

**SISTEMA NACIONAL DE REGISTRO DE ADN REGULADO EN LA LEY N° 19.970:  
ANÁLISIS DE SUS PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN N° 2/ 2015/ Junio.  
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS. Informe en derecho**

**Jorge Bofill Genzsch**

**Resumen del encargo:** La Defensoría Penal Pública nos ha encargado la redacción de un informe en derecho que emita una opinión jurídica sobre las medidas intrusivas contenidas en la Ley N° 19.970 (en adelante, indistintamente, “la ley”), que crea el “Sistema Nacional de Registro de ADN” (en adelante “sistema de registro”), tanto desde una perspectiva procesal y penal, como de una perspectiva vinculada a la protección de datos personales.

Para ello, analizaremos en lo sucesivo los diversos procedimientos y registros contemplados por la ley, para de este modo -a la luz de sus objetivos declarados y la legislación aplicable- resolver los problemas interpretativos a que podría dar lugar su aplicación.

**I. Introducción: principales aspectos de la Ley N° 19.970**

Antes de analizar los puntos más problemáticos de la ley, resulta conveniente tener a la vista una breve descripción de los conceptos fundamentales que la misma establece.

a. Objetivo de la Ley N° 19.970: creación de una herramienta de investigación criminal

La ley fue publicada el día 6 de octubre del año 2004 y entró en vigencia el 25 de noviembre de 2008, día en que fue publicado el reglamento de la misma (Decreto N° 634).

De conformidad a la historia legislativa, a su articulado, y al mensaje del ejecutivo, el principal propósito de la creación del sistema de registro es establecer una nueva

herramienta de investigación criminal. El mensaje es claro al respecto: “[...] *El presente proyecto se enmarca en nuestro constante esfuerzo para buscar los medios que nos permitan coadyuvar, al máximo, en el desarrollo de la investigación del delito*”<sup>1</sup> (énfasis agregado). El mismo señala más adelante: “1. *Finalidad. El Registro que propone el proyecto tendrá por objeto exclusivo facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de una investigación criminal, particularmente en lo relativo a la identificación de las personas que fueren responsables del mismo. En ningún caso podrá solicitarse o consultarse la información contenida en él para otros fines o instancias que no sean los propios de un proceso criminal*”<sup>2</sup> (énfasis agregado).

En la misma línea, el Fiscal Nacional en el Oficio N° 602/2008, estableció que “[...] *esta Ley con la creación de los registros, viene a colaborar particularmente en aquellas investigaciones en las que existiendo evidencias que contienen material genético no existe una persona determinada a quien atribuirle participación en el delito materia de la investigación*”<sup>3</sup>.

#### b. Normativa aplicable

Además de la propia ley y su reglamento (Decreto N° 634), resultan aplicables, por remisión legal expresa, la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada y el Código Procesal Penal (en adelante “CPP”).

La aplicación de la ley sobre protección de la vida privada está ordenada explícitamente en el artículo 3° de la ley<sup>4</sup>, la cual califica a la información contenida en los registros creados por la ley como datos sensibles de sus titulares.

La aplicación supletoria del CPP, dispuesta en el artículo 10° de la ley<sup>5</sup>, se fundamenta claramente en los objetivos de investigación que persiguen los registros. Como se demostrará, de esta regulación resultan particularmente relevantes las siguientes disposiciones del CPP: artículo 7° (calidad de imputado); artículo 8° (ámbito de la defensa); artículo 9° (autorización judicial previa); artículo 10° (cautela de garantías);

---

<sup>1</sup> Mensaje del ejecutivo N° 150-345, de fecha 10 de diciembre de 2001, citado en la Historia de la Ley N° 19.970, elaborada por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 6.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>3</sup> Oficio N° 602/2008, Fiscalía Nacional, Ministerio Público, de fecha 30 de septiembre de 2008, p. 1.

<sup>4</sup> “Artículo 3°: Naturaleza de los datos y su titularidad. La información contenida en el Sistema y, en particular, las muestras biológicas y las huellas genéticas, se considerarán datos sensibles de sus titulares, según lo dispuesto en la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada” (énfasis agregado).

<sup>5</sup> “Artículo 10.- Toma de muestras biológicas. Los casos y formas en que se procederá a la toma de las muestras biológicas se regularán por las disposiciones de la ley procesal penal que sean aplicables” (énfasis agregado).

artículo 93 (derechos del imputado); artículo 197 (exámenes corporales); artículo 198 (exámenes médicos y pruebas relacionadas primordialmente a delitos contra la autodeterminación sexual); artículo 199 (exámenes médicos y autopsias); artículo 199 bis (exámenes y pruebas de ADN); artículo 229 (concepto de formalización de la investigación); artículo 230 (oportunidad de la formalización de la investigación) y; artículo 236 (autorización para practicar diligencias de investigación sin conocimiento del afectado).

c. Registros creados por la Ley N° 19.970

La normativa en estudio creó cinco registros diversos: (i) Registro de Condenados; (ii) Registro de Imputados; (iii) Registro de Evidencias y Antecedentes; (iv) Registro de Víctimas; y (v) Registro de Desaparecidos y sus Familiares.

El (i) Registro de Condenados se encuentra previsto en el artículo 5° de la ley, y contiene las huellas genéticas de personas que han sido condenadas por sentencia ejecutoriada, en los casos que establece el artículo 17.

El (ii) Registro de Imputados, regulado en el artículo 6° de la ley, contiene las huellas genéticas de quienes han sido imputados por un delito que es posible enmarcar dentro del ámbito de aplicación del artículo 17 recién mencionado, y que han sido obtenidas y determinadas según las disposiciones pertinentes del CPP.

El (iii) Registro de Evidencias y Antecedentes conserva las huellas genéticas obtenidas durante el desarrollo de una investigación criminal y que corresponden a personas aún no identificadas (artículo 7° de la ley).

El (iv) Registro de Víctimas almacena las huellas genéticas correspondientes a víctimas de un delito que han consentido expresamente en su obtención e incorporación al registro (artículo 8°).

Finalmente, el (v) Registro de Desaparecidos y sus Familiares, regulado en el artículo 9° de la ley contiene las huellas genéticas de cadáveres o restos humanos no identificados; material biológico presumiblemente proveniente de personas extraviadas y de personas que, teniendo un familiar desaparecido o extraviado, acepten voluntariamente donar una muestra biológica que pueda resultar de utilidad para su identificación.

d. ADN no codificante: tipo de información y estatus normativo

Los registros de la ley operan exclusivamente en base al denominado “ADN no codificante”, esto es, según el artículo 1°, aquella “[...] *información genética que sea polimórfica en la población, carezca de asociación directa en la expresión de los genes y aporte sólo información identificatoria*” (énfasis agregado). Sobre la base de esta información se genera el registro alfanumérico que la ley denomina “huella genética”<sup>6</sup>.

Por lo tanto, la “huella genética” sólo aporta información forense que sirve para descartar o identificar a una persona sobre la base de una comparación de muestras, sin que sea posible determinar, a partir de estas muestras, características personales de alguno de los sujetos incorporados a un registro.

No obstante ello, la información “no codificante” contenida en los registros tiene el estatus de datos sensibles de sus titulares<sup>7</sup>. Según el artículo 2° letra g) de la Ley N° 19.628 son datos sensibles “[...] *aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual*”. Esto implica que el tratamiento de esa información se encuentra sujeto a todos los resguardos, limitaciones y restricciones previstas en esta última ley (v.gr. artículo 10°)

La remisión del legislador resulta fundamental a los propósitos de la ley. Si bien, en principio, el ADN no codificante no proporciona información relativa a las características de las personas comprendidas en los registros, la ley hace explícita la voluntad del legislador a efectos de evitar cualquier debate en este sentido resguardando de la forma más intensa posible la información contenida en los registros.

#### e. Planteamiento del problema

En el sistema de penas del Código Penal chileno, las penas accesorias impuestas por la realización de delitos tienen un rol bastante secundario, ello por cuanto el eje del vigente código es indudablemente el autor (penas privativas de libertad). Esta lógica se repite en las profusas leyes penales especiales, provocando con ello, por una parte, una acelerada inflación de la población penitenciaria y; por otra, una minimización de los efectos de las penas no privativas de libertad.

---

<sup>6</sup> Del mismo modo se encuentra definido en el artículo 4° numeral 5° del Reglamento de la Ley N° 19.970.

<sup>7</sup> Artículo 3° de la Ley N° 19.970, que se remite expresamente a la Ley N° 19.628.

Un ejemplo de lo precedente es la Ley N° 19.970, por cuanto, si bien establece ciertas sanciones de naturaleza penal -tales como la incorporación de las huellas genéticas en el Registro de Condenados-, exime que su adscripción sea realizada por un juez, así como de la prohibición de aplicación retroactiva de leyes penales desfavorables.

Es en razón de lo precedente que la Defensoría Penal Pública ha solicitado un informe en derecho que dé respuesta a los siguientes temas:

1° Identificar y analizar las reglas aplicables a la toma de muestras biológicas, en especial la determinación de los “casos y formas” en que resulta procedente;

2° Identificar y analizar los requisitos exigibles para registrar una huella genética en el “registro de condenados”, tanto para el caso general, como para la regla especial del art. 1° transitorio, en especial, en relación a su oportunidad, necesidad de orden judicial, necesidad de que el defensor sea oído y de conocimiento por parte del afectado;

3° Identificar y analizar los requisitos exigibles para registrar una huella genética en el “registro de imputados”, en especial, en relación a su oportunidad y necesidad de orden judicial, necesidad de que el defensor sea oído y de conocimiento por parte del afectado;

4° Analizar la posibilidad de que la defensa solicite la pericia de cotejo y/o el registro, tanto de víctimas como de evidencia;

5° Emitir una opinión fundada sobre el alcance y los requisitos señalados en el artículo 17 de la Ley N° 19.970, y en especial, para la toma de muestras biológicas y determinación y registro de huellas genéticas en los casos de un crimen que no se encuentre en los casos regulados en las letras a), b) y c) de la misma disposición;

6° Analizar los plazos y requisitos aplicables a la eliminación de la huella del registro de imputados, eventuales problemas existentes con la imposibilidad de eliminar la huella del registro de condenados, y posibilidad de eliminar las huellas del prontuario penal de los condenados.

