fallo, el 12 de enero de 2006, el Tribunal Supremo Español reitera que no es necesaria la presencia del abogado al momento de someterse a exámenes corporales, lo cual sí se requiere al momento en que se comprueba la existencia de droga al interior del organismo y la consecuente detención de los portadores.

En dicha sentencia el Tribunal Supremo agrega además un criterio nuevo: *“Por lo demás, parece acorde con el buen sentido, pensar que si una persona es consciente, como lo eran los acusados de que tienen en su organismo bolas de cocaína y acepta se le someta a un examen radiológico, lo hace a sabiendas, sin que nadie se lo advierta, que está iniciando una exploración susceptible de conducir a la preconstitución de una prueba de cargo”*.

Conclusión:

El control de identidad migratorio, en nuestra opinión, tiene la finalidad ya explicitada y su naturaleza emana de las facultades de control de personas que ingresan o egresan del territorio nacional, lo cual se encuentra regulado legalmente, entre otros cuerpos legales, en la Ley de Drogas, la Ley Orgánica Constitucional de la Policía de Investigaciones de Chile, Decreto Ley Nº 2460, específicamente en su artículo 5° que al mencionar las funciones de la citada institución señala que le corresponde *“controlar el ingreso y salida de personas del territorio nacional”*.

Finalmente, no se debe obviar que el Decreto Ley Nº 2460 fue objeto de adecuación por parte de la Ley 19.806, publicada en el Diario Oficial el día 31 de mayo de 2002, y considerada conforme a nuestra Constitución Política del Estado, de acuerdo a lo expresado por el Tribunal Constitucional.

9 Este punto se ha basado en el trabajo realizado por los abogados de la Unidad de Drogas de la Fiscalía Nacional Sylvia Delgado y Andrés Salazar, denominado “Detenciones en controles migratorios y exámenes corporales relacionados con transporte de ovoides contenedores de droga, en la ley chilena y en la jurisprudencia española”.