

ELIMINACIÓN DE ANTECEDENTES PENALES EN CHILE

[Expungement of criminal records]

VERÓNICA FIGUEROA HUERTA

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto analizar el sistema de eliminación de antecedentes penales y exponer el complejo panorama en el que este se inserta. De esta forma, se consideran el contexto de la seguridad ciudadana, el marco normativo y la función de los antecedentes penales como elemento de relevancia para la determinación de la pena y como mecanismo de exclusión social.

PALABRAS CLAVES

Derecho Penal - eliminación antecedentes penales - reinserción social.

ABSTRACT

This article aims to analyze the criminal record expungement system and expose the complex panorama in which it is inserted. In this way, the context of citizen security, the regulatory framework and the role of criminal records are considered as a relevant element for determining the sentence and as a mechanism of social exclusion.

KEY WORDS

Criminal law - expungement of criminal records - social reintegration.

INTRODUCCIÓN

En una sociedad organizada, el derecho penal se configura como sistema de control y represión de determinadas conductas. Si bien en tanto disciplina jurídica, pudiese parecer alejada de los intereses diarios y generales de la ciudadanía, atendida su especial vinculación con fenómenos sociales, aparece latentemente en conversaciones del diario vivir y abarca una parte importante de las noticias que a diario consumimos. La ciudadanía, profundamente preocupada por la delincuencia ha incorporado conceptos acuñados por los medios, como lo es la “falta de mano dura” y “puerta giratoria”, y ha hecho de la delincuencia su principal preocupación, muy distinto al escenario de hace 30 años en que los problemas de vivienda y desigualdad parecían más relevantes, y por qué no decirlo, más estructurales en su tratamiento.

Así las cosas, la ciudadanía ha perpetuado también la idea de que quienes se encuentran privados de libertad están lejos de considerarse ciudadanos. Son otros, lejanos y distantes, quienes sufren continuas vulneraciones en el cumplimiento de su pena, vulneraciones que se extienden mucho más allá del ámbito propio de la cárcel, la libertad. En definitiva, la ciudadanía no solo contempla las diversas vulneraciones de las que son víctimas los reclusos, sino que también las tolera y exige. Mientras mayor sea la extensión de la pena, parece ser mejor para la ciudadanía. En este sentido, la ciudadanía percibe con buenos ojos el poder identificar a quien ha cometido un delito, y ello se realiza mediante el certificado de antecedentes penales, objeto principal de este estudio e importante carga con la que cuentan los exreclusos, lo que afecta significativamente sus posibilidades de insertarse en una sociedad que constantemente los rechaza.

La presente investigación se centra en el estudio de las políticas post penitenciarias, en específico, en la eliminación de antecedentes penales.

En cuanto a la estructura del trabajo, en el primer capítulo se explicará como la preocupación por la seguridad ciudadana ha influenciado la técnica legislativa que, tanto en su vertiente sustantiva como procesal, no ha sido respetuosa de diversos principios que informan las ciencias penales, lo que en consecuencia ha dado lugar a un discurso penal populista, que a pesar de ser efectivamente aplicado, no ha significado en caso alguno, un cambio en la percepción de seguridad de la ciudadanía.

En el segundo capítulo se busca realizar un análisis de la normativa existente, tratando de dilucidar quienes son los destinatarios que se acogen a dicho procedimiento e indagar, por otro lado, los principales reparos respecto de los requisitos para participar de este proceso de eliminación de antecedentes penales que, como adelanto, no logra tener una cobertura relevante.

Finalmente, en el tercer capítulo, se efectuará un análisis crítico sobre el sistema de eliminación de antecedentes penales, el que al poco andar se comprobará, actúa como mecanismo de exclusión social, privando a las personas condenadas de una serie de derechos, garantías o posibilidades de incorporarse a la sociedad. También se analizará cuáles son los fundamentos primitivos para la mantención de antecedentes penales como elementos relevantes para la determinación de la pena y si estos se encuentran actualmente legitimados.

I. PRESENTACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1. Seguridad ciudadana

En los últimos años, América Latina se ha configurado como una de las zonas más peligrosas del mundo, con un índice de homicidios muy por encima de la tasa global, tal como se desprende del estudio sobre criminalidad de Igarapé Institute¹. En el mismo sentido, el medio de comunicación BBC Mundo, identificó a partir de diferentes datos estadísticos, las 50 ciudades más peligrosas del mundo, y de ellas 42 se encontraban en la región². Por esta y otras causas es que, en los últimos años, la agenda política y social en América Latina se ha centrado en el debate público sobre seguridad ciudadana³. No obstante, lo mencionado, Chile parece abstraerse de dicha realidad, posicionándose, por el contrario, como el país más seguro de América Latina en cuanto a homicidios se trata y el segundo más seguro de América, tal como lo señala el informe de Global Peace Index del año 2018, para lo que se consideraron diversos criterios, como índices de delincuencia violenta, personas privadas de libertad, niveles de corrupción, ataques terroristas, entre otros factores⁴.

La seguridad ciudadana, tal como la comprende BUSTOS RAMÍREZ, considera “las condiciones y presupuestos que ha de establecer o promocionar el Estado en un momento dado a fin de que las personas puedan desarrollarse en el ejercicio de sus derechos y al mismo tiempo no sean constreñidos por otros en su ejercicio”⁵. Sin embargo, la seguridad ciudadana se ha estudiado en los últimos años identificándola únicamente con la política criminal, en específico, con los delitos cometidos por personas provenientes generalmente de contextos marginales.

La actual preocupación por la seguridad ciudadana surge con el regreso a la democracia a inicio de los noventa y se posiciona como una de las preocupaciones centrales de la ciudadanía, sobreponiéndose a otros fenómenos más relevantes, como la pobreza⁶. En este mismo sentido, STIPPEL señala que “el incremento de la delincuencia fue visibilizado y orquestado para que los chilenos echaran de menos la férrea forma de gobierno de Pinochet”⁷. Así, paradójicamente, el país más seguro de Latinoamérica se encuentra profundamente preocupado por el control de la delincuencia.

El posicionamiento de la seguridad ciudadana asociada generalmente a delitos contra la propiedad no es fruto de la mera coincidencia, sino que está claramente influenciada por la labor que cumplen los medios de comunicación masiva. Evidentemente el porcentaje de historias

¹ AGUIRRE, Katherine y Muggah, Robert. 2018. *Citizen Security in Latin America: Facts and Figures* 33 (2018) p. 2 [visible en internet: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Citizen-Security-in-Latin-America-Facts-and-Figures.pdf>]

² BBC, *Estas son las 50 ciudades más violentas del mundo (y 42 están en América Latina)*, 7 de marzo de 2018 [visible en internet: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43318108>]

³ SHERMAN, Andrés, *Consumo de Noticias y Temor al delito en Chile*, en *Estudios Sobre el Mensaje Periodístico* 19 (2013) 1, p. 563.

⁴ Institute for Economics & Peace, Global Peace Index. 2018. *Measuring Peace in a Complex World* [visible en internet: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Global-Peace-Index-2018-2.pdf>].

⁵ BUSTOS, Juan, *Seguridad Ciudadana y Seguridad Jurídica*, en *Revista Nuevo Foro Penal* 12 (2006) 70, p. 163.

⁶ DAMMERT, Lucía, *Violencia Criminal y Seguridad Ciudadana en Chile* (Santiago, Cepal-Serie Políticas Sociales, 2005), p. 24

⁷ STIPPEL, Jörg, *Cárcel, Derecho y Política* (Santiago, Lom Ediciones, 2013), p. 31.

sobre el delito se ha incrementado en la prensa en general⁸. Esta especial preocupación de los medios de comunicación, en particular de la televisión por presentar la seguridad ciudadana como primera prioridad, acarrea diversos efectos, los que a juicio de FUENTES OSORIO son los siguientes: en primer lugar, se presenta una realidad criminal distorsionada, sobredimensionando la gravedad y frecuencia de acontecimientos delictuales, contribuyendo a la aparición de errores cognitivos. En segundo lugar, el tema se consolida fuertemente en la agenda pública. En tercer lugar, se sustraen otras visiones de la realidad criminal. Y, en cuarto lugar, “la constante transmisión de una realidad criminal distorsionada, como la conversión en noticia de la preocupación individual y social al respecto, influyen en la política legislativa; son factores de presión sobre los agentes políticos, que se ven obligados a reaccionar de forma inmediata y contundente con una ley penal”⁹.

De esta forma, la seguridad ciudadana se hace parte de las conversaciones cotidianas y se arraiga como un tema de especial preocupación para la ciudadanía, que profundiza cada vez más la idea errónea de la impunidad y de la “puerta giratoria”¹⁰, a pesar de que las estadísticas han señalado reiteradamente que no existe una relación directa entre miedo y realidad¹¹. Muy por el contrario, nuestro país ostenta la mayor tasa de encarcelamiento en la región latinoamericana¹². Un ejemplo demostrativo de lo anterior lo constituyen los resultados de la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC)¹³, a partir de los cuales se señala que, en el año 2008, la tasa de victimización bordeaba en 32%, mientras que en el año 2017 ésta había disminuido a un 28%. No obstante, la baja anteriormente señalada, la percepción del aumento de la delincuencia en el país se mantiene prácticamente invariable, con una diferencia de solo un 0.04%. En el mismo instrumento, se reafirma la importancia de los medios de comunicación masiva, desprendiéndose que casi un 50% de la población considera como fuente de información para aseverar la evolución de la delincuencia en el país, las noticias de televisión.

En definitiva, a pesar de lo mucho que nos puedan aportar los datos empíricos sobre criminalidad, es claro que la preocupación de la ciudadanía en general es la seguridad, conformándose estos grupos ciudadanos que exigen aplicación de medidas más severas, como verdaderos grupos de presión, los que se han considerado como factor para el encarcelamiento masivo que vive nuestro país¹⁴. Sin embargo, las respuestas que generalmente han dado los diversos sectores privilegian las medidas represivas, sin preocuparse por otros factores

⁸ FUENTES, Juan. 2005. *Los Medios de comunicación y el Derecho Penal*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7 (2005) 16, p. 2. [visible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>]

⁹ FUENTES, Juan, cit. (n. 8), p. 4.

¹⁰ TSUKAME, Alejandro, *El rol de los medios de comunicación en la construcción de discursos en “la guerra contra la delincuencia juvenil” en Chile (1990-2016)*, en *Revista Latinoamericana* 15 (2016) 44, p. 3. El concepto de “la puerta giratoria” surge en nuestro país a fines de la década de los 90’ y cristalizaba la idea de que la justicia era ineficiente o no funcionaba, y operaba más bien como una “puerta giratoria” en la que los delincuentes entraban y salían constantemente.

¹¹ SHERMAN, Andrés, cit. (n. 3), p. 564.

¹² Emol, *Chile es el país sudamericano con mayor tasa de personas en prisión*, 24 de enero de 2013 [visible en internet: <https://www.emol.com/noticias/nacional/2013/01/24/580734/chile-es-el-pais-con-mayor-tasa-de-personas-en-prision-en-sudamerica.html>]

¹³ Instituto Nacional de Estadísticas Chile. 2018. *XIV Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana*. p. 6 [visible en internet: https://www.ine.cl/docs/default-source/seguridad-ciudadana/publicaciones-y-anuarios/2017/s%C3%ADntesis-de-resultados---xiv-enusc-2017.pdf?sfvrsn=776bb3d1_2]

¹⁴ CUNEO, Silvio, *El Encarcelamiento Masivo, Análisis particular del caso chileno* (Tesis Doctoral, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2015), p. 198.

especialmente preventivos. Así, en general, se ha puesto un fuerte ahínco en la idea de la “mano dura” y “tolerancia cero”¹⁵.

