

## CORTE DE APELACIONES

Caratulado:

**MP C/ -----**

Rol:

**447-2023**

Fecha de sentencia:	13-06-2023
Sala:	Tercera
Materia:	7006
Tipo Recurso:	Penal-nulidad
Resultado recurso:	ACOGIDA
Corte de origen:	C.A. de Temuco
Cita bibliográfica:	MP C/ -----: 13-06-2023 (-), Rol N° 447-2023. En Buscador Corte de Apelaciones ( <a href="https://juris.pjud.cl/busqueda/u?ctxoj">https://juris.pjud.cl/busqueda/u?ctxoj</a> ). Fecha de consulta: 14-06-2023



Utilice una aplicación QR desde su teléfono para escanear este código y consultar la sentencia desde el sistema.

[Ir a Sentencia](#)

C.A. de Temuco

Temuco, trece de junio de dos mil veintitrés.

VISTOS:

En la causa RUC 2001023887-1, RIT 1719-2020 del Juzgado de Garantía de Lautaro, por sentencia definitiva de fecha trece de abril de dos mil veintitrés, se condenó al acusado ----, en su calidad de autor del delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades prescrito y sancionado en el artículo 1, en relación al artículo 4 de la Ley 20.000 en grado de consumado, perpetrado el día veintisiete de marzo del año dos mil veintidós, en la Comuna de Lautaro a las pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo, suspensión para cargos u oficios públicos por el tiempo de la condena y multa de dos tercios (2/3) de unidad tributaria mensual la cual se tiene por cumplida con el periodo que el requerido estuvo privado de libertad en esta causa entre los días 14 y 15 de octubre del año 2020 y, con posterioridad, entre los días 27 y 28 de marzo del año 2023, contabilizando 02 días de privación de libertad que corresponden a 1/3 de U.T.M. cada día; el comiso y destrucción de las especies incautadas, sustituyéndose a su respecto la pena privativa de libertad por la de Remisión Condicional por el plazo de observación de 540 día debiendo dar cumplimiento a las condiciones impuestas por Gendarmería y de acuerdo con lo prevenido en el artículo 17 de la Ley N° 19.970 a la determinación de la huella genética del condenado y su posterior inclusión en el Registro de Condenados del Sistema Nacional de Registros de ADN.

En contra de dicha sentencia, el abogado defensor penal público Sr. Lucas Matías Rodríguez López, dedujo recurso de nulidad, fundado en la causal de invalidación contemplada en el artículo 373 b) del Código Procesal Penal, esto es, “b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

Solicitó en consecuencia, “de conformidad a lo dispuesto en el art. 385 del Código Procesal Penal, acoger la causal de nulidad invocada, invalidando parcialmente la sentencia, y en su lugar se sirva

dictar, sin nueva audiencia pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conformare a la ley, esto es aquella que invalida la sentencia en su parte final, sólo en cuanto ordena incorporar la determinación de la huella genética de don ---- y posterior inclusión en el registro de condenados del Sistema Nacional de Registros de ADN, manteniendo firme la sentencia en todo lo que se refiere a la pena principal y la concesión de la pena sustitutiva de remisión condicional”.

En la vista del recurso, verificada en la audiencia del día 24 de mayo en curso, compareció por el recurrente el abogado señor Mauricio Larenas, quien alegó y sostuvo la pretensión recursiva, sus fundamentos y peticiones concretas de nulidad parcial de la sentencia y dictación de sentencia de reemplazo, que no ordene la determinación de la huella genética del condenado; por el ministerio público alegó la abogada asesora, Sra. Carolina Álvarez Gelvez, quien solicitó su rechazo por cuanto no existe la errónea aplicación del derecho en atención a que la figura penal del delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga contemplado en el artículo 4 de la Ley 20.000, constituye precisamente una hipótesis de tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas o estupefacientes y, en consecuencia, el delito por el cual se ha condenado se encuentra en la hipótesis de la letra c) del artículo 17 de la ley 19.970. Añade que la diferencia nace el legislador en atención a la cantidad de droga sólo para los efectos de la penalidad pero igualmente constituye tráfico en pequeñas cantidades y por ende queda incluido en la hipótesis del artículo 4 mencionado y por ende el o la letra se del artículo 17 de la ley 19.070 para los efectos de la determinación de la huella genética, y en este sentido se han pronunciado tres sentencias de esta Ilustrísima Corte de Apelaciones, Rol N°430-2017, Rol N° 86-2022 y Rol N°348-2022.

Finalizada la audiencia la causa quedó en acuerdo que ando citadas las partes para ser informada de la sentencia recaída en el recurso el día 13 de junio de 2023 a las 8:30 horas.