## **II. Procedimientos regulados en la Ley N° 19.970**

### **a. Toma de muestra biológica**

El primer paso requerido para determinar una huella genética es contar con una muestra biológica. El artículo 4° del reglamento define, en sus numerales 6° y 8° qué

debemos entender por “muestra biológica” y “material biológico”: “**6) Muestra biológica:** *Cualquier fluido o tejido de origen humano, sea líquido o sólido, susceptible de contener ADN atribuible a un sujeto cuya identidad es conocida [...];* **8) Material biológico:** *Muestra biológica o evidencia*” (énfasis agregado).

La ley no establece de forma autónoma las normas que deben guiar la obtención de muestras biológicas, de suerte que dicho procedimiento se rige por la regulación general del CPP (según remisión expresa del artículo 10° de la ley), y por otra, por los artículos 12 y siguientes del reglamento.

La remisión al CPP se explica en que, por una parte, desde la perspectiva procesal, la toma de una muestra biológica constituye una intervención o examen corporal (artículo 197 CPP)<sup>8</sup> en que se instrumentaliza el cuerpo de una persona para fines propios de la investigación. Esta instrumentalización implica tensiones con varias garantías constitucionales (v.gr. integridad física, psíquica, intimidad), que pueden conllevar -en el contexto de un juicio penal- la exclusión de aquellas pruebas obtenidas con infracción de una o más de ellas. Esa es, por lo demás, la razón por la cual el CPP regula en detalle los requisitos que deben cumplir esta clase de medidas en el contexto de una investigación penal.

En paralelo, el reglamento establece en detalle las normas técnicas que deben guiar la obtención de las muestras, especialmente atendido el interés por asegurar su integridad probatoria.

En aquellos casos en que la obtención de muestras biológicas no se realiza mediante intervenciones corporales (v.gr. cuando se efectúa mediante el levantamiento de evidencia en el sitio del suceso), el CPP establece reglas especiales para su obtención y tratamiento. Atendida la relevancia probatoria de las muestras biológicas, tales reglas, deben entenderse complementadas por las normas técnicas del reglamento.

#### i. La obtención de muestras mediante intervenciones corporales

##### 1. Generalidades

En los términos de nuestra reglamentación procesal penal, las intervenciones corporales, “[...] *son aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, que implican un reconocimiento externo del mismo (registros o*

---

<sup>8</sup> Véase Historia de la Ley N° 19.696, Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados; discusión particular art. 273.

*inspecciones) o la extracción desde su interior de elementos que proporcionen información sobre la persona o de elementos incorporados a él (investigaciones corporales), con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el establecimiento del cuerpo del delito y de la participación culpable”<sup>9</sup>.*

Como se anticipó, la especial preocupación del legislador por la materia radica en que esta clase de procedimientos puede entrar en colisión con diversas garantías constitucionales. En palabras de la profesora Horvitz:

*“[...] Se trata de una medida intrusiva de excepcional importancia por los valores constitucionales en juego, como la dignidad de la persona (artículo 1° CPR), el derecho a la integridad física y psíquica de la persona (art. 19 N° 1 inciso 1° CPR), el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes (art. 5.2 CADH y art. 7 PIDCP), el derecho a la libertad personal (art. 19 N° 7 inciso 1° CPR), el derecho del detenido a no ser obligado a declarar, a declarar contra uno mismo ni a confesarse culpable (art. 19 N° 7 letra f) CPR, art. 14.3 g) PIDCP y art. 8.2 letra g) CADH)”<sup>10</sup> (sic).*

Fuera de los aspectos constitucionales, en la regulación chilena la norma que delimita la aplicación de esta clase de medidas intrusivas es el artículo 197 CPP, que establece que los exámenes corporales sólo son admisibles en cuanto “*fueren necesarios para constatar circunstancias relevantes para la investigación*” y sólo en cuanto no existiere un riesgo relevante de “*menoscabo de la salud o dignidad del interesado*”. De este modo, la reglamentación del CPP impone límites externos e internos para la realización de los exámenes corporales (como los que involucran la obtención de muestras biológicas) que, en términos prácticos, establecen la necesidad para el fiscal, y eventualmente para los jueces, de realizar un particular ejercicio de ponderación. En idéntico sentido, la historia de la Ley N° 19.696 (Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados; discusión particular art. 273).

Este ejercicio de ponderación, que es propio de toda discusión sobre la procedencia de una medida intrusiva, se realiza a la luz del principio de proporcionalidad. Así, la pregunta por la realización de toda toma de muestras biológicas, exige previamente:

- (i) un análisis de la *idoneidad de la medida*, es decir, si la medida intrusiva es funcional al fin perseguido por la misma;

---

<sup>9</sup> HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián: “*Derecho Procesal Penal Chileno*”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 507.

<sup>10</sup> *Ibíd.*

- (ii) un análisis sobre la *necesidad de la medida*, esto es, que el hecho que se pretende establecer no pueda ser determinado mediante una medida menos lesiva; y,
- (iii) un análisis comparativo entre la idoneidad de la medida y los riesgos que su desempeño puede conllevar para el interesado, en el caso concreto (*proporcionalidad en sentido estricto*).

Una vez tomada la decisión por el fiscal de realizar la obtención de muestras, mediante este particular ejercicio de ponderación, el consentimiento de la persona sujeta al examen corporal juega un rol relevante. De conformidad a la regulación vigente, a falta de consentimiento informado del afectado, la toma de muestras exige autorización judicial expresa<sup>11</sup>.

Cabe tener en cuenta que de conformidad a la ley la obtención de muestras biológicas mediante exámenes corporales puede realizarse tanto en el cuerpo del ofendido como en el cuerpo del imputado. Sin embargo, en tanto ambos sujetos procesales, especialmente desde la perspectiva de sus garantías en el proceso, se encuentran en una relación de asimetría que debe ser considerada en el ejercicio de ponderación que hemos referido. Así, en la medida que el imputado se encuentra en la mira del sistema penal, su contribución a la investigación está limitada (v.gr. principio de no autoincriminación y de derecho a guardar silencio).

Resulta pertinente destacar aquí que el inciso segundo del artículo 197 CPP fue modificado por la Ley N° 19.789, de fecha 30 de enero de 2002, la que cambió las condiciones de aplicación de la norma que regulaba la necesidad de autorización judicial para llevar a cabo las pruebas biológicas. En efecto, el antiguo inciso segundo del artículo 197 CPP disponía lo siguiente: “*En caso de que fuere menester examinar al ofendido, el fiscal le solicitará que preste su consentimiento. De negarse, solicitará la correspondiente autorización al juez de garantía, exponiéndole las razones en que se hubiere fundado la negativa. **Tratándose del imputado, el fiscal pedirá derechamente la autorización judicial***” (énfasis agregado).

De esta manera, la regulación originaria del CPP establecía distintas formas de proceder, dependiendo de quién fuere el sujeto pasivo del examen corporal. Si era la

---

<sup>11</sup> Para que el consentimiento del afectado sea idóneo para autorizar la realización de la diligencia se requiere que la persona en cuestión sea “apercibida en sus derechos”. Esto es, se le debe comunicar que tiene derecho a oponerse a la realización de la diligencia y hacer valer sus razones ante el Juez de Garantía, quien decidirá la controversia.

víctima, su consentimiento era suficiente para la realización de la diligencia de investigación. En cambio, si era el imputado, el consentimiento no bastaba: se exigía siempre autorización judicial.

La Ley N° 19.789 modificó la regulación anterior, equiparando el efecto del consentimiento otorgado por víctimas e imputados: según la normativa vigente, existiendo consentimiento por parte de cualquiera de los dos, no se requiere autorización judicial.

Sin perjuicio de lo señalado, la misma ley estableció casos en los que el ejercicio de ponderación es parcialmente suplido por disposición legal expresa. Así ocurre en el caso de la toma de muestras a propósito del Registro de Condenados respecto del catálogo de los delitos establecidos en el artículo 17 a), b) y c) de la ley, en los que la obtención de muestra no se encuentra sometido a requisitos de idoneidad o necesidad alguno. Esto, como veremos (*infra* III c), es una anomalía desde la perspectiva del sistema probatorio del proceso penal, y es un importante antecedente a tener en cuenta respecto de la naturaleza jurídica de la incorporación en el Registro de Condenados. Estas limitaciones no afectan de suyo el caso del ofendido por el delito, quien por lo común tiene un interés coincidente con el del Ministerio Público.

## 2. El rol de la formalización de la investigación

Determinado el ámbito de aplicación de los artículos 197 y 199 bis CPP resta, por último, pronunciarse respecto de una controversia adicional. Si el imputado se niega a la diligencia, la eventual orden del Juez de Garantía que ordene la realización del examen corporal, ¿exige que la investigación se encuentre formalizada?

Los artículos referidos no resuelven la problemática. Sin embargo, una interpretación armónica y coherente del CPP, particularmente de los artículos 9° y 230 del mismo, determina que la respuesta necesariamente deberá ser afirmativa: cuando se requiere la intervención judicial para practicar determinadas diligencias, la investigación debe estar formalizada. Veamos.

El artículo 9° establece la regla general: se exige autorización judicial previa ante cualquier actuación del procedimiento potencialmente atentatoria de garantías fundamentales.

**Artículo 9°.- Autorización judicial previa.** Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.

En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía [...].”

Por su parte, el artículo 230 CPP establece lo siguiente:

**Artículo 230.- Oportunidad de la formalización de la investigación.** El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial.

**Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente. Exceptúanse los casos expresamente señalados en la ley (énfasis agregados).**

Como vimos, la obtención de una muestra biológica evidentemente se trata de una diligencia de investigación que supone una intervención relevante en el sujeto pasivo de la misma.

La exigencia de formalización de la investigación prevista en el artículo 230 CPP para efectos de la realización del examen corporal (en tanto medida intrusiva) es del todo razonable. Ésta constituye un acto garantístico fundamental: proporciona información de trascendental relevancia al imputado (comunicación de los hechos con relevancia penal cuya intervención está siendo investigada). Esa información es primordial para que el imputado pueda oponerse o no, fundadamente, a la diligencia de investigación que está siendo solicitada por el Ministerio Público.

Por de pronto, un entendimiento en contrario implicaría el establecimiento, como regla general, de la práctica especial regulada en el artículo 236 CPP, el cual dispone:

**Artículo 236.- Autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado.** Las diligencias de investigación que de conformidad al artículo 9º requirieren de autorización judicial previa **podrán ser solicitadas por el fiscal aun antes de la formalización de la investigación**. Si el fiscal requiriere que ellas se lleven a cabo sin previa comunicación al afectado, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada **cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito**.

Si con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal solicitare proceder de la forma señalada en el inciso precedente, el juez lo autorizará cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia.

El artículo 236 CPP autoriza entonces, expresamente, la realización de diligencias de investigación que pueden vulnerar garantías constitucionales, sin conocimiento del afectado, y, explícitamente, sin que la investigación se encuentre formalizada. Sin perjuicio de ello, la norma en cuestión supone la constatación de un presupuesto específico: que la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia haga presumir que, si la diligencia es conocida por el imputado, podría verse frustrada. Es decir, opera sobre un presupuesto distinto del supuesto genérico del artículo 230 CPP.

En este escenario, es fácil concluir que, por la propia naturaleza de la diligencia de investigación en análisis, ella jamás podría verse frustrada por el imputado: de ninguna forma el conocimiento de la diligencia por parte del sujeto pasivo podrá atentar contra el éxito de la misma, sencillamente, porque no parece posible que elimine, modifique o altere, su información genética.

Todo lo anteriormente expuesto -la exigencia de formalización de la investigación y el cumplimiento de los requisitos derivados del principio de proporcionalidad que están consagrados en el artículo 197 CPP- es compartido por la jurisprudencia reciente de la Sala Penal de la Excelentísima Corte Suprema.

A continuación se transcriben las secciones más relevantes de la sentencia de 11 de noviembre de 2014 pronunciada por los Ministros Sres. Milton Juica, Hugo Dolmestch, Haroldo Brito, Andrea Muñoz y Carlos Cerda, en causa NIC 27.927-2014, con ocasión de un recurso de amparo deducido por los imputados del caso conocido como "*Bombas Estación de Metro Los Domínicos*".

Esta sentencia reafirma el que la práctica de exámenes corporales -en supuestos distintos a los enunciados en el artículo 236 CPP- y en caso de negativa o falta de consentimiento del imputado, exige que la investigación se encuentre formalizada.

En efecto, la Corte Suprema resolvió que los exámenes físicos practicados a los imputados *a fin de poder efectuar las comparaciones con las imágenes exhibidas en la audiencia de formalización y acreditar participación [...]* son ilegales, puesto que el Juzgado de Garantía omitió el trámite de formalización de la investigación. En sus propios términos:

"2° Que, como se lee de la resolución impugnada dictada en audiencia de siete de octubre del año curso, cuya copia de acta corre agregada a fs. 9 y siguiente, **el tribunal autorizó diligencias consistentes en exámenes corporales, psicológicos y psiquiátricos** respecto de Guillermo Cristóbal Durán Méndez, entre otros, **de conformidad a lo**

prevenido en el artículo 197 inciso 2º del Código Procesal Penal.  
[...]

En la misma audiencia y pese a haber advertido el magistrado que **el amparado no se encontraba formalizado por el delito respecto del cual se solicitaban las diligencias**, hecho que originalmente había representado al fiscal del proceso, del mismo modo las acogió y ordenó **señalando que bastaría con la calidad de imputado, no existiendo norma legal que exija que el imputado se encuentre previamente formalizado para su autorización**.

Es de precisar, asimismo, que antes de ser conocido el recurso de apelación deducido por la defensa, los exámenes decretados ya habían sido practicados a pesar de encontrarse el Ministerio Público en conocimiento de la interposición de esta acción constitucional.

3º Que, sin embargo, **ha incurrido en error el juez de garantía, así como los ministros recurridos, desde que el artículo 230 del Código Procesal Penal ordena de modo expreso, en su inciso segundo**, que *“Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente.”*

Dicho precepto debe ser relacionado con el artículo 197 del mismo cuerpo normativo, puesto que es un hecho pacífico que el amparado se negó a la práctica de las diligencias solicitadas. Al efecto, la segunda parte del inciso segundo de esa disposición, ordena que *“En caso de negarse, se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al juez las razones del rechazo.”*

**La resolución impugnada es precisamente aquella por la cual el juez de garantía ordenó la práctica de las diligencias dado que el amparado se negó a someterse a ellas, de modo que, si se requería autorización judicial, era precisa su formalización previa.**

**Al haberse prescindido de ese trámite se ha incurrido en una ilegalidad, puesto que la formalización constituye un acto de información vital para la adecuada defensa del imputado y, además, permite circunscribir los actos de la investigación.**

4º [...] En el caso, para dar la autorización pedida, el juez de garantía debía verificar la concurrencia de las condiciones indicadas en el inciso primero del precepto en estudio, esto es, **su carácter de necesario para constatar circunstancias relevantes en la investigación y que no afectara la dignidad del imputado [...]** (énfasis agregados).

En síntesis, la toma de una muestra biológica para efectos de la determinación de la huella genética de un imputado constituye un examen corporal, diligencia de investigación especialmente regulada en el CPP. Si existe consentimiento informado por parte del imputado, no se requiere autorización judicial ni formalización de la investigación para la realización de la diligencia. Si no existe consentimiento por parte del sujeto pasivo

del examen corporal, se requiere pronunciamiento del Juez de Garantía y que la investigación se encuentre formalizada. El pronunciamiento del Juez de Garantía deberá ponderar los intereses en juegos en razón del principio de proporcionalidad, dado el carácter de medida intrusiva de la diligencia en cuestión.

ii. Las normas técnicas que guían el proceso de obtención de muestras

Según el inciso tercero del artículo 1° de la ley, la obtención de la huella genética está a cargo del Servicio Médico Legal (en adelante “SML”) o de instituciones públicas o privadas que se encuentren “acreditadas para tales efectos ante dicho servicio”.

De conformidad al Reglamento, la acreditación de un laboratorio para la obtención y análisis de muestra se realiza por el Director Nacional del SML, previa verificación de determinadas condiciones, y está sujeta a la revocación discrecional del mismo, en la medida de que dichos requisitos no se cumplan<sup>12</sup>.

Según el artículo 12 del Reglamento, la toma de muestras biológicas puede realizarse en cualquier establecimiento que cuente con “*medidas de higiene e instalaciones adecuadas*”, y debe ser tomada siempre por “*un auxiliar paramédico o de enfermería, o por un profesional o técnico capacitado para tal efecto*”.

Desde la perspectiva procedimental, la toma de muestras implica cuatro obligaciones diferenciadas para el prestador del servicio, a saber: (a) la obligación de embalaje; (b) la obligación de rotulación y firma; (c) la obligación de sello y; (d) obligación de levantar una cadena de custodia (artículos 13 y siguientes del Reglamento). Cada una de estas obligaciones se establece para asegurar la integridad de la muestra y la posibilidad de relacionarla unívocamente con un individuo.

iii. La obtención de muestras en el sitio del suceso

La obtención de muestras biológicas también puede realizarse mediante el levantamiento del sitio del suceso. En dicho caso, la lectura armónica de la regulación del CPP y del reglamento exige que dicho levantamiento se realice mediante la intervención de personal policial experto (artículo 83 CPP), el SML, o las instituciones a que refiere el artículo 1° de la ley.

---

<sup>12</sup> C.fr. Reglamento de la ley N° 19.970, especialmente artículos 27 y ss.

Tras el levantamiento debe darse completo cumplimiento a las obligaciones señaladas en el apartado anterior y que se encuentran dispuestas en los artículos 13 y siguientes del reglamento. El incumplimiento de estas reglas, no obstante no perjudicar la posibilidad de emplear estos antecedentes en el contexto de un procedimiento penal, pone en peligro su valor probatorio.

b. Peritajes derivados de la aplicación de la Ley N° 19.970

Una vez obtenido el material biológico es posible realizar la pericia de determinación de la huella genética. Esta pericia está definida en el numeral 9° del artículo 4° del reglamento, en los siguientes términos: “Determinación de huellas genéticas: Procedimiento mediante el cual al ADN contenido en una muestra biológica o evidencia, le es asignado un código alfanumérico de conformidad a las reglas específicas descritas en este reglamento (énfasis agregado)”.

Esta pericia podrá ser realizada tanto por el SML como por las instituciones públicas y privadas acreditadas para tales efectos. En el evento de que la pericia la realice una de estas últimas instituciones, ellas se encuentran obligadas a remitir al SML la totalidad del material biológico extraído a partir del cual determinaron la huella. El artículo 12 de la ley es el que regula el procedimiento que debe seguirse una vez determinada la huella genética:

**Artículo 12.- Remisión de informe y material biológico.** El organismo que hubiere determinado la huella genética evacuará el informe que dé cuenta de la pericia y lo remitirá al fiscal del Ministerio Público o al tribunal respectivo, según correspondiere. Tratándose de las instituciones públicas o privadas acreditadas, deberán, además, remitir al Servicio Médico Legal la totalidad del material biológico y el resto del ADN extraído, a partir de los cuales se obtuvo la huella, la copia del aludido informe y los demás antecedentes que disponga el Reglamento.