Se ha creado también la caricatura de que, en general, los especialistas insertos en la práctica judicial o de la ejecución de las penas son poco fiables y que adoptan con frecuencia decisiones alejadas del sentido común, así como que solo se preocuparían por el bienestar de los delincuentes¹⁶. Es así como se han incorporado leyes a nuestro ordenamiento que carecen de justificación, que no tomaron en consideración diversos elementos relevantes señalados por importantes catedráticos del derecho penal. Así ocurrió en su momento con la llamada “Agenda Corta Anti-delincuencia”, que buscaba la disminución de la delincuencia a partir de una serie de modificaciones, consistentes en establecer penas más duras respecto de determinados delitos, ampliando las facultades de las policías, entre otras. Estas modificaciones fueron introducidas a pesar de que hay amplia evidencia empírica internacional que sostiene que el recurso de la cárcel en desmedro de las penas sustitutivas genera efectos marginales y negativos¹⁷.

2. *Política criminal, prevención especial y reinserción*

Al problema de la seguridad ciudadana se ha sumado también la excesiva desconfianza hacia nuestros Tribunales de Justicia. Así, en la Encuesta Nacional Bicentenario del año 2017 se señala que un 77% de las personas no confía en los Tribunales de Justicia. Esto se vuelve aún más problemático si consideramos que el discurso político criminal en la última década se ha caracterizado por ser un discurso populista, que se ha materializado en altas tasas de encarcelamiento y prisión preventiva. Sin embargo, la aplicación de penas más graves no parece ser la solución a la problemática, como tampoco lo ha sido otra clase de medidas preventivas, v.gr. la instalación y funcionamiento de globos de vigilancia que se encuentran en distintas comunas, como, por ejemplo, en la comuna de Las Condes, en donde ha demostrado tener una funcionalidad, a lo menos, marginal¹⁸. Esta situación nos hace pensar que este discurso populista carece de legitimidad, toda vez que a pesar de la intensidad de la persecución penal y la aplicación de penas más duras, los índices de delincuencia no han disminuido significativamente.

Así, es necesario repensar el sentido de nuestras sanciones penales, redirigiéndolas y organizándolas con relación a la cuestión criminal¹⁹. De esta forma, la función que le entreguemos a la pena está directamente relacionada con la política criminal. La pena, para

¹⁵ CÁLIX, Álvaro, *La Falacia de más policías, más penas y más cárceles: el problema de la inseguridad y el castigo desde una visión alternativa*, en *Revista Nueva Sociedad* 208 (2007) p. 45.

¹⁶ DíEZ RIPOLLÉS, José Luis. 2004. *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 6 (2004) 3, p. 11. [visible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>]

¹⁷ Fundación Paz Ciudadana. 2016. *Análisis del proyecto de agenda corta anti delincuencia* (2016), p. 6 [visible en internet: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/prevencion-del-delito/analisis-del-proyecto-de-agenda-corta-anti-delincuencia/>]

¹⁸ Los globos de vigilancia son modernas cámaras con tecnología militar y capacidad de grabar en alta resolución que han sido implementadas en ciertas comunas del país que buscan monitorear a grupos de individuos, lugares y sujetos determinados, con el fin de velar por la seguridad ciudadana.

¹⁹ GUZMÁN, Patricia, *La Política criminal y la función preventiva de la sanción penal*, en *Revista Justicia de la Universidad Simón Bolívar* 14 (2008) 13, p. 1.

DURÁN MIGLIARDI, es entendida como “un instrumento que, utilizado en forma justa y necesaria, proteja los bienes jurídicos máspreciados por la sociedad”²⁰.

Bastante son las teorías que han buscado fundamentar las penas, pero para efectos de este apartado, solo consideraremos las posturas clásicas, es decir, las teorías absolutas, por un lado, y las relativas por otro. Las primeras consideran que la pena tiene un carácter absoluto, puesto que no mantiene ninguna utilidad, sino que constituye un fin en sí misma²¹. Mientras que las segundas, o sea, las teorías relativas, estiman que la pena es un “medio para la obtención de fines útiles, evitando la comisión de delitos y protegiendo de esta forma a la sociedad”²². Ambas tienen cabida en nuestro ordenamiento, pero en momentos distintos. Respecto de las teorías absolutas, por razones históricas y culturales, el sistema de sanciones y de determinación de la pena tiene una orientación absolutista, según lo ha constatado DURÁN MIGLIARDI al indicar que “nuestra judicatura, siendo coherente con sus dictámenes y a fin de mantener -en general- la concordancia con sus lineamientos, ha señalado expresamente la idea retributiva que subyace en determinadas instituciones o tópicos jurídico-penales de importancia”²³. Pero, en la etapa de ejecución de la pena, es evidente que debiesen primar intereses preventivos especiales que le permitan al condenado poder insertarse en el medio social. En este sentido el principio de reinserción social exige que el sistema penal propenda a la reintegración del condenado a la sociedad, evitando perturbaciones accesorias a su desarrollo personal²⁴. Es evidente que dicho principio no viene sino a sintetizar los objetivos de la prevención especial²⁵.

En nuestro país, aun cuando no hay un reconocimiento expreso de la función preventiva especial que debiesen tener las penas en la etapa de ejecución²⁶ es indudable que la pena es mucho que la teorización que se realice respecto de ella. “Así como para Julio Cortázar un puente no es verdaderamente un puente mientras los hombres no lo crucen (...) Podríamos decir que la pena sólo es una pena cuando un hombre la cumple, o sea, una pena es un condenado, o una condenada, cumpliendo y sufriendo una pena. La pena sí y no su posibilidad, es consecuencia del delito”²⁷. Hay que considerar, por ejemplo, la privación de libertad por el tiempo que el legislador prevea, por un lado, y las condiciones en que se materializa dicho cumplimiento, por el otro. Dichas condiciones, van desde el hacinamiento o sobrepoblación, hasta los graves problemas de violencia que sufren las personas privadas de libertad en los penales. No considerar el escenario en donde se cumplen las penas, implica hacer caso omiso a las diversas vulneraciones

²⁰ DURÁN, Mario, *Justificación y Legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional*, en *Revista Política Criminal* 4 (2009) 8, p. 269.

²¹ DURÁN, Mario, *Teorías absolutas de la pena: Origen y fundamentos: Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual*, en *Revista de Filosofía* 67 (2011), p. 126.

²² SUBIJANA, Ignacio. 2005. *El Juez en la ejecución de las penas privativas de libertad*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 7 (2005) 11, p. 1. [visible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-11.pdf>].

²³ DURÁN, Mario, *Justificación*, cit. (n. 20), p. 282.

²⁴ NÁQUIRA, Jaime, Izquierdo, Cristóbal, Vial, Paula. 2008. *Principios y penas en el derecho penal chileno*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 10 (2008) p. 26. [visible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>]

²⁵ MAPELLI CAFFARENA, Borja. 2014. *Ejecución de pena privativa de libertad: una mirada comparada*. p. 35. [visible en internet: <http://www.dpp.cl/resources/upload/01d8a118d566a949045857080adbcbfb.pdf>]

²⁶ A diferencia de otros países, el nuestro no consagra ni en el Código Penal ni en la Constitución cuál es la finalidad de las penas. Distinto es el caso de varios países de Europa, como España, que consagra a nivel constitucional la finalidad de las penas privativas de libertad, las que están destinadas a lograr la reeducación y reinserción.

²⁷ CUNEO, Silvio, *La Cárcel Moderna, una crítica necesaria* (Valparaíso, Editorial UV, 2017), p. 74.

de derechos en nuestros recintos penitenciarios, lo que transforma la idea de la resocialización o reinserción en una quimera. En este sentido, mejorar las relaciones sociales y ambientales al interior de las cárceles es clave para pensar siquiera en la reinserción²⁸.

La prevención especial ha puesto particular acento en la idea de la reinserción, resocialización o también mal llamada “rehabilitación”. El uso de las expresiones anteriormente señaladas es bastante común en los discursos políticos. Así se desprende, por ejemplo, de la cuenta pública del Ministerio de Justicia del año 2012, que pretende que la cárcel ya no aparezca como remedio “mágico” contra la criminalidad y el gobierno intenta, en esta línea, asentar la idea de racionalizar el recurso a la privación de libertad y reorientar el cumplimiento de las penas hacia la reinserción social y laboral de los condenados²⁹. Esta idea de la reinserción social aparece continuamente mencionada tanto en las cuentas públicas participativas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos como en los mensajes presidenciales.

Asimismo, la Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería de Chile establece en su artículo primero que, entre los fines del servicio, está contribuir a la reinserción social³⁰ de las personas que fueren detenidas o privadas de libertad. En este mismo sentido, son varios los talleres y medidas que se han intentado impulsar en aras de propiciar el cumplimiento de dicha finalidad.

Como se mencionó en los párrafos anteriores, en la fase de cumplimiento de la pena prima la prevención especial a partir de la recurrente idea de la “resocialización” o “reinscripción”. El Ministerio de Justicia en el año 2015 señaló que “reinscripción se entiende como un proceso sistemático de acciones que se inicia desde que se dicta una sentencia, durante el periodo de cumplimiento de una condena, ya sea de privación de libertad o mediante penas sustitutivas y prosigue cuando la persona retorna a su vida en sociedad, incluyendo así en esta etapa la nivelación de estudios, capacitaciones e inserción laboral, intervención psicosocial, entre otras”³¹. Esta expresión es un concepto ambiguo que genera dificultades a la hora de abordarla, lo que se dificulta aún más si consideramos que, en general, los funcionarios de Gendarmería la entienden y significan de diversas formas, en especial atención al cargo que ostentan³².

La reinscripción tiene que ser analizada desde dos perspectivas. La primera de ellas apunta a la reinscripción dentro de los recintos penitenciarios, es decir, el conjunto de programas que se dictan al interior de las cárceles, orientados a resocializar al sujeto privado de libertad. De acuerdo con una segunda perspectiva, en cambio, la reinscripción opera luego de que la persona ya se encuentra en el ambiente libre, o también conocida como etapa post penitenciaria.

²⁸ La Tercera, *Cárceles y el problema de la reinscripción*, 20 de junio de 2016 [visible en internet: <https://politicaspUBLICAS.uc.cl/opinion/carceles-y-el-problema-de-la-reinscripcion/>]

²⁹ STIPPEL, Jörg, cit. (n. 7), p. 161.

³⁰ STIPPEL, Jörg, *Cárcel*, cit. (n. 7), p. 173. Al respecto, Jörg Stippel señala que este cambio es positivo en cuanto el término rehabilitación tiene una connotación invasiva y forzosa aplicable a todos durante la reclusión, en cambio contribuir a la reinscripción social alude más bien a la idea de ayudar a un sujeto y pone énfasis en el hecho de que cada recluso va a salir en algún momento de la cárcel y requiere estar preparado para ello. Sin embargo, critica el hecho que Gendarmería solo contribuye, pero no aspira a lograr la reinscripción como resultado propio, de manera tal que se responsabiliza a la persona privada de libertad por su propio proceso de reinscripción.

³¹ MIRANDA, Daniela, *Caracterización de los usuarios en proceso de eliminación de antecedentes prontuarios de la comuna de Talcahuano* (Tesis para optar al título profesional del Trabajadora Social, Universidad del Bio-Bio, 2016), p. 16.