#### CONSIDERANDO:

Primero: Que la causal de nulidad deducida es una sola, y es la del artículo 373 b) del Código Procesal Penal, esto es, “b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

Funda su recurso en primer término dando cuenta de los antecedentes de la causa, resaltando que el agravio que le motiva a recurrir y aquello que se estima errado, es la aplicación al caso sublite del artículo 17 de la Ley 19.970, en circunstancias que dicho precepto legal no resultaba aplicable, al caso particular. Ello trajo como consecuencia, la determinación de la huella genética del condenado y su posterior inclusión en el registro de condenados del Sistema Nacional de Registros de ADN.

Arguye que al decidir como lo hizo, el Tribunal a quo no considera la distinción que hace la Ley 20.000 en sus artículos 3 y 4, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y tráfico ilícito en pequeñas cantidades de drogas, vulnerando el criterio de especialidad o pro subjecta materia, en virtud del cual no procede la toma de la huella genética para aquellos condenados por tráfico de drogas en pequeñas cantidades. Añade que este análisis no viene solamente dado por el principio de interpretación de especialidad de las normas jurídicas, sino que también por un análisis teleológico de la letra c) del artículo 17 de la Ley 19.970. Sobre esta base, continúa, el legislador sólo estima aplicable la toma de la huella genética para aquellos condenados por tráfico ilícito de estupefacientes, sin embargo, en el caso en comento el sentenciado lo fue por tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades. Así las cosas, si el legislador hubiese tenido la intención de incluir al tráfico en pequeñas cantidades, lo hubiese indicado de manera expresa, puesto que la misma Ley 20.000 hace esta distinción en sus artículos 3 y 4, no resultando en la especie, hacer una interpretación extensiva a un ilícito no diferenciado en la Ley 19.970. De esta forma, el delito de tráfico de pequeñas cantidades de drogas, materia de la presente sanción, no resulta comprendido dentro del catálogo de ilícitos taxativamente enumerados por el artículo 17 de la Ley 19.970, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN. Prosigue indicando que si bien existe una referencia en su letra c), a la “elaboración o tráfico ilícitos de estupefacientes”, ella debe entenderse únicamente a los tipos penales de elaboración ilícita, por un lado, y de tráfico ilícito de drogas, por el otro, previstos y sancionados, respectivamente, en los artículos 1 y 3 de la Ley 20.000, teniendo presente la interpretación restrictiva que debe realizarse de las normas limitativas o restrictivas de derechos fundamentales del imputado de conformidad a lo establecido en el artículo 5 del Código Procesal Penal que dispone interpretación restrictiva y prohibición de analogías y además, porque, constituye un tipo penal diverso y autónomo de aquél previsto en el artículo 3 del mismo texto legal. Señala que a mayor abundamiento, debe tenerse presente que los delitos contemplados en el

artículo 17 de la Ley 19.970, en su mayoría, tienen asignada penas de crímenes, cuestión que permite arribar con más fuerza aún, a la conclusión de que, tratándose de simples delitos, la determinación de la huella genética y su inclusión en el Registro de Condenados requiere de una mención clara y explícita del texto legal, además de un fundamento de política criminal que merezca su incorporación en dicho registro. Cita y transcribe luego jurisprudencia acorde a su postura (rol N° Penal-984-2019 de la Ilma. Corte de Apelaciones de Valdivia y rol n° 430-210 de esta Ilma. Corte).

Indica finalmente, que la errónea aplicación del derecho en que incurre el Tribunal influye de manera sustancial en lo dispositivo del fallo, dado que se ordena la determinación de la huella genética de don ---- y posterior inclusión en el registro de condenados del Sistema Nacional de Registros de ADN, siendo esta improcedente.

Segundo: Que la abogada del ministerio público, al alegar en estrados solicitó el rechazo del recurso por cuanto no existe la errónea aplicación del derecho invocada en atención a que la figura penal del delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga contemplado en el artículo 4 de la Ley 20.000, constituye precisamente una hipótesis de tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas o estupefacientes y, en consecuencia, el delito por el cual se ha condenado se encuentra en la hipótesis de la letra c) del artículo 17 de la ley 19.970. Añade que la diferencia la hace el legislador en atención a la cantidad de droga, sólo para los efectos de la penalidad pero igualmente constituye tráfico en pequeñas cantidades y por ende queda incluido en la hipótesis del artículo 4 mencionado y por ende en la de la letra c) del artículo 17 de la ley 19.070 para los efectos de la determinación de la huella genética, y en este sentido se han pronunciado dos fallos de esta Ilustrísima Corte de Apelaciones, Roles 86-2022 y 348 del mismo año.