A diferencia de la pericia de determinación de la huella genética, la pericia de cotejo (regulada en el artículo 13 de la ley) es realizada exclusivamente por el SML. Se encuentra definida en el numeral 10° del artículo 4° del Reglamento, de la siguiente forma: “Cotejo: Acción a que procede el SML contrastando una huella genética determinada con aquellas contenidas en uno o más Registros del Sistema, según le hubiere sido específicamente requerido, por la autoridad competente, en un procedimiento penal” (énfasis agregado).

Resulta pertinente distinguir la pericia de cotejo recién referida de la pericia de comparación o análisis comparativo de ADN que comúnmente se realiza durante el desarrollo de una investigación penal. Esta última podrá realizarla cualquier institución efectuando una comparación entre la evidencia que tenga con los perfiles genéticos que de disponga, pero ellas no se encuentran autorizadas a realizar una comparación con la información de los registros del sistema de registro. Esta pericia no se encuentra regulada por la ley, sino que en la primera.

El procedimiento que el SML debe seguir luego de realizada la pericia de cotejo es el siguiente:

**Artículo 14.- Conservación y destrucción del material biológico.**

Inmediatamente después de evacuado el informe de que trata el artículo precedente o de recibidos los antecedentes a que se refiere el artículo 12, el Servicio Médico Legal deberá proceder a la destrucción del material biológico que hubiere sido objeto de un examen de ADN.

Con todo, cuando la obtención del material biológico fuere calificada por el Servicio Médico Legal como técnicamente irreplicable, el Ministerio Público deberá ordenar la conservación de una parte de aquél, hasta por treinta años.

De la destrucción o conservación de las muestras biológicas se dejará constancia escrita por el funcionario encargado. Dicha constancia deberá contener los datos que permitan identificar las muestras de que se trate, así como las razones que, en el caso concreto, hubieren justificado la medida de conservación.

Los funcionarios a cargo de la destrucción de las muestras biológicas deberán remitir mensualmente a su superior jerárquico las listas de muestras ingresadas, destruidas y conservadas en dicho período, incluyendo, en su caso, las razones a que se refiere el inciso precedente. Asimismo, un informe consolidado que contendrá la lista de las muestras biológicas ingresadas, destruidas y conservadas en el período respectivo, se remitirá semestralmente al Director Nacional del Servicio Médico Legal por los directores médicos regionales o, en el caso de la Región Metropolitana de Santiago, por el jefe del departamento competente.

Los funcionarios que, debiendo proceder a la destrucción del material biológico, no lo hicieren, incurrirán en responsabilidad administrativa.

c. Incorporación de huella genética a los registros creados por la Ley N° 19.970

Una vez que se cuenta con una huella genética determinada puede incorporarse la misma al registro respectivo. El mecanismo mediante el que deben añadirse las huellas genéticas en aquellos casos se encuentra previsto en el artículo 16 de la Ley N° 19.970, distinguiendo el procedimiento de incorporación según la clase de registro.

De este modo, según lo dispuesto en dicho artículo cabe distinguir entre dos mecanismos de incorporación diversos. Así, las huellas genéticas que correspondan a condenados o imputados serán incorporadas a los respectivos registros una vez que el tribunal competente dé la orden respectiva. En cambio, las huellas genéticas correspondientes a los Registro de Víctimas, Evidencias y Antecedentes, y Desaparecidos y sus Familiares, serán incorporadas sin necesidad de resolución del tribunal, sólo por orden del Ministerio Público.

Sin perjuicio de ello, y en el entendido de que la justificación de la incorporación de una huella a los registros cumple funciones de investigación, esto lo puede solicitar, al Ministerio Público, cualquier interviniente (principio de objetividad).

Será el SML o la institución pública o privada acreditada que haya determinado la huella quien también incorporará la información al registro respectivo, salvo que las instituciones referidas no estén acreditadas para la incorporación de la información, pues en ese caso remitirán la huella genética al SML, siendo éste quien la incorpore al registro.

En todo caso, la administración y custodia de todos los registros que contiene la ley está bajo la responsabilidad del Registro Civil e Identificación (artículo 1° de la ley)<sup>13</sup>, y su fundamentación, como se ha señalado, es eminentemente forense: el motivo de la incorporación de una huella genética a estos registros es su potencial para esclarecer un hecho constitutivo de delito pasado o futuro.

#### d. Eliminación de datos de los registros

El procedimiento de eliminación de las huellas genéticas de los registros establecidos por la ley se encuentra regulado en el artículo 18. En esta disposición se fijan las condiciones para la eliminación de las huellas genéticas que conforman los registros de Imputados, Evidencias y Antecedentes y Víctimas. En sus propios términos:

**Artículo 18.- Eliminación de huellas genéticas contenidas en el Sistema.** Las huellas genéticas contenidas en los Registros de Imputados y de Víctimas, serán eliminadas una vez que se hubiere puesto término al procedimiento criminal respectivo. Si hubo juicio, procederá la eliminación desde que se falló por resolución ejecutoriada,

---

<sup>13</sup> Cabe hacer notar que según requerimiento de transparencia realizado a dicha institución para efectos de este informe, el detalle sobre la cantidad de huellas genéticas contenidas en el Sistema Nacional de Registros de ADN, a noviembre de 2014 es el siguiente: (a) Registro de condenados: 32.450 huellas genéticas; (b) Registro de imputados: 5 huellas genéticas; (c) Registro de víctimas: 6 huellas genéticas; (d) Registro de desaparecidos y sus familiares: 59 huellas genéticas; (e) Registro de evidencias y antecedentes: 546 huellas genéticas.

sin perjuicio de lo previsto en el inciso primero del artículo precedente.  
[...]

En cualquier caso, las huellas genéticas contenidas en los Registros de Imputados, de Víctimas y de Evidencias y Antecedentes, serán eliminadas una vez transcurridos treinta años desde la fecha de su incorporación a éstos. [...]

Como resulta evidente, esta regla no incorpora expresamente dentro de su catálogo a los registros de Condenados y de Desaparecidos y sus Familiares.

Por de pronto, esta circunstancia plantea, al menos, dos interrogantes: **(i)** ¿pueden eliminarse las huellas genéticas de los registros especialmente regulados por el artículo 18 de la ley por motivos diversos a los expresados en dicha disposición? y; **(ii)** ¿pueden eliminarse las huellas genéticas asociadas a los registros de Condenados y Desaparecidos y sus Familiares?

La respuesta a estas preguntas es esencial, toda vez que comete “obstrucción a la justicia” quien elimina indebidamente algunas de las huellas que comprenden los registros (artículo 20 de la ley).

En lo que respecta al los registros con procedimiento de eliminación especialmente regulados, la ley dispone dos métodos diversos de eliminación por caducidad de la huella genética, a saber:

- (i) Caducidad por cumplimiento de condición legal o cambio de las circunstancias que consigna: i.e. en los registros de Víctimas e Imputados, el hecho de haberse terminado el procedimiento en cuestión, ya sea por sentencia condenatoria o absolutoria.
- (ii) Caducidad por transcurso de tiempo: por haber transcurrido más de 30 años desde su incorporación, aplicable a los registros de Víctimas, Imputados y Evidencias y Antecedentes.

Llama la atención que el primer mecanismo de eliminación automática de las huellas genéticas no se aplique respecto del Registro de Evidencias y Antecedentes. Una posible explicación podría encontrarse en la posibilidad de reabrir aquellas investigaciones que han culminado de manera no satisfactoria (v.gr. cuando no ha sido posible identificar a la persona a la que la muestra corresponde). Esto se ve ratificado en la historia de la ley: en el proyecto original, la regulación era distinta, y se disponía

también la eliminación de estas huellas genéticas al terminar el procedimiento respecto del cual incidían<sup>14</sup>.

Así, luego de las modificaciones introducidas en el segundo informe de la Comisión de Constitución del Senado, se estableció expresamente que los antecedentes del Registro de Evidencias y Antecedentes no debían borrarse sólo por el hecho de haber terminado el proceso en el que recaen<sup>15</sup>, sino que, exclusivamente por (i) el transcurso de 30 años desde su incorporación y, (ii) el hecho de haberse identificado a la persona titular de la huella genética.

En este último caso, según el informe de la Comisión “[s]i se constata que corresponden a un imputado, o a una víctima, o a otra persona, deben ser eliminados del Registro, para integrarse al Registro que corresponda, o ser excluidos en definitiva del Sistema, según el caso”<sup>16</sup>.

Independientemente del resultado arribado por el Senado, resulta muy decidir -interpretativamente- el hecho de que la regulación especial del Registro de Evidencias y Antecedentes asumiera explícitamente métodos de eliminación no expresados en la Ley N° 19.970. Este hecho, como veremos, guarda la mayor importancia para ponderar correctamente las posibles interpretaciones que cabe otorgar al hecho de que no se establezca directamente un procedimiento de eliminación de los registros de Condenados y Desaparecidos y sus Familiares, y la amplitud que cabe otorgar a la aplicabilidad de la Ley N° 19.628. Esto, evidentemente, avala la conclusión sobre la necesidad de formalización de la investigación previa.

En efecto, en la regulación vigente, existen métodos de eliminación de las huellas genéticas no previstos en la ley, pero directamente aplicables, de conformidad a la regulación de la Ley N° 19.628. Dicha ley, en sus artículos 6° y 12, establece tres mecanismos por los cuales a petición de su titular, o de oficio, procede la eliminación de los datos personales:

- (i) Eliminación voluntaria: a solicitud de su titular, sin expresión de causa, cuando la incorporación al registro se hubiera realizado voluntariamente.
- (ii) Eliminación por falta de fundamentos: de oficio o a solicitud de su titular, cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal.

---

<sup>14</sup> (Historia de la Ley N° 19.970 elaborada por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 13).