³² AHUMADA, Héctor y Grandón, Pamela, *Significados de la reinscripción social en funcionarios de un centro de cumplimiento penitenciario*, en *Revista Psicoperspectivas* 14 (2005) 2, p. 93.

a) *Reinserción penitenciaria*

La reinserción penitenciaria es aquella que se da en el contexto de las cárceles, sin embargo, la aplicación de penas dirigidas a reinsertar a las personas privadas de libertad se dificulta por la falta de un mecanismo efectivo para el cumplimiento de las penas. En otros países, a través de los Jueces de Ejecución Penal se busca que las personas privadas de libertad cumplan su pena en condiciones dignas y que, por lo mismo, no se les prive de más derechos que aquellos que establece la pena, es decir, la libertad. Sin embargo, “falta un largo camino para que en general, se perciba a los reclusos, presos, internos, caneros, delincuentes encarcelados, como ciudadanos tras las rejas”³³. En este mismo sentido, RIEGO RAMÍREZ comentó en 1993 el informe de la “Comisión Especial Investigadora de los Problemas Carcelarios del País”, constatando que las cárceles en Chile son un terreno de nadie, encontrándose prácticamente al margen del sistema jurídico³⁴.

De esta forma, las cárceles que surgieron en su momento como respuesta al pensamiento ilustrado y que buscaban presentar una nueva noción de la pena, sin crueldad, mucho más humanas y proporcionales, hoy se configuran como “un laboratorio de lo social por excelencia”³⁵. Como se advierte, la cárcel es una institución relativamente nueva, sin embargo, no son pocos quienes consideran que son mayores los perjuicios que los beneficios que ella implica y que, por lo mismo, ya se encuentra obsoleta.

La cárcel, en definitiva, atraviesa por una fuerte y profunda crisis que, en todo caso, no es nueva, pues las condiciones de las primeras cárceles en Chile eran paupérrimas, con graves problemas de hacinamiento y abuso por parte de los carceleros³⁶. Hoy, las condiciones no son muy distintas. MALDONADO CROQUEVIELLE advierte que esta profunda crisis se manifiesta en varios aspectos: “el hacinamiento carcelario, el régimen penitenciario al cual son sometidas las personas privadas de libertad, el desconocimiento de la dignidad de las personas, la violencia a la que se ven sometidas por parte de otros internos y también por la forma que se aplican las sanciones disciplinarias”³⁷. Es evidente, por tanto que, a pesar de la existencia de diversos programas de reinserción social, éstos se dificultan por las inhumanas condiciones en que todas las personas privadas de libertad cumplen su condena. Así, en el año 2006, el Defensor Nacional EDUARDO SEPÚLVEDA señaló que “[l]os penales chilenos son actualmente un submundo donde se cometen muchos delitos, y bajo esas condiciones no es posible preparar a ninguna persona para vivir en libertad en el futuro”³⁸. Y aunque si bien en los últimos años ha aumentado la cobertura de programas de rehabilitación y reinserción, es aún insuficiente para atender las necesidades de las más de 40.000 personas que se encuentran privadas de libertad y su asignación presupuestaria es, a lo menos, marginal³⁹.

b) *Reinserción postpenitenciaria*

³³ STIPPEL, Jörg, cit. (n. 7), p. 17.

³⁴ STIPPEL, Jörg, cit. (n. 7), p. 62.

³⁵ STIPPEL, Jörg, cit. (n. 7), p. 11.

³⁶ CUNEO, Silvio, *El Encarcelamiento*, cit. (n. 14), p. 165.

³⁷ DAVID, Valeska. 2010. *Entrevista a Mónica Maldonado. Las condiciones carcelarias en Chile* 6 (2010), p. 211 [visible en internet: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/11494>].

³⁸ STIPPEL, Jörg, cit. (n. 7), p. 124.

³⁹ VILLAGRA, Carolina, *Hacia una Política post penitenciaria en Chile* (Santiago, RIL Editores, 2008), p. 14.

Por otro lado, el segundo acercamiento a la presente investigación lo constituye el análisis de las políticas de reinserción post penitenciarias. Señalar que a los recintos penitenciarios ingresan aquellas personas que a lo largo de su vida fueron siempre excluidas, no es algo nuevo. La gran mayoría de personas que se encuentran privadas de libertad lo están por comisión de delitos contra la propiedad y provienen generalmente de sectores marginales. De acuerdo con datos de Gendarmería, una gran parte de quienes egresaron de recintos penitenciarios lo hizo sin haberse visto beneficiado por libertad condicional o beneficios carcelarios, de manera que no recibieron intervención sobre aquellos aspectos que facilitaron su involucramiento en la actividad delictiva. Lo anterior se agrava considerando que la cárcel actúa como un dispositivo de exclusión por excelencia, en donde se produce un duro proceso de desadaptación y desidentificación del sujeto, adaptación al medio carcelario y desarraigo social⁴⁰.

Con el objetivo de lograr que los egresados puedan incorporarse plenamente a la sociedad, el 8 de mayo del año 2012 el Director Nacional de Gendarmería firmó la Resolución N° 4478, donde se establece la nueva organización interna de Gendarmería de Chile. De esta forma, el Patronato Nacional de Reos pasa a ser el Departamento Postpenitenciario, dependiente de la Subdirección Técnica de la institución, y que tiene por objetivo “gestionar los planes y programas de asistencia a las personas que, habiendo cumplido sus condenas, requieran de apoyo para su reinserción social”⁴¹.

La reinserción postpenitenciaria se enfrenta a grandes problemas:

En primer lugar, a pesar de la enorme relevancia que debiese tener el apoyo post penitenciario, se han observado muy pocas investigaciones acerca de los procesos de cambio en personas privadas de libertad una vez que ya han cumplido sus condenas y han regresado a su comunidad. “Las motivaciones personales, factores facilitadores e inhibidores, la percepción de los involucrados y particularidades contextuales de las personas, parecen no estar tomándose en cuenta a la hora de abordar el problema de la reinserción social”⁴².

En segundo lugar, debe mencionarse la ausencia de políticas criminológicas de carácter integral. “Salvo intentos esporádicos que no decantan en la estructuración de una política integradora y sostenida en el tiempo, la realidad general de los países indica que los subsistemas policial, judicial, penitenciario, postpenitenciario, de menores y de legislación penal, accionan cada uno de ellos en forma muy autónoma e impulsados con frecuencia por criterios encontrados entre sí”⁴³. Por tanto, se requiere posicionar la reinserción y no la seguridad ciudadana en el debate público, entendiendo que para poder garantizar la seguridad pública, hay que desplegar estrategias que faciliten a los exreclusos el pleno ejercicio de sus derechos.

Finalmente, los programas que prevé la sección de apoyo postpenitenciario son, a lo menos, reducidos, considerando que de los dos programas que existen, sólo uno de ellos tiene un alcance general.

⁴⁰ CABRERA, Pedro, *Cárcel y Exclusión*, en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales* 35 (2002), p. 88.

⁴¹ Artículo 8, letra d del Decreto Ley 2859 sobre que “fija ley orgánica de Gendarmería de Chile” de 1979 del Ministerio de Justicia.

⁴² MIRANDA, Daniela, cit. (n. 31), p. 11.

⁴³ CARRANZA, Elías, *Política criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal*, en *Revista Nueva Sociedad* 116 (1991), p. 3.

El primero de dichos programas es el de Reinserción Laboral, cuyo objetivo principal es apuntar a la reincidencia de los egresados del sistema cerrado, mejorando las oportunidades de integración social de las personas que han cumplido condena. Sin embargo, este apoyo sólo se entrega en determinadas regiones del país, dejando a un gran sector desprovisto de este servicio.

El segundo de estos programas, que es el objeto propio de esta investigación, es el Programa de Apoyo Postpenitenciario, destinado a quienes una vez ya cumplida la condena están en proceso de eliminación de antecedentes penales, en virtud del Decreto Ley N° 409. Esta temática, la eliminación de antecedentes penales, es la que a partir de ahora, abarcaremos con detención.

3. *Eliminación de antecedentes penales*

El estudio de los antecedentes penales y su eliminación no ha sido un tema muy estudiado por la doctrina a pesar de la gran relevancia que tiene. En primer lugar, porque los antecedentes penales sirven para identificar a los delincuentes, verificando si concurre en ellos algunas de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, lo que es esencial en la fase de determinación de la pena. Y, porque, en segundo lugar, la mantención de antecedentes penales sirve como mecanismo de exclusión social, lo que termina por transformar todos los intentos de reinserción social en un imposible. De manera que, de este momento, esta materia se estudiará no solo respecto de los efectos de eliminación de los antecedentes penales, sino a partir de los efectos de la no eliminación de estos.

a) *Antecedentes penales como mecanismo para determinar la concurrencia de alguna circunstancia modificatoria de responsabilidad penal*

El Código Penal, tanto en su versión original como en la actual, regula en el párrafo tercero del libro primero las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal, e indica en el artículo once en su numeral sexto, como atenuante, el hecho de que la conducta anterior del delincuente haya sido irreprochable. En la época de dictación del Código no hubo mayores complicaciones interpretativas, entendiéndose que era necesario que el reo no hubiese sido antes preso.

Por otro lado, en el párrafo cuarto del mismo libro, se regulan las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, y señala el legislador en sus numerales catorce, tratándose de la reincidencia impropia, y quince y dieciséis, relativos a la reincidencia propia, que se considerarán como agravantes: el cometer el delito mientras cumple condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento, el haber sido castigado el culpable anteriormente por delitos a los que la ley señale igual o mayor pena, como también ser reincidente en delito de la misma especie, respectivamente. En la época, se buscó justificar dicha agravante en la mala fama del reo, en esta línea se pronunció el señor Renjifo, indicando que “*el haber sido condenado el reo anteriormente más de una vez, da una presunción de bastante mala fama en su contra*”⁴⁴.

Sin embargo, al momento de dictarse el Código, nuestro país carecía de un sistema que permitiese unificar la información de las personas que se encuentran o se encontraron en algún momento sujetas a algún tipo de pena, sea esta privativa de libertad o no, lo que complicaba

⁴⁴ FERNÁNDEZ, Pedro, *Código Penal de la República de Chile, explicado y concordado* (Santiago de Chile, Editorial Barcelona, 1899), p. 114.

dilucidar si concurría o no alguna de estas circunstancias, lo que consecuentemente afectaba la determinación correcta de la pena.

Es debido a lo anterior que, en el año 1925, mediante el Decreto Ley N° 645, se crea el Registro General de Condenas, que en dicha fecha dependía de la Inspección de Identificación de Santiago y que, actualmente, se encuentra bajo custodia y mantención del Servicio del Registro Civil e Identificación. Este registro contiene los prontuarios penales de las personas que se han visto involucradas en actos delictuales, incluyendo, por tanto, la filiación penal y el registro de causas por los que la persona ha sido procesada o condenada.

Al momento de dictarse este Decreto, no se hace referencia expresa al objetivo que deberán cumplir los antecedentes penales, pero a partir de los breves artículos que lo regulan, se puede sostener que se busca sistematizar dicha información para así auxiliar a los tribunales de justicia en la toma de sus decisiones. Lo anterior, se puede desprender a partir de los siguientes argumentos:

En primer lugar, en el propio artículo sexto se señala quiénes podrán solicitar dicha información, limitándolo estrictamente a las autoridades judiciales y policiales, estableciendo incluso que el empleado que, debido a su cargo, divulgue las inscripciones objeto de este registro, incurrirá en las penas que señala el legislador en el artículo 246 del Código Penal.

En segundo lugar y más importante aún, el artículo segundo establece que la oficina a cargo del Registro General de Condenas comunicará a los tribunales penales los datos que éstos soliciten para comprobar la reincidencia de los procesados. A partir de este último artículo es claro que la intención del Decreto es servir como ayuda y complemento a la función que realizan los tribunales de justicia con competencia penal, para que estos puedan, en definitiva, determinar de mejor manera la pena, valiéndose de todos los elementos y factores que sean necesarios para ello. Por otro lado, el inciso segundo del mismo artículo establece que los jueces del crimen se dirigirán al jefe del Gabinete Central de Identificación para solicitar los datos que les interesen, de manera tal que no deja limitada su utilización sólo respecto de la reincidencia, sino que lo amplía sobre cualquier tema que pueda ser de interés del juez, por ejemplo, la irreprochable conducta anterior o el cumplimiento de algún tipo de pena accesoria.