Tercero: Que para decidir sobre la concurrencia o no de la causal de nulidad invocada se debe tener presente que conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 17 de la ley 19.970, la determinación de la huella genética del sentenciado sólo tendrá lugar cuando se condenare al imputado, por alguno de los delitos que en forma específica y taxativa se mencionan en las letras a), b) y c) de dicha disposición. En lo pertinente, el literal c) de la aludida norma, menciona “la elaboración o tráfico ilícito de estupefacientes”. Así entonces la figura típica contemplada en el artículo 4 de la Ley

20.000, lo que sanciona es precisamente el tráfico ilícito de estupefacientes, siendo el elemento diferenciador con la figura dispuesta en el artículo 3 de la misma ley, la cantidad de las respectivas sustancias ilícitas. En efecto, para efectos de penalidad, y por razones cuyo análisis exceden a lo debatido en este recurso, el legislador estimó necesario diferenciar las conductas según si se trataran o no pequeñas cantidades de sustancias ilícitas, siendo desde luego menos gravosa en dicha circunstancia.

Cuarto: Que el artículo 17 c) de la Ley 19.970 –en lo pertinente- considera dentro del catálogo de delitos respecto de los cuales procede el registro de la huella genética, el tráfico ilícito de estupefacientes.

Quinto: Que el inciso séptimo del N° 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República dispone que: “Ningún delito se castigara con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.

Sexto: Que, consecuencia de lo anterior es que la penas, como en el caso, lo es aquella accesoria que ordena la Ley 19.970, consistente en ordenar que un ente estatal proceda a la determinación de la huella genética de un condenado para efectos de incluirla en el registro respectivo, debe asociarse necesariamente y determinadamente con el delito que se ha cometido.

Séptimo: Que, a este respecto es necesario hacer presente que el artículo 17 del cuerpo normativo señalado en los motivos que anteceden, en relación con los delitos en que procede aquello, ha establecido determinadamente, para lo que es pertinente, conforme a la letra c) de la norma citada que ellos debe efectuarse cuando se trate de ilícitos relativos a: “Elaboración o tráfico de estupefacientes o delito terrorista”.

Octavo: Que, como es habitual en el derecho, dicha norma debe ser objeto de un proceso de interpretación, sin embargo, en el ámbito penal, y tratándose de una regla que determina una pena, corresponde tener presente algunos límites que la hermenéutica de esta clase reclama cuales son el

principio pro reo y la prohibición de analogía un malam parte, como sostuvo el recurrente. Luego, resulta meridianamente claro en entender de esta Corte, que la aplicación del artículo 17 c) de la Ley 19.970 debe efectuarse en forma exclusiva para los delitos que allí se expresan, no indicándose en dicha norma sancionatoria nada respecto del microtráfico a que alude el artículo 4° de la ley 20.000. A este respecto no puede perderse de vista que, en el caso de tráfico del artículo 3° y microtráfico del artículo 4°, ambos de la ley citada, corresponden a tipos penales distintos, que se diferencian muy fundamentalmente por elementos objetivos del tipo y que, debido a que envuelven un desvalor diferenciados poseen penas significativamente distintas, lo que naturalmente lleva a concluir que uno u otro tipo no pueden considerarse como de igual identidad.

Una interpretación en contrario, parece a esta Corte, vulnerario el principio pro reo, pues para estos efectos se estaría optando por dar un sentido y alcance a la norma del artículo 17 letra c) de la Ley 19.970, extensivo y perjudicial para el condenado. A mayor abundamiento, no es posible de soslayar que, en el caso, dicho obrar implicaría además la aplicación por analogía de una pena que corresponde a otro delito, cual es el de tráfico, y ello importaría un ejercicio de subsunción in malam parte, todo lo que se encuentra vedado por el derecho penal.

Noveno: Que, consecuencia inevitable de lo que se ha venido razonando es que, en opinión de esta Corte, sólo un grave atentado en contra del principio de legalidad y de aquellos que deben regir la hermenéutica normativa de las leyes penales, habilitaría para imponer una pena a una caso no expresamente previsto por la Ley, de forma que, conforme a las argumentaciones recursivas hechas valer, se ha efectuado una errónea aplicación del derecho, incurriendo el sentenciador a quo, al dictar la sentencia ordenando determinar la huella genética del condenado, en el vicio de nulidad parcial contemplado en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por lo que será acogido procediéndose a dictar la correspondiente sentencia de reemplazo. En este mismo sentido se ha pronunciado esta Corte en las causa roles 713 y 1.100 del año 2022.

Y vistos, además, lo prevenido en los artículos 373, letra b) y 385 del Código Procesal Penal, se declara que HA LUGAR al recurso de nulidad parcial deducido por la defensa de don ----- en contra la sentencia de fecha 13 de Abril de 2023 del Juzgado de

Garantía de Lautaro, la que sólo es nula en cuanto en la parte final del considerando octavo, y numeral II de lo resolutivo, ordenó determinar la huella genética del condenado y su incorporación al Registro de la ley N° 19.970.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del ministro titular señor Carlos Gutiérrez Zavala.

N°Penal-447-2023. (sac)