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>16</sup> *Ibid.*

(iii) Eliminación por caducidad: de oficio o a solicitud de su titular, cuando los datos hubieren caducado. Según la ley, se entiende que los datos han caducado, cuando han “perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia o, si no hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que consigna” (artículo 2º, Ley N° 19.628).

De esta manera, queda resuelto el primer problema planteado. Los mecanismos establecidos en el artículo 18 de la ley no son los únicos que autorizan la eliminación de los antecedentes que constan en los registros especialmente tratados en dicho lugar, ellos todavía pueden ser eliminados según las reglas de la Ley N° 19.628.

¿Qué sucede entonces con la información contenida en el segundo grupo de registros, esto es, aquellos registros en que la ley no contempla expresamente la posibilidad de eliminar las huellas genéticas en ellos contenidas? ¿Debe entenderse prohibida la eliminación de huellas genéticas que comprenden los registros de Condenados, y de Desaparecidos y sus Familiares?

Consideremos en primer lugar la regulación del Registro de Desaparecidos y sus Familiares. La única referencia a la eliminación de los antecedentes que establece dicho registro en la historia de la ley, es una indicación del Senador Viera Gallo, que agregaba un inciso final al artículo relativo a la eliminación de datos del registro, que señalaba: “*Los datos incluidos en el Registro de Personas Extraviadas y sus Familiares, podrán ser eliminados en cuanto aquéllas hubieran sido localizadas o cuando éstos así lo requirieran*”<sup>17</sup>. Esta indicación, fue retirada por su propio autor, sin llegar a prosperar<sup>18</sup>.

Así, como se entendía que las huellas del registro de Evidencias debían eliminarse una vez que se identificara a las personas a qué correspondían, debía entenderse autorizada la eliminación de la huella genética de las personas no identificadas cuando llegaran a ubicarse y a darse con su identidad (caducidad por cambio de circunstancias), o en aquellos casos en que cambiara la voluntad de los familiares en orden a permanecer en el registro (eliminación sin expresión de causa, sobre la base del carácter voluntario del registro).

¿Qué sucede respecto de los datos que contiene el Registro de Condenados? La situación en este caso es más compleja. El Registro de Condenados es el principal registro de la ley -según declaraciones constantes en toda la historia de la ley- y su

---

<sup>17</sup> Ibid., p. 82.

<sup>18</sup> Ibid., p. 91.

fundamento es la existencia de una condena, y la facilitación selectiva de diligencias investigativas futuras.

Así, aunque parece claro que deben eliminarse aquellos datos del Registro de Condenados cuando la persona en cuestión haya sido favorecida por una acción de revisión (caducidad por inexistencia de fundamento legal para su almacenamiento), queda pendiente la cuestión de qué cambio de circunstancias o plazo podría fundamentar la caducidad de dicho registro.

Ni la ley, ni el análisis de su historia legislativa entregan respuestas concluyentes respecto de esta interrogante. Sin embargo, a propósito de la discusión sobre el inciso final del artículo 5°, se encuentra una referencia que, entendemos, es fundamental para interpretar la intención del legislador.

En la discusión en la Cámara de Diputados, se realizó una indicación con el fin de que se eliminara la incorporación al prontuario de la referencia a estar individualizado en el Registro de Condenados. Los diputados en cuestión fundamentaron su indicación, de la siguiente manera:

“De los mismos señores Diputados, para eliminar el inciso segundo, atendido que los antecedentes que constan en el prontuario penal de los condenados deben ser eliminados a los dos o a los cinco años, dependiendo del delito, sin embargo el registro de condenados que contiene las huellas genéticas debe tener una duración mayor.”<sup>19</sup>

La intervención de los diputados da cuenta de la intención legislativa que subyace a la permanencia de la huella genética en el respectivo registro, al punto que, de hecho, es el fundamento que llevó a la incorporación del actual inciso final del artículo 5, que establece que la eliminación de los datos del prontuario no implica la eliminación de los datos del Registro de Condenados. En términos explícitos, los diputados no pretendían que la incorporación al Registro de Condenados fuera eterna o inamovible, ellos sólo pretendían que el tiempo de permanencia en el Registro de Condenados fuera superior a la del prontuario.

Sin embargo, y este es el mayor defecto de la regulación en este ámbito, la ley no dispuso en ningún lugar cual debía ser aquella mayor duración que se estableciera para el registro. Independientemente de ello y lo discutible que resulta la legalidad del tratamiento que la ley dispensa a los condenados, el silencio de la ley no puede interpretarse como

---

<sup>19</sup> Ibid., p. 196.

una razón para sostener que los datos contenidos en el registro de Condenados no pueden eliminarse por no aparecer previstos en el artículo 18 de la ley.

Una lectura sistemática de la normativa aplicable debiese sostener la posibilidad de eliminación de antecedentes en aquellos casos en que (i) cambien las circunstancias que consigna el registro (caducidad) y (ii) el ulterior almacenamiento de la huella carezca de fundamento legal. Sin perjuicio de la técnica legislativa efectivamente empleada y del vacío legal que implica el que no se haya establecido un plazo para permitir la eliminación de estos antecedentes, las causales previstas en la ley de protección de datos personales y el fin exclusivo del registro, pueden servir para fundamentar solicitudes de eliminación del registro de condenados, especialmente en aquellos casos en que -bajo un ejercicio de ponderación- pueda sostenerse que, por alguna razón, su mantenimiento no es idóneo para los fines del registro.

Por último, cabe tener presente que según la regulación del artículo 18 de la ley y el artículo 6° de la Ley N° 19.628, las causales de eliminación de datos, constituyen deberes para el Estado, y no meras facultades. Esta situación está suficientemente clara en ambos cuerpos legales.

e. Acceso a la información contenida en los registros

Como se señaló *supra*, la información contenida en los registros es considerada, para todos los efectos legales, como información sensible de sus titulares, y por tanto es aplicable en la especie la Ley N° 19.628 en todo aquello que no fuera contradictorio con la regulación especial.

Sin embargo, además del estatus privilegiado de la información de los registros, la ley establece especiales resguardos sobre la materia. Cabe destacar, como principio general, lo dispuesto en el artículo 2° de la normativa en estudio:

**Artículo 2°.- Principios.** El sistema tendrá carácter reservado. La información en él contenida sólo podrá ser directamente consultada por el Ministerio Público y los tribunales. Las policías podrán tener acceso previa autorización del Ministerio Público, y los defensores públicos y privados, previa autorización del tribunal respectivo.  
Bajo ningún supuesto el Sistema podrá constituir base o fuente de discriminación, estigmatización, vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad u honra de persona alguna.

A su vez, el artículo 11° establece que toda persona que intervenga en la toma de muestras, obtención de evidencias y determinación de huellas genéticas, está obligada a

mantener la reserva de los antecedentes y la integridad de las cadenas de custodia de acuerdo a las especificaciones que establece el Reglamento.

Finalmente, los artículos 19 y 20 de la Ley N° 19.970 establecen delitos especiales que sancionan a quienes, entre otras situaciones, hagan uso indebido, divulguen, alteren o destruyan la información contenida en los registros regulados por la normativa en estudio. Según información obtenida por el ejercicio de la ley de transparencia, a la fecha no se ha eliminado ninguna huella genética de los registros en cuestión, manteniéndose cada uno en su integridad<sup>20</sup>.

### **III. Registros regulados por la Ley N° 19.970**

#### **a. Registro de Imputados**

Como todos los registros regulados por la ley, el objetivo exclusivo del Registro de Imputados es dotar al ente persecutor de una herramienta de investigación criminal más eficiente, que apunta a la identificación de una persona, luego de comparar una huella determinada con la información almacenada en uno o más registros. Así, el registro en cuestión se compone de las huellas genéticas de aquellos que hubieren sido “imputados” por algún delito (artículo 6°).

La primera controversia que se plantea, dice relación con el mecanismo de incorporación al Registro de Imputados, en concreto, es discutible si es posible aplicar automáticamente el concepto de imputado establecido en el artículo 7° del CPP.

En otros términos, ¿basta con que a una persona se le atribuya participación en un hecho punible por un tribunal, por el Ministerio Público o por la policía, por alguno de los delitos establecidos en el catálogo del artículo 17 para que proceda realizar un examen corporal, determinar su huella genética e incorporarla al registro? A efectos de responder lo anterior debemos distinguir varias hipótesis.

Como se explicó *supra*, conforme a lo dispuesto en el artículo 197 del CPP, si el imputado consiente informadamente en la realización del examen corporal, no será necesario, por ejemplo, ni autorización judicial, ni formalización de la investigación. De todas formas, en atención a lo dispuesto en el artículo 16, la incorporación de la huella al Registro de Imputados, deberá ser siempre ordenada por un tribunal.

---

<sup>20</sup> Registro Civil e Identificación, Carta D.A.G. N° 1176, de fecha 15 de diciembre de 2014, suscrita por don Víctor Rebolledo Salas, Jefe Departamento Archivo General (S).

En cambio, si el imputado se niega a la realización del examen corporal, no bastará la mera imputación por parte de cualquier organismo público para que su huella genética sea obtenida, determinada e incorporada al registro, sino que la investigación deberá estar formalizada y el Juez de Garantía debe autorizar la diligencia. Las razones de esto ya fueron expuestas.

En el evento de que el imputado -cuya huella genética fue determinada durante la investigación- sea posteriormente condenado por el delito que se le imputaba, su huella genética será eliminada del Registro de Imputados y será añadida al Registro de Condenados. Así lo dispone expresamente el artículo 17 de la ley.

Por el contrario, si el imputado es absuelto o sobreseído en el procedimiento penal en el que se determinó su huella genética, ella debe ser eliminada del Registro de Imputados. Esto se desprende del inciso primero del artículo 18 de la ley, que dispone que *“las huellas genéticas contenidas en los Registros de Imputados y de Víctimas, serán eliminadas una vez que se hubiere puesto término al procedimiento criminal respectivo. Si hubo juicio, procederá la eliminación desde que se falló por resolución ejecutoriada [...]”*.