En España, cuyo Código Penal influyó sustancialmente en la mayoría de nuestras actuales disposiciones, se ha acordado asimismo que, en general, la presencia de antecedentes penales en un registro de gestión administrativa es necesaria para la realización de una serie de actuaciones judiciales y procesales⁴⁵. Así, “la principal función jurídica de los registros de antecedentes penales ha sido y es facilitar la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia, proporcionando al órgano jurisdiccional el conocimiento de la existencia en su caso de condenas anteriores impuestas al mismo justiciable”⁴⁶.

En todo caso, la legitimidad o no de aquellas circunstancias modificatorias de responsabilidad serán discutidas y analizadas en el capítulo tercero.

⁴⁵ BUENO ARÚS, Francisco, *La cancelación de antecedentes penales* (Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2006), p. 47.

⁴⁶ BUENO ARÚS, Francisco, cit. (n. 45), p. 48.

b) *Antecedentes penales como mecanismo de exclusión social*

A comienzos del siglo XX el campo de lo criminológico en Chile era bastante escaso y acotado, pero marcadamente positivista, época en las que expresiones como “tratamiento” y “rehabilitación” eran bastante comunes, no sólo en el lenguaje criminológico, sino también en el lenguaje y discurso político⁴⁷. Ya durante la década de los años 30³, periodo en que se dictó el comentado Decreto Ley, empezó a adquirir terreno la tesis de la *Defensa Social*, que fue heredada por el positivismo, cuyo objetivo era proteger a la sociedad del delincuente, pero también proteger al individuo del peligro de caer o recaer en la delincuencia, teniendo, por tanto, un rol de carácter preventivo. Si bien fue bastante criticada, se le reconoce el énfasis en la función resocializadora que hoy se considera como uno de los principios que rigen las ciencias penales. En este mismo sentido, y a modo de ejemplificar dicha tesis, se puede señalar que “El núcleo central de ésta es la personalidad criminal. Su consecuencia las tentativas de resocialización. Su objetivo ayudar al delincuente para la mejor defensa de la sociedad”⁴⁸.

Es en este contexto que surge la necesidad de dictar el mencionado Decreto N° 409, que buscaba eliminar los antecedentes penales para todos los efectos legales. En su parte introductoria él señala elementos relevantes, como el hecho de que el sistema de prisiones tiende a la regeneración del delincuente, sin embargo, pierde eficacia por el hecho de que el penado, después de cumplir su condena, queda marcado para toda la vida con el estigma de haber sido presidiario. Menciona, por otro lado, que es innecesaria la mantención de la anotación en el prontuario de los ex penados que han demostrado estar “regenerados” y adaptados a la vida colectiva. Finalmente, señala que es un medio para que los ex penados se esfuercen en regresar a la sociedad en las mismas condiciones que los demás miembros de ella.

Si bien la parte introductoria aporta aspectos relevantes a considerar desde el punto de vista de la reinserción, el sistema en general de eliminación u omisión de antecedentes penales parece contradecirse con el espíritu de la propia normativa, toda vez que opera a partir de plazos establecidos arbitrariamente por el legislador⁴⁹, sin una justificación adecuada, vulnerando así el principio de proporcionalidad.

Es así como la mantención de este estigma sobre los ex presidiarios impide que estos accedan al pleno ejercicio de sus derechos, en especial, a los de índole laboral. Y aunque no son muchos los estudios que abarcan la reinserción post penitenciaria, en general, ellos han señalado que un gran porcentaje de las personas egresadas de recintos penitenciarios ven en los antecedentes penales su mayor traba para reintegrarse a la sociedad. En un estudio de Paz Ciudadana⁵⁰ sobre exclusión social en personas privadas de libertad del año 2015, se evidencia que a lo menos un 53,5% de las personas que se encontraron privadas de libertad señalan como principal dificultad para encontrar trabajo la existencia de antecedentes penales.

⁴⁷ MORALES PEILLARD, Ana María, *La política criminal contemporánea: influencia en Chile del discurso de la ley y el orden*, en *Revista Política Criminal* 7 (2012) 13, p. 97.

⁴⁸ EMPERATRIZ ARREAZA, María, *Las dos caras de la defensa social*, en *Revistas Científicas y Humanistas* 4 (2015), p. 88.

⁴⁹ MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito* (4ª Edición, Madrid, S.L Civitas Ediciones, 1996), p. 392.

⁵⁰ Fundación Paz Ciudadana. 2015. *Exclusión social en personas privadas de libertad. Resultados preliminares*, p. 30 [visible en internet: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/estudio-sobre-exclusion-social-en-personas-privadas-de-libertad-resultados-preliminares>].

Lo anterior se complica aún más cuando durante el proceso en los centros penitenciarios, una gran cantidad de las personas privadas de libertad no tuvo acceso a ningún tipo de información respecto de los procesos de reinserción al egresar del centro penitenciario, ni mucho menos sobre la posibilidad de eliminar sus antecedentes penales. Así se desprende del mismo estudio de Paz Ciudadana, en que se arriba a la conclusión de que “la población encuestada en su gran mayoría no cree que al egresar pueda contar con algún tipo de apoyo estatal o de otro tipo de instituciones”⁵¹. En un estudio sobre esta materia realizado en Talcahuano, se señala que sólo en un 21% de los casos, las personas mientras cumplían condenas tuvieron acceso a dicha información, como consecuencia de que parte de ellas obtuvieron otro tipo de beneficios intra penitenciarios⁵². A pesar de que el estudio anteriormente señalado fue realizado en Talcahuano, no creemos que la realidad a nivel nacional sea muy distinta, considerando que sólo un porcentaje muy reducido de las personas privadas de libertad tiene acceso a dichos beneficios intra penitenciarios.

Así, la mantención de los antecedentes en el Registro General de Condenas se constituye como un mecanismo de segregación y exclusión, es decir, como un “proceso multidimensional, que tiende a menudo a acumular, combinar y separar, tanto individuos como colectivos de una serie de derechos sociales, tales como el trabajo, la educación, la salud, la cultura, la economía y la política, a lo que los otros colectivos sí tienen acceso y posibilidad de disfrute, y que terminan por anular el concepto de ciudadanía”⁵³.

La extinción de la responsabilidad penal por cualquiera de las formas que prevé el legislador no supone siempre la desaparición de todas las consecuencias del delito, pues la inscripción en el Registro de Condenas normalmente subsistirá en tanto no se reúnan las condiciones exigidas por la ley para proceder a la rehabilitación del sujeto mediante la eliminación de tales antecedentes⁵⁴. De esta forma, la mantención de los antecedentes penales, en términos prácticos, es una extensión del castigo.

Coincidimos con el razonamiento de BUENO ARÚS, en el sentido de que “los efectos de la inscripción en el Registro de Antecedentes Penales una vez cumplida o extinguida la condena han de ser de carácter restrictivo, precisamente porque los antecedentes penales constituyen una prolongación de la limitación de derechos que produce la condena por un delito en un ámbito de tiempo superior al de cumplimiento de la misma condena legalmente determinada. Lo accesorio no debe lógicamente superar a lo principal”⁵⁵.

Por otro lado, como la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente no contiene disposiciones específicas, se aplica la normativa general a toda la población condenada del país, entre éstas, la mantención de los antecedentes penales hasta su eliminación cumpliéndose determinados requisitos que no reconocen adecuadamente las particularidades de los jóvenes objeto de persecución penal. En este mismo sentido, la “exigencia internacional apunta a impedir que un

⁵¹Fundación Paz Ciudadana. 2015. *Exclusión social en personas privadas de libertad. Resultados preliminares*, p. 33 [visible en internet: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/estudio-sobre-exclusion-social-en-personas-privadas-de-libertad-resultados-preliminares>]

⁵²MIRANDA, Daniela, cit. (n. 31), p. 47.

⁵³Fundación Paz Ciudadana. 2015. *Exclusión social en personas privadas de libertad. Resultados preliminares*, p. 3 [visible en internet: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/estudio-sobre-exclusion-social-en-personas-privadas-de-libertad-resultados-preliminares>]

⁵⁴BUENO ARÚS, Francisco, cit. (n. 45), p. 20.

⁵⁵BUENO ARÚS, Francisco, cit. (n. 45), p. 25.

registro o antecedente juvenil pueda ser invocado en un caso contra la misma persona en el sistema de adultos o al menos limitarlo en forma importante⁵⁶. Esta limitación es sumamente relevante, puesto que la reacción penal formal frente a las primeras manifestaciones de criminalidad estigmatiza a la persona y la identifica con el rol social de delincuente.

Finalmente, es necesario señalar que el error en la reinserción ha sido apuntar a un cambio del individuo infractor de la ley, pero en ningún caso se ha ocupado de generar un cambio en la visión que los ciudadanos libres tienen de aquellos que están privados de libertad. Las demandas de quienes están encarcelados no gozan de popularidad ni aceptación entre las personas libres. La vulneración de derechos de la que son objeto, como también la exclusión que viven, no solo es tolerada por la sociedad en general, sino que incluso exigida por ella. En conclusión, no basta con preparar al infractor de ley para insertarse en la sociedad, sino que resulta asimismo necesario preparar a la sociedad para una correcta inclusión de las personas condenadas.

En lo referido a la pequeña delincuencia, se tenía antiguamente la concepción del delincuente como un ser “socialmente desfavorecido y marginado al que la sociedad estaba obligada a prestar ayuda; ahora los delincuentes son vistos, sin que procedan distinciones según la gravedad o frecuencia de su comportamiento delictivo como seres que persiguen sin escrúpulos y en pleno uso de su libre arbitrio intereses egoístas e inmorales, a costa de los legítimos intereses de los demás”⁵⁷. De esta forma, y en línea con el Derecho Penal del Enemigo se configuran dos bandos: los sujetos que deben ser considerados como ciudadanos, por un lado, y los sujetos que han de ser estimados y tratados como enemigos, por otro⁵⁸.

Los primeros se han mostrado totalmente pasivos frente a las diversas vulneraciones que sufren las personas condenadas, ya sea estando en la cárcel o saliendo de ésta. A pesar de todas las catástrofes que se han verificado en las cárceles y que comparten como común denominador las situaciones de hacinamiento que se viven al interior de los penales, en caso alguno la ciudadanía se ha movilizad o ha exigido la mejora de las situaciones penitenciarias.

De esta forma, para que la (re)inserción sea una realidad, el trabajo en esta materia ha de centrarse especialmente en la reinserción en el medio libre. “El mayor acoso policial a quienes tienen antecedentes, la presión del ambiente y el contacto con antiguos compañeros de cárcel hacen que con frecuencia el desarraigo social y posteriormente el encapsulamiento dentro de un submundo delincuencial sean casi efectos obligatorios tras la estancia en prisión. De la cárcel no sale un hombre libre, sino convertido en un expresidiario, con todo lo que esto implica”⁵⁹.

II. ANÁLISIS NORMATIVO

1. *Consideraciones generales*

Nuestro constituyente fue claro en señalar, en su artículo primero, que todas las personas nacen iguales en dignidad y derechos. Sin embargo, hay situaciones en que estos derechos se pueden ver alterados o perturbados, por ejemplo, por la comisión de un delito. A pesar de que

⁵⁶ COUSO, Jaime y Duce, Mauricio, *Juzgamiento penal de adolescentes* (Santiago de Chile, Lom Ediciones, 2013), p. 189.

⁵⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José, cit. (n. 16), p. 9.

⁵⁸ NÚÑEZ, José, *Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del constitucionalismo garantista y dignitario*, en *Revista Política Criminal* 4 (2008) 8, p. 387.

⁵⁹ CABRERA, Pedro, cit. (n. 40), p. 6.

nuestro Código Penal castiga con penas privativas de libertad a gran parte de los delitos, la mayoría se somete a las medidas alternativas que prevé la Ley N° 18.216, lo que no obsta a que haya una gran cantidad de personas que sufran penas privativas de libertad, en especial cuando se trata de delitos contra la propiedad.

El Estado, mediante la imposición de una pena privativa de libertad, limita la facultad del sujeto de desplazarse libremente por el territorio de nuestro país, pero en lo restante, la condición jurídica de las personas condenadas es o debería ser idéntica a la de los ciudadanos⁶⁰. Por mandato constitucional, el Estado se encuentra obligado a promover las condiciones que sean necesarias para el mayor desarrollo de cada uno de los integrantes de la comunidad (artículo primero de nuestra Carta Fundamental), cuestión que también se extiende a las personas que han sido privadas de libertad.

Para poder materializar lo anterior, no es suficiente una consagración simbólica en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, sino que hay que establecer mecanismos efectivos para que, en general, luego de haber egresado de los centros penitenciarios, sean considerados como ciudadanos y no ya como enemigos. De esta forma, surgen dos mecanismos: la eliminación y la omisión de antecedentes penales.

Ambos mecanismos dependen del Registro General de Condenas que, a su vez, depende del Servicio Nacional de Registro Civil. En estos registros, se resguardan los prontuarios penales en los que se inscriben todas las sentencias condenatorias definitivas y ejecutoriadas por delitos y simples delitos, así como por determinadas faltas, las que se anotarán cuando los infractores de faltas hayan sido condenados por tercera vez⁶¹.

La naturaleza de los prontuarios penales es de instrumento público, lo que, en principio, no se contrapone con el carácter de privado o secreto que ellos detentan, “circunstancia que quiso ser resguardada celosamente por el legislador, aunque no siempre con absoluta efectividad”⁶². Esta confidencialidad se extrae de la propia regulación del Registro General de Condenas, en que se señala que dicha información será comunicada al Ministerio Público, a los tribunales con competencia en lo criminal o a los Juzgados de Policía Local⁶³, para efectos de apreciar la reincidencia. En la misma línea, se señala que fuera de los fiscales, de las autoridades judiciales, de las policiales y de Gendarmería de Chile, nadie tiene derecho a solicitar la exhibición de los datos que se anotan en el registro⁶⁴, sin perjuicio de la existencia de registros especiales, los que serán tratados en un apartado posterior.

2. Decreto Ley N° 409: *Eliminación de antecedentes penales*

a) *Ámbito de aplicación*

⁶⁰ Artículo 2, Decreto N°518 que aprueba el “Reglamento de establecimientos penitenciarios” de 1998 del Ministerio de Justicia.

⁶¹ Artículo 3, Decreto Ley N°645 “Sobre el Registro General de Condena” de 1925 del Ministerio de Justicia.

⁶² RÍOS LÓPEZ, Cristián, *Eliminación y omisión de antecedentes penales* (2ª Edición, Santiago de Chile, Editorial el Jurista, 2015), p. 39.

⁶³ Artículo 3, Decreto Ley N°645 “Sobre el Registro General de Condena” de 1925 del Ministerio de Justicia

⁶⁴ RÍOS LÓPEZ, Cristián, cit. (n. 62), p. 20. No obstante, la jurisprudencia administrativa ha considerado que otros organismos públicos pueden acceder a la información de los registros penales, siempre y cuando las normas que los regulen permitan dicho acceso y se justifique adecuadamente la petición.

El ámbito de aplicación del presente mecanismo lo entrega su artículo primero, que señala que “toda persona que haya sufrido cualquier clase de condena y reúna las condiciones que señala esta ley, tendrá derecho después de dos años de haber cumplido su pena, si es primera condena, y de cinco, si ha sido condenado dos o más veces, a que por decreto supremo, de carácter confidencial, se le considere como si nunca hubiese delinquirido para todos los efectos legales y administrativos y se le indulten todas las penas accesorias a que estuviere condenado”.

Tal como se desprende de dicho precepto, el ámbito de aplicación es más bien general, no estableciendo prohibiciones relativas a quienes pueden acceder al referido “beneficio”, como tampoco profundiza mayormente sobre el tiempo de condena, señalando que será de dos años tratándose de la primera condena, y cinco en caso de haber sido condenado con anterioridad. Esto último es bastante cuestionable desde el punto de vista de la proporcionalidad de los delitos cometidos. Así, por ejemplo, el delito de parricidio está sujeto a un control por el plazo de dos años, pero quien ha cometido hurto de forma reincidente está sujeto a un control mayor, de manera tal que parece que el establecimiento de dichos plazos es más bien arbitrario y no responde a criterios racionales. Esto difiere de lo que ocurre en España, en que el plazo para la cancelación de antecedentes penales depende de la clase de delito que se comete, teniendo un umbral que va desde los 6 meses hasta los 10 años⁶⁵, periodo de tiempo que en todo caso, parece excesivo.

Ahora, si bien del artículo primero se desprende una aplicación de carácter general al señalar que la expresión “toda persona” y “cualquier clase de condena”, la verdad es que sobre este último punto la ley N°18.216 incluye una importante mención, y es que en su artículo 38 inciso tercero dispone que el cumplimiento satisfactorio de las penas sustitutivas tendrá mérito suficiente para la eliminación definitiva para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedentes prontuarios, debiendo el propio tribunal oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación, el que practicará la eliminación.

Ahora bien, en términos prácticos, cabe preguntarse ¿cuál es el público objetivo que se acoge a este procedimiento? Un estudio de ESPINOZA y MARTÍNEZ señaló que más de la mitad de quienes se someten al proceso de eliminación de antecedentes penales cumplió condena por el delito de manejo en estado de ebriedad, secundados por quienes cumplieron condenas por delitos contra la propiedad, y seguidos en tercer lugar, por aquellos que cometieron delitos contra las personas, aunque en un porcentaje muy menor. De esta manera, se verifica que existe una relación entre la carrera delictiva y el interés por eliminar los antecedentes penales, puesto que, a menor carrera delictiva, mayor es la participación e interés por eliminar dichos antecedentes penales⁶⁶.

Lo anterior es sumamente relevante si se considera que las categorías delictuales que mayormente participan de este proceso no se ven sometidas a penas privativas de libertad, lo que implica que no se verifica en ellos una serie de vivencias que terminan por consolidar el estigma de delincuente, de forma tal que la labor de reinserción a la que aspira la eliminación de antecedentes penales presenta menos dificultades. Por lo mismo, considerar este mecanismo como exitoso es a lo menos, ingenuo, puesto que el sistema de eliminación de antecedentes penales se ha mostrado incapaz de atraer a quienes verdaderamente hacen de la delincuencia una

⁶⁵ Artículo 136, Código Penal Español.

⁶⁶ ESPINOZA, Olga y Martínez Fernando, *Políticas de reinserción postpenitenciarias. Eliminación de antecedentes penales en Chile*, en *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad* 1 (2007), p. 125.

forma de vida. En este mismo sentido, desde el ámbito académico se ha señalado respecto de la eliminación de tales antecedentes que él “adolece de las mismas características que casi todas las cosas que se hacen en materia penitenciaria. O sea, tiene un impacto muy mínimo, es para un grupo de privilegiados, que es un porcentaje mínimo en comparación con la población penitenciaria total”⁶⁷.

b) *Requisitos*

Las exigencias para la eliminación de antecedentes penales están establecidas en el artículo segundo de la disposición⁶⁸, en cuanto señala que será necesaria para tal eliminación la concurrencia de los siguientes requisitos copulativos:

i) *Es necesario que se haya observado una muy buena conducta en la prisión o en el lugar en que cumplió la condena*

RÍOS LÓPEZ ha entendido que el concepto de muy buena conducta guarda relación con las calificaciones de carácter semestral que reciben los internos de los centros penitenciarios, en virtud de las cuales se les incluye en listas según su comportamiento y tienen muy buen comportamiento los que se encuentran en la primera lista⁶⁹. En todo caso, la expresión “muy buena conducta” es un concepto indeterminado que puede dar lugar a ciertas dificultades. Así, por ejemplo, se considera que la relación entre gendarmes y reos está condicionada por la relevancia de la pena que sufre el condenado, lo que genera “una suerte de superioridad moral del funcionario, juzgando permanentemente al otro, sin reconocerle su integridad y derechos como persona humana”⁷⁰. Bajo esta lógica de roles impuestos es difícil acceder a una calificación más o menos objetiva, a lo que además se ha sumado la manipulación fraudulenta de dichas calificaciones, que lejos de ser un hecho apartado, se ha replicado a lo largo de los años⁷¹.

Por otro lado, es bastante cuestionable que se exija, no que la conducta sea buena o dentro del promedio, sino que la supere, es decir, que sea “muy buena”. Exigir esto, comprendiendo la actual crisis que viven los recintos penitenciarios es, a lo menos, complejo. En esta misma línea se ha constatado que “[l]a exigencia de buena conducta tiene una dificultad especial de incumplimiento: según el estudio de caracterización de población penal que GENCHI realizó el 2011, apenas el 2,1% de los internos en medio cerrado califica con muy buena/buena conducta y más de dos tercios eran calificados con pésima conducta”⁷².

⁶⁷ VILLAGRA, Carolina, cit. (n. 39), p. 116.

⁶⁸ Artículo 1, Decreto Ley N° 409 sobre “normas relativa a reos” del 1932 del Ministerio de Justicia.

⁶⁹ RÍOS LÓPEZ, Cristián, cit. (n. 62), p. 130.

⁷⁰ Gendarmería de Chile, Unidad de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, *Manual derechos humanos de la función penitenciaria*, p. 15 [visible en internet: https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/ddhh/Archivos_Adicionales/MANUAL_DDHH_GENCHI_FINAL.pdf]

⁷¹ El Andino, *funcionario de gendarmería de la cárcel de Los Andes manipuló certificado de conducta para que recluso obtuviera el beneficio de la libertad vigilada*, 15 de marzo de 2018 [visible en internet: <https://www.elandino.cl/funcionario-de-gendarmeria-de-la-carcel-de-los-andes-manipulo-certificado-de-conducta-para-que-recluso-obtuviera-el-beneficio-de-la-libertad-vigilada/>] y Cooperativa, *Corrupción: Gendarme mejoró los antecedentes de un reo a cambio de 500 mil pesos*, 16 de marzo de 2018 [visible en internet: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/gendarmeria/corrupcion-gendarme-mejoro-los-antecedentes-de-un-reo-a-cambio-de-500/2018-03-16/154459.html>]

⁷² ESPINOZA, Álvaro; FERRADA, Débora; Valenzuela, Eduardo. 2012. *Informe final de evaluación programas de rehabilitación y reinserción social*, p. 106. [visible en internet: http://www.dipres.gob.cl/597/articulos-141210_informe_final.pdf]

ii) *Conocer bien un oficio o una profesión*

El hecho de que se solicite este requisito radica en la arraigada idea de que la reinserción social no se logra sino mediante la adopción de un empleo. Y la verdad es que el trabajo no es parte de la historia de vida de las personas privadas de libertad, quienes carecen de hábitos, además de no proyectarse en la vida a través del medio laboral⁷³. En este sentido, se ha señalado que “acceder a un empleo permanente y a un salario justo es una de las formas más eficaces de integrarse a la sociedad, permitiendo la adopción de hábitos prosociales y competencias para la obtención de ingresos lícitos que evitan la reincidencia delictual”⁷⁴.