El acceso al Registro de Imputados se encuentra disponible para todos los intervinientes en un procedimiento penal. Según lo dispuesto en el artículo 2° de la ley, el Ministerio Público y los tribunales podrán consultar directamente esa información, los policías previa autorización del Ministerio Público y las defensas previa autorización del tribunal respectivo.

Todos los intervinientes no sólo pueden acceder a dicha información, sino también solicitar todas las pericias que estimen pertinentes en base a ellas. Ello no sólo es coherente con la igualdad de los intervinientes en un procedimiento penal acusatorio, sino también con la propia regulación de la ley, que expresamente establece que los costos de la realización de las pericias (como la determinación de la huella o la pericia de cotejo), deberá soportarlo cada interviniente (salvo cuando la huella se determine recién una vez que se haya dictado sentencia condenatoria, en cuyo caso el costo será del SML).

b. Registro de Evidencias y Antecedentes, Registro de Víctimas, y Registro de Familiares y Desaparecidos

El Registro de Evidencias y Antecedentes conserva las huellas genéticas que han sido obtenidas durante el desarrollo de una investigación criminal y que corresponden a personas que aún no han sido identificadas.

El Registro de Víctimas almacena las huellas genéticas correspondiente a víctimas de un delito que han consentido expresamente en su obtención e incorporación al registro (artículo 8°).

Según la regulación vigente, este registro no puede nutrirse con oposición de la víctima. Este hecho conlleva a que tenga que clasificarse su incorporación como voluntaria, lo que implica que es un derecho de la víctima, de conformidad a la ley de datos personales, incluso en el caso en que ha accedido a su incorporación, el solicitar que se borre su huella genética sin expresión de causa. Esto último se advierte, por de pronto, como injustificado. Sería deseable (economía) una regulación similar a la de la acción penal pública previa instancia particular, en la que una vez que la víctima hubiere voluntariamente accedido a la incorporación de su huella genética al registro, sólo pudiese borrarla conforme a las reglas generales (artículo 18 de la ley y Ley N° 19.628).

El Registro de Desaparecidos y sus Familiares, regulado en el artículo 9° de la ley, contiene las huellas genéticas de cadáveres o restos humanos no identificados; material biológico presumiblemente proveniente de personas extraviadas y de personas que, teniendo un familiar desaparecido o extraviado, acepten voluntariamente donar una muestra biológica que pueda resultar de utilidad para su identificación.

A diferencia de los casos de los registros anteriores, la existencia de este registro no supone -necesariamente- la existencia de un procedimiento criminal en curso.

### c. Registro de Condenados

El Registro de Condenados se encuentra regulado en el artículo 5° de la ley. Éste contiene las huellas genéticas de personas que han sido condenadas (por sentencia ejecutoriada) en un proceso penal, en los casos establecidos en el artículo 17.

Dada la relevancia de las normas mencionadas, a continuación se transcriben ambas.

**Artículo 5°.- Registro de Condenados.** El Registro de Condenados contendrá las huellas genéticas de las personas que hubieren sido condenadas en un proceso criminal por sentencia ejecutoriada, en los casos a que se refiere el artículo 17 de esta ley.

Las huellas genéticas incluidas en este Registro deberán ser integradas adicionalmente a los antecedentes que consten en el prontuario penal de los condenados. La eliminación de los antecedentes contenidos en el prontuario penal, realizada en conformidad a la ley y a los reglamentos

correspondientes, no implicará la eliminación de la huella genética contenida en el Registro de que trata este artículo.

**Artículo 17.- Incorporación de huellas genéticas de imputados al Registro de Condenados.** Cuando, por sentencia ejecutoriada, se condenare por alguno de los delitos previstos en el inciso siguiente a un imputado cuya huella genética hubiere sido determinada durante el procedimiento criminal, se procederá a incluir la huella genética en el Registro de Condenados, eliminándola del Registro de Imputados.

Si no se hubiere determinado la huella genética del imputado durante el procedimiento criminal, en la sentencia condenatoria el tribunal ordenará que se determine, previa toma de muestras biológicas si fuere necesario, y se incluya en el Registro de Condenados. Lo anterior sólo tendrá lugar cuando se condenare al imputado por alguno de los siguientes delitos

a) los previstos en los artículos 141, 142, 150 A, 150 B, 296 N<sup>os</sup>. 1 y 2, 313 d, 315, 316, 348, 352, 395, 396, 397 N<sup>o</sup> 1, 401, 403 bis, 433, 436 inciso primero, 440, 474, 475, 476, y 480 del Código Penal;

b) los previstos en los Párrafos 1<sup>o</sup>, 5<sup>o</sup>, 6<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup> del Título VII y 1<sup>o</sup> y 2<sup>o</sup> del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal, y

c) elaboración o tráfico ilícitos de estupefacientes o delito terrorista.

En todo caso, el tribunal competente, de oficio o a petición del fiscal, y en consideración a los antecedentes personales del condenado, así como a la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, podrá ordenar en la sentencia la práctica de las mismas diligencias de toma de muestras biológicas y determinación y registro de huellas genéticas respecto de un condenado a pena de crimen que no se encontrare en las situaciones previstas en el inciso precedente.

La reglamentación del Registro de Condenados plantea diversos desafíos que se analizarán por separado.

Como se expresó, la incorporación de una huella genética al Registro de Condenados no se fundamenta en una investigación determinada pendiente. Su fundamento es una comprensión del condenado como un ciudadano peligroso, que eventualmente podría cometer nuevos delitos. De allí que sea relevante conservar a su respecto material genético, para facilitar la detección de delitos futuros. Esta concepción plantea importantes desafíos de justificación, e implica a lo menos, serios problemas prácticos.

Así, por ejemplo, de la lectura de la regulación, parece problemática: (i) la determinación del ámbito de aplicación que dispone la ley para introducir la huella de un condenado dentro del mencionado registro; (ii) la posibilidad de disponer retroactivamente la extracción de muestras de ADN, y la posterior incorporación al registro respecto de personas que fueron condenadas antes de la entrada en vigencia de la norma; (iii) el hecho de que la incorporación al Registro de Condenados implica una incorporación en el

prontuario de las personas y; (iv) la inexistencia de un plazo determinado tras el cual se disponga la eliminación automática de los antecedentes que comprenden este registro.

Para resolver estos problemas examinaremos, primero, la naturaleza jurídica de la incorporación de la huella genética al registro de condenados; en segundo lugar, delimitaremos el ámbito de aplicación de la incorporación de las huellas genéticas regulada por el artículo 17 ya referido, con especial énfasis en el abanico de posibilidades que abre el inciso final de esa norma. Finalmente, revisaremos los problemas constitucionales que se derivan de lo estatuido por el inciso final del artículo 5° de la ley, que dispone que las huellas genéticas incorporadas al Registro de Condenados será también integrada a su prontuario penal, y que la eliminación de los antecedentes penales de ese prontuario, no implicará la eliminación de la huella genética.

#### i. Naturaleza jurídica de la incorporación de la huella genética al Registro de Condenados

La Ley N° 19.970 transforma a un futuro y potencial imputado -condenado por un delito distinto y anterior- en objeto de una sanción adicional, lesiva de sus derechos fundamentales. En efecto, la incorporación de un dato personal a un registro pone en riesgo la intimidad genética, la autodeterminación informativa y, eventualmente, el derecho a defensa (v.gr. presunción de inocencia).

Si bien ni el imputado ni el condenado tienen el deber positivo de colaborar con la investigación del Ministerio Público -y menos para delitos futuros e hipotéticos-, igualmente deben tolerar ciertas intervenciones físicas establecidas en la ley (mayoritariamente procesal), de las cuales, por cierto, puede derivar la prueba decisiva a efectos de acreditar su participación punible en un hecho delictivo (para el caso del Registro de Condenados, por un delito distinto y posterior al cual por el que fue sancionado, a diferencia de las diligencias investigativas dispuestas en el CPP)<sup>21</sup>.

Ahora, a pesar de que la fiabilidad de las huellas genéticas de las personas ha sido puesta en entredicho por la doctrina<sup>22</sup> -especialmente por los errores derivados de una incorporación irreflexiva de esta sanción penal careciendo de una regulación legal idónea y de métodos científicos contrastados, la ley estableció la incorporación de las

---

<sup>21</sup> Véase, al respecto, ROXIN, Claus: "Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal". Rubinzal-Culzoni editores. Argentina (2007), pp. 98-99

<sup>22</sup> Historia de la Ley N° 19.970 elaborada por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, [especialmente] pp. 25 a 32.

huellas genéticas con un carácter aparentemente general, amplísimo y obligatorio (artículo 17 inciso final, explicado *infra*).

Como primera observación, es importante precisar que el Registro de Condenados se nutre mediante dos mecanismos distintos, según el momento en que opere. (i) Por una parte, puede incorporarse al registro en el momento en que un imputado es efectivamente condenado por el competente tribunal, procediéndose a incluir dicha huella genética - posteriormente- en el Registro de Condenados (y eliminándola, consecuentemente, del Registro de Imputados). En este caso, se trata de una huella genética ya obtenida, por motivos de investigación, que simplemente se agrega al respectivo registro.

(ii) Por otra parte, también pueden incorporarse, por orden judicial, previa solicitud del Ministerio Público y en la sentencia definitiva, huellas genéticas de condenados que no fueron incorporadas previamente al Registro de Imputados. En este caso, además de la incorporación al registro, se somete al condenado a una medida coactiva adicional, consistente en el examen corporal (toma de muestras) que no encuentra justificación en una investigación pendiente.

Como segunda observación, cabe destacar que, conforme a la información oficial recibida por el Registro Civil, el Registro de ADN no contempla información sobre los delitos que dieron lugar a la incorporación de la huella genética al registro<sup>23</sup>. No obstante ello, la incorporación de la huella genética de un condenado al registro, conlleva la introducción de una indicación “genérica” al prontuario del condenado.

Luego, la única justificación posible en este caso, junto con la posibilidad para el condenado de utilizar esta prueba como base para una acción de revisión, es la prevención de delitos futuros.

Si la fundamentación de la incorporación al registro y eventual toma de muestra no es la existencia de una investigación actual, cabe preguntarse ¿cuál es la naturaleza de la incorporación al registro de un condenado?; ¿por qué se le impone, por el Estado, al imputado el deber de colaborar con la detección de sus posibles futuros delitos?

La obtención y agregación de una huella genética al Registro de Condenados es una sanción penal, es decir, es la aplicación del ordenamiento jurídico a un caso particular, de una manera previamente determinada (principio de legalidad), muchas veces sin consideración al caso concreto (*infra*), afectando al sujeto pasivo a efectos de - teóricamente- favorecer a la comunidad en su conjunto, pues, en base al hecho por el que

---

<sup>23</sup> Registro Civil e Identificación, Carta D.A.G. N° 1176...

se condena al sujeto se presume legalmente la posibilidad de que el condenado será buscado en el futuro por un nuevo hecho punible.

Ahora bien, la consideración de la naturaleza jurídica del registro de la huella genética de condenados deviene en esencial al momento de determinar su rendimiento, su ámbito de aplicación y, su permanencia en el tiempo.

Al respecto, la jurisprudencia pareciera cándidamente defender la naturaleza de pena de la incorporación de la huella en el Registro de Condenados. Así, la Corte Suprema afirmó:

“[L]a ley 19.970 habla de Registro de Condenados , de tal manera que al incorporar las huellas genéticas de determinada persona en tal sistema, ella debe tener la calidad de condenado o sancionado. Por ende, la conclusión que puede extraerse es que, además de estar condenada la persona a una sanción obviamente principal, **la inclusión misma viene a ser una especie de pena accesoria** [...]

Que, la medida reclamada, que se ha impuesto por la sentencia que con justa razón se ha impugnado, se encuentra al margen de la ley, ya que como se ha manifestado, los menores de dieciocho años de edad no pueden ser objeto de **sanciones penales**, sino que de aquellas especiales que fija la Ley N° 20.084, las que se establecieron en aras del interés superior del adolescente y no para perjudicarles”<sup>24</sup> (énfasis agregado).

En el mismo sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago, la que resolvió:

“Que, como puede advertirse, la ley habla de Registro de Condenados , de tal manera que al incorporar las huellas genéticas de determinada persona en tal sistema, ella debe tener la calidad de condenado o sancionado. Por ende, la conclusión que puede extraerse es que, además de estar condenada la persona a una sanción obviamente principal, la **inclusión misma viene a ser una especie de pena accesoria**, con la grave circunstancia adicional de que ella le perseguirá de por vida, con la repercusión inevitable que esta clase de registros y otros de similar naturaleza que existen en el sistema legal provocan [...]

Así la sentencia impugnada ha vulnerado las normas invocadas, incurriendo en infracción de ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la misma, pues **se ha impuesto incorrectamente una sanción penal** a quien no se encuentra en situación legal de recibirla dada su minoría de edad, supuesto que ella deriva de hechos cometidos durante tal etapa de su vida,

---

<sup>24</sup> Corte Suprema contra Kevin Vilches Cabrera, Rol 4760-2012, de fecha 31 de julio de 2012 (Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L, Haroldo Brito C. y el abogado integrante Sr. Jorge Lagos G.).

por lo que resulta procedente el acogimiento del recurso de invalidación que se analiza<sup>25</sup> (énfasis agregado).

El mismo entendimiento ha sido sostenido reiteradamente por la Corte de Apelaciones de Temuco. Así, por ejemplo:

“Que esta Corte ha resuelto en la causa Rol°494-2009 que la aplicación de la ley 19.970 a los menores infractores de ley vulnera los principios básicos sobre los cuales se ha fundamentado el sistema de responsabilidad penal adolescente, es decir, la reintegración y resocialización del menor infractor, por lo que al haberse ordenado la inclusión en el Registro de Condenados de la huella genética del sentenciado Toledo Toledo, al tenor de lo previsto en el artículo 17 de aquel cuerpo legal, esa orden judicial conlleva la **imposición de una pena más gravosa de aquella que correspondía al delito porque fue acusado y esa pena no está contemplada como sanción en la ley 20.084**<sup>26</sup> .

De la naturaleza penal de esta institución derivan varias consecuencias. Primero, la sentencia condenatoria debe ordenar expresamente el cumplimiento de la misma (artículo 341 CPP), previa petición por parte del Ministerio Público o el querellante (límite al “subsidio procesal”). De allí que resulta insuficiente la solicitud genérica de penas accesorias, por ejemplo, en el requerimiento de juicio simplificado o acusación. La incorporación de huellas genéticas del condenado al registro es una medida controvertible y discutible en juicio, por lo que precisa que se le someta a debate y; segundo, precisa de la condena del hechor a una pena principal, por lo que la aplicación de salidas alternativas a la condena impide la imposición de la incorporación de la huella genética en el Registro de Condenados (no así el establecimiento de penas sustitutivas a la pena privativa/restrictiva de libertad, ello en virtud de que la incorporación de la huella genética en el Registro de Condenados va unido a la imposición de la pena y no a la ejecución de la misma).

Otra consecuencia de la naturaleza penal de la determinación de la huella genética en el Registro de Condenados es la prohibición de aplicación de la misma a hechos ejecutados con anterioridad a su entrada en vigencia (aplicación retroactiva). En la concepción continental, ésta es una de las cuatro consecuencias básicas del principio de legalidad (garantizada en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República).

---

<sup>25</sup> Corte de Apelaciones contra David Maturana Curivil, Rol 1452-2012, de fecha 05 de julio de 2012.

<sup>26</sup> Corte de Apelaciones de Temuco contra Toledo Toledo, Rol 404-2011, de fecha 09 de mayo de 2011. En idéntico sentido, Rol 728-2011.

Dispone el artículo 1° transitorio de la ley 19.970:

“Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 5º, el Servicio Médico Legal, o las instituciones públicas o privadas acreditadas ante él, determinarán la huella genética de las personas que se encontraren cumpliendo condena por alguno de los delitos señalados en el artículo 17, previa extracción de la muestra biológica respectiva en los establecimientos en que estuvieren internados.

Gendarmería de Chile informará a los condenados que no estuvieren reclusos el lugar y la oportunidad en que deberán proporcionar su muestra biológica, bajo apercibimiento de informar al tribunal respectivo sobre el incumplimiento de esta obligación”.

Lo anterior implica, por ende, el carácter inconstitucional de esta regla, por cuanto prescribe la imposición de una sanción penal a una autoridad administrativa, sin pronunciamiento previo de un tribunal con competencia criminal (menos solicitud del ente persecutor) y aplicando una ley penal desfavorable con efecto retroactivo (siempre tiene este carácter al ser una pena “accesoria”).

En cuarto lugar, el hecho de que la incorporación al registro y eventual toma de muestras compulsivas al condenado tengan la naturaleza de una pena, impone dudas sobre la justificación que la subsistencia de la huella en el registro no tenga límites temporales (principio de proporcionalidad). Debe existir –y esto es un defecto insalvable de la regulación de la ley- alguna limitación temporal a la incorporación del registro. Sostenemos, sobre la base de una interpretación constitucional, que podría realizarse una interpretación analógica *in bonam partem*, en el sentido de señalar que su plazo máximo de duración debería ser 30 años (artículo 18).

Por último, debe tenerse en cuenta el hecho de que la incorporación de una huella genética al registro de condenados, implica una anotación al prontuario. Indicación que no obstante ser genérica, y no señalar más que “Registra Huella Genética”<sup>27</sup>, implica inequívocamente la constancia en el prontuario de la condena por un delito grave, que de conformidad a lo dispuesto en la ley, no puede borrarse. Esta cuestión, inequívocamente, es expresiva de una pena, que en este caso, por el empleo usual de los prontuarios, es infamante.

## ii. Ámbito de aplicación del artículo 17 de la Ley N° 19.970

Conforme dispone la ley, se incorporan huellas genéticas en el Registro de Condenados en tres casos: (i) cuando por sentencia ejecutoriada se condenare a un

---

<sup>27</sup> Registro Civil e Identificación, Carta D.A.G. N° 1176...

imputado cuya huella genética hubiere sido determinada durante el proceso penal; (ii) cuando no habiéndose determinado la huella genética del imputado durante el proceso penal, el tribunal lo ordene en la sentencia condenatoria y; (iii) cuando el sujeto pasivo se encuentra actualmente cumpliendo condena.

Estos supuestos, sin embargo, son limitados por una serie de criterios, tanto de *lege lata* como doctrinarios. En efecto, los tres casos pueden imponerse, en principio, únicamente cuando concurra(n) alguno(s) de los delitos individualizados en las letras a), b) y c) del artículo 17 de la ley 19.970<sup>28</sup>. Esto último, empero, tiene en el inciso final del artículo 17 una excepción que opera como “punto de fuga” para la incorporación de las huellas genéticas de condenados por delitos diversos a los ya señalados.

En efecto, dispone esta última regla que el tribunal competente, de oficio o a petición del fiscal, puede ordenar en la sentencia condenatoria el registro de las huellas genéticas *respecto de un condenado a pena de crimen* que hubiere cometido un delito distinto al del catálogo de las letras a), b) y/o c) del artículo 17.

Esta regla de extensión -facultativa para el tribunal<sup>29</sup>-, no obstante, dispone de, al menos, dos limitaciones. Por una parte, se impone en consideración a *los antecedentes personales del condenado*, así como a *la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito*. Si bien estos “criterios de restricción” son consistentes con las nociones peligrosistas que fundamentan la existencia del Registro de Condenados, transgreden ineludiblemente el *principio de acto* (=materialidad de la acción).