De esta forma, para lograr la anhelada reinserción, el Estado, a través de Gendarmería de Chile, debe encargarse de entregar las condiciones necesarias para poder materializar este requisito. Ello lo realiza a partir de la dictación del Decreto 943, en cuanto aprueba el “Reglamento sobre reinserción de condenados mediante la capacitación laboral y el trabajo en los establecimientos penales”. Este Decreto, en general, ha sido respetuoso de diversos instrumentos internacionales, como las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, también llamadas “reglas Nelson Mandela”. Mediante este decreto, se modifica y reformula el artículo primero de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, en el sentido de establecer entre los fines del servicio contribuir a la reinserción social de las personas que fueren detenidas o privadas de libertad, dejando en desuso la expresión rehabilitación. Al respecto, Jörg Stippel señala que este cambio es positivo, en cuanto la expresión rehabilitación tiene una connotación invasiva y forzosa aplicable a todos durante la reclusión, en cambio contribuir a la reinserción social alude más bien a la idea de ayudar a un sujeto y pone énfasis en el hecho de que cada recluso va a salir en algún momento de la cárcel, y que requiere estar preparado para ello⁷⁵. Sin embargo, critica el hecho que Gendarmería sólo contribuye, pero no aspira a lograr la reinserción como resultado propio, de manera tal que se responsabiliza a la persona privada de libertad por su propio proceso de reinserción.

El mencionado Decreto promueve el trabajo voluntario y remunerado, lo que permitirá que los ex reclusos contribuyan a su propia manutención y a la de sus familias, favoreciendo de esta forma la reinserción laboral una vez que hayan cumplido la condena⁷⁶. Considera, además, una serie de aspectos relevantes, por ejemplo, el resguardo de los derechos de los trabajadores en relación con terceros⁷⁷, salvo determinadas excepciones consideradas por el legislador, como también protege la seguridad laboral⁷⁸ de estas personas. Asimismo, resguarda que las actividades se realicen con un enfoque étnico y de género⁷⁹. Aunque sin duda lo más importante es la

⁷³ Gendarmería de Chile, Unidad de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, *Manual derechos humanos de la función penitenciaria*, p. 59 [visible en internet: https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/ddhh/Archivos_Adicionales/MANUAL_DDHH_GENCHI_FINAL.pdf]

⁷⁴ Ministerio de Justicia Gobierno de Chile. 2017. *Políticas públicas de reinserción social 2017*, p.44 [visible en internet: https://www.reinsercionsocial.gob.cl/media/2018/02/Pol%C3%ADticas_P%C3%BAblicas_Reinserci%C3%B3n_Social_2ed2017.pdf]

⁷⁵ STIPPEL, Jörg, cit. (n. 7), p. 173.

⁷⁶ Parte introductoria, Decreto Ley N° 409 sobre “normas relativas reos” de 1932 del Ministerio de Justicia.

⁷⁷ Artículo 4, Decreto N° 943 “que aprueba reglamento que establece un estatuto laboral y de formación para el trabajo penitenciario” de 2010 del Ministerio de Justicia.

⁷⁸ Artículo 15, Decreto N° 943 “que aprueba reglamento que establece un estatuto laboral y de formación para el trabajo penitenciario” de 2010 del Ministerio de Justicia.

⁷⁹ Artículo 8, Decreto N° 943 “que aprueba reglamento que establece un estatuto laboral y de formación para el trabajo penitenciario” de 2010 del Ministerio de Justicia.

obtención de otros beneficios, como la salida laboral o las visitas adicionales de su familia en días y horarios especiales, permisos de salida adicionales, extensión horaria de desencierro, entre otras⁸⁰.

No obstante lo anterior, no son pocos los que critican el trabajo como medio para la reinserción, por considerar que es un instrumento de disciplinamiento o también una táctica para manejar a las clases sociales más desaventajadas, abandonadas por el propio Estado⁸¹. Sin embargo, a pesar de las críticas anteriores, se ha evidenciado a partir de las estadísticas de reincidencia de Gendarmería de Chile, que “las personas que egresan de los Centros de Educación y Trabajo presentan un porcentaje de reincidencia significativamente menor que aquellas que no han recibido este tipo de intervención”⁸². Y a pesar de que la evidencia ha señalado lo positivo del trabajo a partir de estos centros, la verdad es que el estudio se realiza sobre un espectro muy bajo, ya que solo un 7% de las personas privadas de libertad se encuentran en dichos establecimientos⁸³. Como se puede ver, los Centros de Educación y Trabajo tienen una relevancia muy secundaria, lo que se puede explicar a partir de los siguientes aspectos: la escasa cobertura y los pocos cupos disponibles; su bajo costo-efectividad, puesto que los Centros de Educación y Trabajo atienden a internos de bajo compromiso delictual y riesgo de reincidencia; y, por último, el criterio de selección, que prioriza a los internos con mejor conducta, con el fin de premiarlos, o sea, trabaja con internos de menor complejidad insertos en el sistema⁸⁴.

En definitiva, es relevante propiciar que las personas privadas de libertad tengan un trabajo ya estando dentro de los centros penitenciarios para que, al salir de la cárcel, tengan un trabajo que les asegure acreditar esta circunstancia, ya que es de todo conocimiento que el estigma persigue a las personas, a pesar de haber cumplido su pena, lo que merma sus posibilidades de obtener trabajo. Lo anterior es una contradicción propia de la norma, pues se exige que la persona tenga trabajo, pero en la práctica se le priva de ello por requerir los empleadores, injustificadamente, certificados de antecedentes que acrediten o no la comisión de algún delito.

Para subsanar los problemas referidos, hay una serie de cuestiones que sería importante modificar, en específico: regular por vía legal el estatuto administrativo; legislar ajustando las normas laborales a la realidad del interior de los recintos penitenciarios; adoptar medidas para asegurar la existencia de condiciones dignas de trabajo; velando por el cumplimiento efectivo de

⁸⁰ Artículo 14, Decreto N° 943 “que aprueba reglamento que establece un estatuto laboral y de formación para el trabajo penitenciario” de 2010 del Ministerio de Justicia.

⁸¹ AZÓCAR, Rodrigo, LEYTON, Jorge; SANTIBAÑEZ, María Elena y SANHUEZA, Guillermo. 2018. *El trabajo de las personas privadas de libertad en Chile: hacia la reinserción social y laboral*, en Centro de Políticas Públicas UC 13 (2018) 104 p. 1 [visible en internet: <https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2018/04/El-trabajo-de-las-personas-privadas-de-libertad-en-Chile.pdf>]

⁸² Ministerio de Justicia Gobierno de Chile. 2017. *Políticas públicas de reinserción social 2017*, p. 44 [visible en internet: https://www.reinsercionsocial.gob.cl/media/2018/02/Pol%C3%ADticas_P%C3%BAblicas_Reinserci%C3%B3n_Social_2ed2017.pdf]

⁸³ La Tercera, *Un 7% de los reos está en centros de educación y trabajo de Gendarmería*, 2 de febrero de 2016 [visible en internet: <http://www2.latercera.com/noticia/un-7-de-los-reos-esta-en-centros-de-educacion-y-trabajo-de-gendarmeria/>]

⁸⁴ AZÓCAR, Rodrigo, cit. (n. 81), p. 4.

las normas laborales; y superar la falta de difusión, cobertura y acceso a actividades laborales en recintos penitenciarios; entre otros⁸⁵.

iii) Poseer conocimientos mínimos correspondientes al cuarto año de escuela primaria

En general, esto no es un problema para el público objetivo que busca la eliminación de sus antecedentes penales, puesto que, en total, el 69,4% de los participantes, según el estudio realizado por ESPINOZA y MARTÍNEZ, cuenta con un nivel de escolaridad que le permite con creces acceder a este mecanismo. A pesar de que el porcentaje es bastante alto, hay un sector de personas que, estando privadas de libertad, no reciben una educación adecuada, por el hecho de que los programas de estudios no están adaptados de manera suficiente a la población penal, a lo que se suma la falta de compromiso de los internos y el déficit presupuestario⁸⁶.

Por otro lado, respecto de aquellos que, por su edad o estado físico, debidamente acreditado mediante un certificado médico, no estén en condiciones de dar cumplimiento a este requisito o al inmediatamente anterior, la decisión de otorgar o no este beneficio recae en la figura del Presidente de la República. Esto último es cuestionable, en cuanto la edad y el estado de salud son circunstancias que no dependen del sujeto y que, por lo mismo, él no puede modificar.

En todo caso, más allá del deber del Estado de garantizar el acceso a la educación, es necesario motivar a las personas infractoras de ley para que se incorporen al sistema educativo, lo que presupone no sólo fortalecer los establecimientos ya existentes, sino que poner énfasis en la pertinencia y calidad de la oferta educativa que en ellos se ofrece.

iv) Haber estado en contacto con el Patronato de Reos durando dos años por lo menos, si es primera vez condenado, y cinco años si ha sido condenado dos o más veces, así como ser recomendado por este organismo

En la práctica, la expresión haber estado en contacto implica que se debe llevar a cabo un control de firmas que se efectúa en todo el país, a través de los Patronatos Locales de Reos, los centros de reinserción social o en unidades penales. Donde no exista Patronato de Reos, esta recomendación será hecha por la autoridad administrativa, la judicial y la de Carabineros. A pesar de que un gran porcentaje de la población que se somete a este procedimiento, lo considera sencillo, se ha podido detectar “una importante cantidad de opiniones en el sentido de que el tiempo de firma sería demasiado largo y actuaría como factor disuasivo, especialmente para los reincidentes, respecto de su interés en iniciar el trámite”⁸⁷.

v) Y, finalmente, no haber sufrido ninguna condena durante el tiempo de prueba y hasta la fecha de dictarse el decreto respectivo

c) Registros especiales

Tal como se mencionó en el apartado anterior, el estudiado decreto tiene en principio aplicación de carácter general, sin embargo, hay registros específicos que se guían, por tanto, por reglas especiales. Ellos son: el registro de inhabilidades para condenados por delitos sexuales

⁸⁵ AZÓCAR, Rodrigo, cit. (n. 81), p. 14-16.

⁸⁶ WILLIAMSON, Bernardita. Sine die. *Desafíos carcelarios para Chile*, p. 4 [visible en internet: <https://historiaydoctrinainstitucional.gendarmeria.gob.cl/upload/2019/07/22/20190722112951-934c64a1.pdf>]

⁸⁷ ESPINOZA, Olga, cit. (n. 66), p. 128.

contra menores y otras personas, el registro de violencia intrafamiliar y el registro de conductores.

i) Registro de inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y otras personas

En los últimos años, se ha evidenciado la fuerte crisis por la que atraviesa la cárcel y en consonancia con ello, se ha constatado la crisis que sufre la infancia, para lo cual se ha buscado proteger a esta desde diversas perspectivas, entre éstas la penal. En este contexto es que se dicta la Ley N° 20.594 que agrega a nuestro Código Penal la pena de inhabilitación perpetua o temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educaciones o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad. Asimismo, tiempo después se dicta la Ley N° 20.685, que agrava las penas y restringe beneficios penitenciarios en materia de delitos sexuales contra menores de edad, que modifica el artículo primero del DL 409, en cuanto incorpora al inciso segundo del mismo, lo siguiente: “cuando la persona hubiere sido condenada a la pena temporal del artículo 39 bis, de conformidad con el artículo 372, ambos del Código Penal, el derecho a que se refiere el inciso anterior sólo se podrá ejercer transcurridos diez años desde el cumplimiento de la pena, sin importar el número de condenas que dicha persona tuviere”.

A efectos de materializar este trato diferenciado, es que se crea un registro especial, dependiente del Registro General de Condenas, en el que se anotarán las personas que se encuentren inhabilitadas para ejercer funciones por haber sido condenados por delitos sexuales contra menores, según conste en sentencia judicial ejecutoriada. En la versión original, la iniciativa legislativa buscaba consagrar la publicidad de dicho registro, señalando que “[e]l registro tendrá una sección especial, accesible vía internet, denominada Inhabilitaciones impuestas por Delitos de Connotación Sexual cometidos contra Menores de Edad”⁸⁸.

A pesar de las múltiples discusiones legislativas por el choque que suponía tal inhabilidad respecto de diversos derechos fundamentales, se optó por condicionar el acceso a esta información, señalando que “cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar que se le informe o informarse por sí misma, siempre que se identifique, si una persona se encuentra afecta a la inhabilitación establecida en el artículo 39 bis del Código Penal, con el fin de contratar a una persona para algún empleo, cargo, oficio o profesión que involucre una relación directa y habitual con menores de edad o cualquier otro fin similar”. De esta manera, “se optó por suprimir la publicidad de este registro sobre la base del rechazo a la iniciativa privada en el cumplimiento de las inhabilidades y de acuerdo con los efectos estigmatizantes que pudiese causar el uso arbitrario de estos antecedentes penales”⁸⁹.

Aunque la versión final es mucho más respetuosa de los derechos al honor, privacidad y protección de datos sensibles, aun así tiene serias falencias. En esa línea, si bien se establecen dos requisitos de carácter copulativo, a saber, la identificación del requirente y que sea por motivos laborales, en la práctica no hay ningún resguardo para que esto último se verifique. De hecho, la página <https://inhabilidades.srcei.cl> no demora más de dos minutos en entregar la información relleno de ciertos campos obligatorios relacionados con la identificación del

⁸⁸ Véase, Historia de la Ley N° 20.594, preparada por la Biblioteca del Congreso Nacional, p. 6.

⁸⁹ VILLALOBOS VALLEJOS, Hugo, *Sin segundas oportunidades: el sistema de antecedentes penales en Chile* (Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2016), p. 82.

requiriente. Pero, así como existe el Registro de Inhabilidades, no existe un Registro de personas naturales o empresas que puedan acceder a esta información. Así, carece de sentido que una empresa contratista, en que no hay relación alguna con menores de edad, se valga de esta información. De manera tal que, con este vacío, se mantiene una afectación continua hacia los derechos de los egresados por este tipo de delitos.

Es por lo anterior que resulta necesario a lo menos debatir si la actual legislación no implica una tensión con la privacidad del sujeto y su derecho a reinsertarse. Y si se verifica esta tensión, saber determinar en consecuencia, si la existencia y mantención de estos registros es verdaderamente eficaz, o más bien responde a respuestas rápidas del derecho penal, que son más simbólicas que reales.

La existencia de registros utilizados para dicho efecto no es algo nuevo. Estados Unidos, con una versión mucho más punitiva y segregadora que la nuestra, lleva ya varias décadas utilizando estos mecanismos. A pesar de que los grupos de presión social cada vez piden penas más graves y una mayor publicidad sobre estos temas, a partir de los pocos estudios que se pronuncian sobre la eficacia de los registros de inhabilidades a nivel internacional, no encontraron una reducción significativa de la reincidencia debido a la notificación a la comunidad⁹⁰.

A lo anterior hay que agregar que, tanto en Chile como en otros países, v.gr España⁹¹, la tasa de reincidencia de los delincuentes sexuales es bastante baja. En Chile, por ejemplo, la tasa de reincidencia es de sólo un 13.3%, cifra que equivale a 53 personas, de esta manera la reincidencia por delitos sexuales en Chile es una de las más bajas en comparación al resto de los delitos bajo estudio⁹².

De esta manera, antes que establecer medidas que atenten contra los derechos de los egresados de recintos penitenciarios, parece más importante propiciar un cambio de paradigma y dejar de comprender a los delincuentes sexuales como degenerados imposibles de ser tratados. Si bien la existencia de este registro puede ser tranquilizador para quien tenga hijos, la verdad es que la eficacia de este tipo de registros no es sino marginal. Parece entonces que una política sería sobre este asunto sería buscar intervenir en el cumplimiento de la pena a los agresores sexuales como también ofrecer posibilidades de intervención a su salida al ambiente libre. Se debe ser conscientes de que gozan de los mismos derechos y medidas de reinserción que el resto de la población reclusa, de manera que hay que encaminar los esfuerzos a investigar formas de intervención que posibiliten la rehabilitación del agresor y garanticen la no reincidencia⁹³.

ii) *Registro de violencia intrafamiliar*

⁹⁰ MARTÍN GONZÁLEZ, Javier, *El registro central de delincuentes sexuales en España* (Trabajo Fin de Grado, Universidad Miguel Hernández, España, 2016), p. 50.

⁹¹ MARTÍN GONZÁLEZ, Javier, cit. (n. 90), p. 24. Hemos aportado las conclusiones sobre estudios de investigación llevados a cabo en centros penitenciarios españoles donde se destaca que la gran mayoría de delincuentes sexuales (94,4%) están cumpliendo condena por un solo delito sexual, por lo que hay pocos internos con antecedentes, siendo la población de delincuentes sexuales de bajo riesgo de reincidencia.

⁹² FABREGA LACOA, Jorge, MORALES PEILLARD, Ana María, MUÑOZ CORREA, Nicolás y WELSCH CHAHUÁN, Gherman. 2012. *La reincidencia en el sistema penitenciario chileno*, p. 71 [visible en internet: <https://biblioteca.cejamicas.org/bitstream/handle/2015/3301/Reincidenciaenelsistemapenitenciariochileno.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].

⁹³ GÓMEZ TABLE LÓPEZ, Erick y Juárez RÍOS, Estefany, *Criminología sexual*, en *Revista IUS* 8 (2014), p. 164.

La Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar señala, en su artículo tercero, que el Estado tiene un deber de prevención y asistencia respecto de las víctimas de violencia intrafamiliar, tomando diversas medidas en este sentido, por ejemplo, el deber de crear y mantener sistemas de información y registros estadísticos sobre violencia intrafamiliar⁹⁴. De esta forma, el legislador crea el registro de violencia intrafamiliar, el que es independiente del Registro General de Condenas⁹⁵ y por tanto no se configuran las mismas reglas, puesto que sobre estos antecedentes no cabe la eliminación sino solamente la omisión. No obstante, lo anterior aplica sólo respecto de aquellos actos de violencia que conocen los Tribunales de Familia, pues los que son conocidos por los Tribunales Penales se someten a la regulación tradicional del Registro General de Condenas.

Un aspecto bastante crítico es el hecho que el legislador ordena al Servicio Nacional de Registro Civil hacer constar en el certificado de antecedentes, las anotaciones que figuran en este registro en particular. Lo anterior, no es sino una clara manifestación de “la lógica del derecho penal del enemigo, que también se ha impuesto sobre esta materia, con pocas posibilidades de liberarnos de tal error conceptual”⁹⁶.

“Si el legislador lo que buscaba es que las posibles víctimas conocieran los antecedentes del condenado, ello no resiste análisis: los familiares no les exigen a otros familiares que les exhiban sus certificados de antecedentes para saber si han sido condenados o no por esta clase de violencia, a la vez que tampoco los convivientes o futuros cónyuges hacen tal petición para verificar los antecedentes de aquel con quien van a compartir su vida. Los mayores interesados en exigir esta clase de certificación son los futuros empleadores y no se ve la razón de por qué ellos debieran enterarse de esta clase de anotaciones”⁹⁷.

iii) Registro General de Conductores

Como ya se ha indicado, existen múltiples registros en los cuales se practican anotaciones referidas a los antecedentes penales y que mantienen cierta independencia del Registro General de Condenas. En el caso de los registros de conductores se produce un problema en cuanto nos encontramos, por un lado, aquel registro de conductores que prevé el legislador en la Ley de Tránsito y, por otro, aquellos que llevan las municipalidades⁹⁸, lo que complica la unificación sobre estos antecedentes, a pesar de que ambos registros trabajan de manera comunicada.

Para proceder a la eliminación de dichos antecedentes, hay que distinguir: Si se trata de infracciones gravísimas, se requerirá el transcurso del plazo de tres años desde la fecha de la anotación de la última infracción cometida y el pago de un monto ante el Registro Civil. Mientras que para las infracciones graves se requieren dos años desde la fecha de la anotación de la última infracción grave, y para el caso, de aquellas anotaciones que también figuren en el Registro General de Condenas, se borrarán cuando se hayan eliminado las anotaciones prontuariales.

A lo señalado hay que agregar que la Ley de Tránsito, que regula la obtención de licencias de conducir en sus diferentes clases, establece que para el otorgamiento de estas será necesario

⁹⁴ CONGRESO NACIONAL, Ley N° 20.066 artículo 3 letra f.

⁹⁵ RÍOS LÓPEZ, Cristián, *Eliminación*, cit. (n. 62), p. 66.

⁹⁶ RÍOS LÓPEZ, Cristián, *Eliminación*, cit. (n. 62), p. 66.

⁹⁷ RÍOS LÓPEZ, Cristián, *Eliminación*, cit. (n. 62), p. 68.

⁹⁸ RÍOS LÓPEZ, Cristián, *Eliminación*, cit. (n. 62), p. 72.

acreditar la idoneidad moral del postulante⁹⁹. Este requisito puede dar lugar a la solicitud del certificado de antecedentes penales, tanto en el caso de que el sujeto busque obtener licencia de conducir por primera vez, como también si busca obtener la renovación de esta. De esta forma el individuo quedaría impedido de desarrollar trabajos vinculados con la conducción de vehículos motorizados lo que podría afectar seriamente sus posibilidades de insertarse a la sociedad. Pensemos en un sujeto que previo a estar encarcelado trabajaba como operador de maquinaria transportando carga. Una vez que el sujeto salga en libertad, en el mejor de los casos podrá volver a trabajar en su área. Sin embargo, se encontrará con la imposibilidad de ejercer la única labor que conoce por mantener anotaciones prontuariales en su certificado de antecedentes¹⁰⁰.

3. *Decreto Supremo N° 64 del Ministerio de Justicia del año 1960: Reglamenta la eliminación de prontuarios penales, de anotaciones y el otorgamiento de certificados de antecedentes*

El procedimiento contemplado en el Decreto Supremo N° 64 es un trámite administrativo que se realiza ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, que debe iniciarse a petición de parte o de oficio por el Servicio del Registro Civil en los casos que procesa conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes¹⁰¹. Por otro lado, la sola solicitud para eliminar la anotación debiese bastar, de lo contrario, deberá el interesado presentar los documentos que sean necesarios para acreditar la causal de eliminación, lo que no correspondería, toda vez que son los Tribunales de Justicia quienes tienen el deber de informar sobre estas materias al Servicio de Registro Civil.

a) *Eliminación de anotaciones prontuariales*

Fuera de la posibilidad de eliminar todos los antecedentes penales, cabe también la posibilidad de eliminar solo algunas anotaciones en tanto se verifiquen las circunstancias siguientes:

Que se haya dictado sentencia absolutoria ejecutoriada, por el Tribunal de Justicia. Generalmente esta eliminación deberá practicarse de oficio, puesto que el artículo cuarto establece que los Juzgados del Crimen, hoy Juzgados de Garantía y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, tienen la obligación de comunicar al Gabinete de Identificación las sentencias absolutorias que se encuentren ejecutoriadas. Esta causal es de toda justicia puesto que “comprobada la inocencia de un procesado, resultaba de rigor que se borrara todo vestigio de la imputación que se la había hecho”¹⁰².

Que sea un sobreseimiento definitivo, con resolución ejecutoriada. Se exceptúan los sobreseimientos con causa terminada por sentencia condenatoria y cuya extinción de responsabilidad penal se funde en el cumplimiento de la condena, indulto o prescripción, otorgado por el Tribunal de Justicia. En general, se sigue la misma argumentación anterior, sólo que es necesario en este caso salvar la incongruencia de que se dicte un sobreseimiento definitivo y a la vez, sentencia condenatoria. En este sentido RÍOS LÓPEZ señala que esta aparente incongruencia se explica de la siguiente manera: “en el pasado, se hizo abuso de un subterfugio

⁹⁹ CONGRESO NACIONAL, Ley N° 19.495, artículo 13 de la Ley N° 19.495.