Dicho en términos simples, una sanción penal no puede tener por presupuesto para su aplicación estados de ánimo subjetivos (“*móviles*”), es más, ni siquiera genéricamente “hechos”, sino que éstos deben concretarse en acciones humanas

---

<sup>28</sup> Artículo 17 a): secuestro (artículo 141 CP); sustracción de menores (artículo 142 CP); torturas (artículos 150 A y 150 B CP); amenazas condicionales (artículo 296 N° 1 y 2 CP); expendio de sustancias medicinales peligrosas [agravante especial] (artículo 313 d CP); adulteración de sustancias alimenticias (artículo 315 CP); diseminación de gérmenes patógenos (artículo 316 CP); abandono de niños con resultado de lesiones graves o muerte (artículo 348 CP); abandono de personas desvalidas con resultado de lesiones graves o muerte (artículo 352 CP); castración (artículo 395 CP); mutilaciones (artículo 396); lesiones graves gravísimas (artículo 397 CP); lesiones menos graves [agravante especial] (artículo 401 CP); enviar cartas o encomiendas explosivas (artículo 403 bis CP); robo con violencia o intimidación en las personas (artículo 433 CP); robo simple (inciso 1° del artículo 436 CP); robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación (artículo 440 CP) incendio calificado con daño a las personas (artículos 474 y 475 CP); incendio simple (artículo 476 CP) y sumersión (artículo 480 CP).

Artículo 17 b): aborto (párrafo 1° del Título VII del Libro II CP); violación (párrafo 5° del Título VII del Libro II CP); estupro y otros delitos sexuales (párrafo 6° del Título VII del Libro II CP) y disposiciones comunes a los párrafos 5° y 6 del Título VII del Libro II CP (párrafo 7° del Título VII del Libro II CP); homicidio (párrafo 1° del Título VIII del Libro II CP) e infanticidio (párrafo 2° del Título VIII del Libro II CP).

Artículo 17 c): elaboración o tráfico ilícitos de estupefacientes (ley 20.000) o delito terrorista (ley 18.314).

<sup>29</sup> Historia de la Ley N° 19.970 elaborada por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 143.

materiales, empíricamente observables y describibles<sup>30</sup> (“reivindicación de la absoluta licitud de los actos internos y, aún más, de un derecho natural a la inmoralidad”<sup>31</sup>). Los antecedentes personales del condenado, evidentemente, constituyen un presupuesto que se hace acreedor de las mismas críticas que recaen sobre la agravante de reincidencia (“derecho penal de autor”).

En el mismo sentido, cabe preguntarse respecto a qué crímenes pueden dar lugar a la determinación de la huella genética en el Registro de Condenados. La historia de la Ley

Nº 19.970 es bastante ilustrativa al respecto:

Ministro de Justicia - José Antonio Gómez	Senador Alberto Espina	Senador Jovino Novoa
<p>“Además del riesgo, siempre latente, de invasión de la vida privada, el exceso de huellas registradas generaría <u>confusión y distracción en las investigaciones, las que se transformarían en descarte de sospechosos más que en detección de los mismos.</u> Así lo demuestra la experiencia en Inglaterra: comenzó con una base de registro amplísima, la que hoy se encuentra en proceso de reducción. En cambio, <u>contar con un registro de ADN relacionado con varios delitos puede ser de gran valor desde el punto de vista de la investigación policial, ya que podrán vincularse todos aquellos casos en que el</u></p>	<p>“<u>La regla general es que no se ordenará la extracción de muestras genéticas a involucrados en delitos de estafa, porque los jueces son lo suficientemente inteligentes como para no pedir diligencias respecto de algo que no guarda ninguna relación con el hecho investigado</u>”<sup>33</sup>.</p>	<p>“El Honorable Senador señor Novoa explicó que <u>no comparte la idea de incluir en el Registro las huellas genéticas de personas condenadas por cualquier tipo de delitos, aun cuando lo hayan sido a pena afflictiva, como se plantea en el proyecto de ley. Opinó que, por la propia naturaleza del aporte a la investigación que pueda hacer la huella genética, carece de sentido tomar muestras biológicas y determinarla, por ejemplo, respecto de condenados por estafa</u>”<sup>34</sup>.</p>

<sup>30</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”. Editorial Trotta, España (2004), p. 480.

<sup>31</sup> Ibid., p. 481.

<sup>32</sup> Historia de la Ley Nº 19.970 elaborada por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 32.

<sup>33</sup> Ibid., p. 122.

<sup>34</sup> Ibid., p. 142.

<p><i>perpetrador ha sido el mismo y ha dejado su huella genética en el lugar de los hechos. Cualquier delito cometido en serie permitirá elaborar un “perfil de conducta” del agresor, lo que será una considerable ayuda en la investigación policial<sup>32</sup>.</i></p>		
---	--	--

La incorporación de huellas genéticas en el Registro de Condenados, para el supuesto del inciso final del artículo 17 debe limitarse a aquellas infracciones penales que copulativamente cumplan con dos requisitos: (i) revistan cierta gravedad social (principio de proporcionalidad: la sanción de determinación de la huella genética debe tener cierto grado de relación con la gravedad del injusto) y (ii) que sean perpetradas a través de ciertos medios de comisión.

Respecto a la segunda condición, la [in]pertinencia de la incorporación en el Registro de Condenados depende del tipo de delito realizado, atendiendo a la posibilidad del persecutor de obtener insumos (esto es, vestigios biológicos). Es decir, debe limitarse el Registro de Condenados a aquellos delitos que puedan ser investigados mediante el análisis genético de huellas o, dicho en términos sencillos, a aquellos ilícitos que dejan vestigios biológicos y/o huellas genéticas, tales como, por ejemplo, los delitos cometidos con fuerza en las cosas, violencia y los delitos sexuales.

Consecuencia de lo anterior es que la sola comisión de un delito (grave) no constituye por sí mismo un presupuesto suficiente para la incorporación de las huellas al Registro de Condenados; deben ser delitos susceptibles de servir para la determinación de la identidad del individuo a través de la consulta del señalado registro (lo que, por razones manifiestas, limita el ámbito de aplicación de esta pena, por regla general, a los autores de propia mano).

Lo precedente respeta fielmente la historia de su establecimiento, pues la ley tiene por único objeto coadyuvar en la investigación y esclarecimiento de hechos de naturaleza delictiva; no constituir un catálogo acabado de sujetos pasivos de condenas penales. Por tanto, se excluye la incorporación en el registro de sujetos condenados por estafa, apropiación indebida, asociación ilícita, injuria, calumnia, cohecho, delitos contra la administración de justicia, delitos funcionarios.

Todo lo anterior es manifestación del principio de proporcionalidad en su concreción de adecuación, el que establece que una medida es idónea para alcanzar cierto objetivo si y sólo si su práctica posibilita el resultado investigativo esperado (y no si prospectivamente no despliega eficacia alguna). Los derechos y libertades afectadas, en casos como los señalados en el párrafo anterior, por tanto, priman en el ejercicio de ponderación por sobre el interés del Estado en la persecución delictiva (eventual).

Cabe tener en consideración una última consecuencia de la regulación vigente en la obtención de muestras a los condenados, en aquellos casos en que ella no se ha realizado como medida investigativa mientras poseían la calidad de imputados. Como se expresó, esto puede ocurrir en dos casos, a saber: cuando se aplica retroactivamente la incorporación al registro, según la disposición transitoria o; (ii) cuando no obstante referirse a hechos posteriores a su vigencia, la toma de muestras no se solicitó como medida investigativa (ie. cuando el ahora condenado tenía el status de imputado).

En estos casos, sostenemos, no es posible compeler judicialmente al condenado a someterse a la práctica de exámenes corporales (ante negativa de este último). Las razones de esto son variadas. En primer lugar, en tanto no corresponde a una diligencia de investigación, no resulta aplicable la regla de los exámenes corporales del CPP. En segundo lugar, no existe una investigación formalizada a su respecto, por lo que según se analizó, no puede llegar a justificarse una injerencia en la intimidad corporal del condenado. Por último, en su calidad de pena, la aplicación sin justificación en una investigación actual constituiría tratos inhumanos o degradantes, en los términos del artículo 5.2 CADH como de la letra h) del artículo 93 inciso 2° CPP.

Por lo mismo, en términos sencillos, la ejecución de la toma de muestras de condenados no puede ser realizada compulsivamente. Ni siquiera, por orden de un tribunal. Esta negativa del imputado a la permisión de la determinación de su huella genética no daría lugar al delito de desacato, ello al no cumplirse con los requisitos de gravedad y peligrosidad concreta para el objeto de protección de la resolución judicial desacatada exigida por el artículo 240 inciso 2° del Código Procesal Penal.

#### **IV. Conclusiones**

- ❖ Cuando el imputado se negare a la toma de muestras corporales, la eventual orden del Juez de Garantía que ordena la realización de la diligencia exige que la

investigación se encuentre formalizada en atención al carácter potencialmente atentatorio de garantías fundamentales de la medida de investigación.

- ❖ Es permitida la eliminación de antecedentes del Registro de Condenados en aquellos casos en que opere la caducidad (especialmente por expiración del plazo legal o cumplimiento de las circunstancias) o por falta de fundamento legal.
- ❖ La incorporación de una huella genética en el Registro de Condenados tiene el carácter de sanción penal, por lo serán incorporadas a dicho registro una vez que el tribunal competente dé la orden específica en la sentencia condenatoria, previa petición del Ministerio Público y debate en audiencia.
- ❖ La incorporación de una huella genética en el Registro de Condenados, en atención a su naturaleza, sólo puede adscribirse a hechos ejecutados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.970 y su reglamento.
- ❖ El Registro de Condenados debe limitarse a aquellos delitos graves y que puedan ser investigados mediante el análisis genético de huellas.

\*\*\*

---

**Jorge Bofill Genzsch**