¹⁰⁰ Para considerar la idoneidad moral del individuo se tendrán en cuenta las anotaciones prontuariales de los cinco años previos a la solicitud por la comisión de los delitos que indica el artículo quince de la Ley de Tránsito.

¹⁰¹ RÍOS LÓPEZ, Cristián, *Eliminación*, cit. (n. 62), p. 59.

¹⁰² RÍOS LÓPEZ, Cristián, *Eliminación*, cit. (n. 62), p. 116.

legal para obtener la eliminación definitiva de los antecedentes de manera rápida y sin muchas restricciones. El mecanismo consistía en que, una vez cumplida la condena, dictado el indulto o prescrita la pena, se solicitaba en el proceso un sobreseimiento definitivo fundado en aquellas razones, y luego de su dictación, se cumplían los requisitos para la eliminación definitiva de antecedentes criminales, tal y como lo prescribía el primitivo artículo 8° letra b), del Decreto Supremo N°64, burlándose de esta manera todas las exigencias y limitantes impuestas por la normativa para las demás causales”¹⁰³.

Que exista sobreseimiento temporal ejecutoriado, basado en las causales explícitas de los números 1 y 2 del Art. 409 del Código Procedimiento Penal, por el Tribunal de Justicia.

“Esta causal resultaba lógica, toda vez que los tribunales del crimen eran reacios a sobreseer definitivamente y, en su lugar, dictaban profusamente sobreseimientos temporales cuando no se acreditaba el delito o la participación”.

Que la anotación prontuarial sea por un delito beneficiado con Ley de Amnistía, que fue otorgada por el Gobierno a través del Ministerio de Justicia.

Que el prontuario registre una anotación errónea, por el Tribunal de Justicia o Servicio de Registro Civil e Identificación.

En este caso, si por fuerza mayor comprobada fuese imposible verificar la anotación, se resolverá en conciencia.

Que se trate de faltas en que hayan transcurrido 3 años desde el cumplimiento de la condena, debiendo ser la única anotación prontuarial, en el Extracto de Filiación y Antecedentes Penales.

Tal como se señaló, solo se anotarán las faltas a la tercera condena por este tipo de infracción. Por otro lado, respecto de aquellas faltas relativas a la Ley de Tránsito, como los delitos relacionados con el manejo de un vehículo motorizado, son anotados en un registro especial, denominado “Hoja de Vida del Conductor”.

Que la persona haya sido condenada por cuasidelito, simple delito o crimen sancionado con multa o pena corporal no superior a 3 años y hayan transcurrido a lo menos 10 años de cumplida su condena, si es crimen, o más de 5 años en los casos restantes, siempre que se trate de la única anotación prontuarial, en su Extracto de Filiación y Antecedentes Penales.

En este caso deben concurrir todos los requisitos de manera copulativa. Esta norma solo tiene sentido si se toman las penas principales, ya que, si se consideraran las penas accesorias, la eliminación de antecedentes no sería siempre posible, puesto que el legislador establece que la duración de las penas accesorias puede llegar a ser perpetua. Esta es una de las vías más usadas para eliminar antecedentes penales.

Que se trate de condenas impuestas a menores de 18 años, con pena cumplida de hasta 3 años, quienes podrán eliminar la anotación inmediatamente cumplida la condena. En caso de

¹⁰³ RÍOS LÓPEZ, Cristián, *Eliminación*, cit. (n. 62), p. 117.

que la condena al menor de edad fuese superior a 3 años, se eliminará después de transcurridos 3 años y siempre que sea la única anotación¹⁰⁴.

Con independencia de si la pena es aflictiva o no, se exige para la eliminación el hecho de probar la atenuante de irreprochable conducta anterior y que se trate, por tanto, de la única anotación prontuarial. La eliminación si bien debiese practicarse de oficio, en la práctica no ocurre de esa manera, puesto que el Servicio Nacional de Menores no siempre entrega dicha información.

En todo caso, la posibilidad de que los antecedentes penales de los adolescentes se anoten en el Registro General de Condenas es un hecho, que no obstante su relevancia, no ha sido objeto de debate en el contexto de la entrada en vigencia del sistema especializado de responsabilidad penal juvenil en nuestro país. En esa línea, “la falta de debate ha generado una litigación intensa por parte de los defensores, quienes han intentado anular sentencias condenatorias en las que se consideraron los antecedentes del sistema juvenil para configurar la agravante de reincidencia”¹⁰⁵.

Para cualquiera de las circunstancias anteriormente señaladas, se requiere presentar los siguientes documentos: certificado que acredite el cumplimiento de condena, expedido por el centro de reinserción social o unidad penal en donde cumplió la condena; certificado de término de causa o copia de sentencia ejecutoriada, otorgada por los Tribunales de Justicia; certificado o comprobante que acredite el pago de la multa si fuese el caso, otorgado por los Tribunales de Justicia.

b) *Eliminación del prontuario penal*

El artículo 9° del Decreto Supremo N° 64 por su parte, señala los casos en que se eliminará un prontuario penal, y ellos son:

- i) Cuando todas las anotaciones registradas en él se hallen en algunas de las condiciones indicadas en el artículo precedente, es decir, las señaladas en el apartado anterior.
- ii) Cuando el prontuario sea favorecido con los beneficios del Decreto Ley N° 409 del año 1932.
- iii) Por muerte de la persona prontuaria.

Dicha eliminación deberá realizarla el Director General del Servicio y deberá cumplirlo mediante la destrucción material del prontuario.

b) *Certificado de antecedentes*

¹⁰⁴ En todos los casos señalados en las letras f, g y h es imprescindible que sea la única anotación que registre en el extracto de filiación y antecedentes penales. Además, se establece que el director podrá de oficio eliminar la respectiva anotación, siempre que hayan transcurridos 20 años o más desde el cumplimiento de la pena y siempre que la anotación de que se trate sea la única. En todo caso, es una facultad, no una obligación, lo que en la práctica se traduce en letra muerta. Pro-Bono. 2017. *Manual de eliminación de antecedentes penales*. [visible en internet: <http://www.probono.cl/wp-content/uploads/2017/11/Manual-Eliminacio%CC%81n-de-Antecedentes-Pro-Bono-final.pdf>].

¹⁰⁵ COUSO, Jaime, cit. (n. 56), p. 276.

Uno de los aspectos más relevantes, en términos prácticos, que regula este Decreto, es el relativo a los certificados de antecedentes, los que han sido definidos como un documento público que acredita si una persona determinada registra anotaciones judiciales en su prontuario¹⁰⁶. En todo caso, parece relevante recordar que el sistema de antecedentes penales admite no sólo la eliminación de éstos, sino que también su omisión, concurriendo determinados requisitos. De esta forma, el certificado de antecedentes no siempre nos va a permitir conocer a cabalidad todas las anotaciones judiciales que el sujeto posee, sino que más bien, nos permitirá conocer solo aquellas que no se hayan visto beneficiadas por la omisión.

En general, tal como se ha podido apreciar hasta el momento, el sistema de antecedentes penales no se encuentra unificado, ni en su eliminación, ni en su omisión, para lo cual hay que recurrir a distintas normativas. La normativa relativa a los antecedentes penales hay que relacionarla a su vez con el Decreto Ley N° 3482, en cuanto prevé la concesión de indultos, reducción de penas y eliminación de anotaciones prontuariales. En todo caso, esta última expresión utilizada por el legislador es errónea, toda vez que dichos antecedentes no se eliminan, sino que se omiten.

Para efectos de este apartado, se estudiarán en conjunto los certificados de antecedentes y la forma de omisión que el legislador prevé. Los certificados de antecedentes se pueden clasificar en cuatro tipos¹⁰⁷:

i) Certificado de antecedentes para manejar vehículos motorizados

Como ya se mencionó previamente, es posible burlar los certificados de antecedentes en el sentido de que en ellos no aparezca una copia fiel de todas las anotaciones prontuariales, sino solo aquellas que no han sido omitidas. En todo caso, en este tipo de certificados solo se podrán omitir aquellas anotaciones relativas a condenas por delitos de acción privada e infracciones hasta por dos faltas¹⁰⁸.

ii) Certificado de antecedentes para ingresar a la Administración Pública, Municipal, Semifiscal, Instituciones de Administración Autónoma, Fuerzas Armadas, Carabineros, Investigaciones y Servicio de Prisiones

La normativa antigua relativa al estatuto administrativo señalaba, en su artículo décimo primero, que para ingresar a la Administración era necesario cumplir determinados requisitos, entre estos, no estar inhabilitado para el ejercicio de funciones o cargos públicos ni hallarse condenado o procesado por crimen o simple delito. Esta mención a “procesado” debe entenderse actualmente como imputado. Esto último es a lo menos criticable pues vulnera el principio de inocencia, ya que, sin haber sido condenada por sentencia firme y ejecutoriada, la persona se ve privada por un tiempo relevante de ejercer sus labores de manera normal. Ahora bien, el artículo décimo segundo, letra f de la Ley N° 18.834 señala entre sus requisitos el hecho

¹⁰⁶ Artículo 11 del Decreto Supremo N° 64 “que reglamenta la eliminación de prontuarios penales, de anotaciones, y el otorgamiento de certificados de antecedentes” de 1960 del Ministerio de Justicia.

¹⁰⁷ Artículo 12 del Decreto Supremo N° 64 “que reglamenta la eliminación de prontuarios penales, de anotaciones, y el otorgamiento de certificados de antecedentes” de 1960 del Ministerio de Justicia.

¹⁰⁸ Artículo 13 del Decreto Supremo N° 64 “que reglamenta la eliminación de prontuarios penales, de anotaciones, y el otorgamiento de certificados de antecedentes” de 1960 del Ministerio de Justicia.

de no estar inhabilitado para el ejercicio de funciones o cargos públicos, ni hallarse condenado por delito que tenga asignada la pena de crimen o simple delito.

Si bien la normativa se modificó, igualmente se pueden burlar los requisitos, puesto que el Director General del Registro Civil podrá ordenar que se omitan anotaciones prontuariales relativas a condenas por delitos de acción privada o cuasi delitos. Podrá, asimismo, ordenar que se omitan de este tipo de certificados las anotaciones por delitos de acción pública que hayan sido indultados de la pena y de la accesoria de inhabilitación para desempeñar oficios o cargos públicos; e infracciones hasta por tres faltas.

iii) Certificado de antecedentes para fines especiales, los que contendrán copia íntegra del prontuario penal del solicitante y que se otorgan cuando leyes especiales o reglamentos exijan tomar conocimiento de la conducta anterior del postulante a fin de postular a algún tipo de beneficio

Algunos ejemplos de estos certificados son los que se solicitan para hacer ingreso a las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Gendarmería y a la Policía de Investigaciones. Sobre este punto, la Ley N° 20.084 dispone para los adolescentes la omisión inmediata de todas las condenas, salvo en los certificados que se emitan para las instituciones anteriormente identificadas. En este mismo sentido, la ley que regula las penas sustitutivas señala que las omisiones que se practiquen carecerán de efectos para el ingreso a las Fuerzas Armadas, Gendarmería y a otras instituciones a fines.

iv) Certificado de antecedentes para fines particulares

Son aquellos que no tienen una finalidad determinada y constituyen la puerta de acceso a una mayor cantidad de vulneraciones de derechos fundamentales, puesto que en este tipo de certificados se facilita la posibilidad de burlar la confidencialidad y secretismo que debiesen mantener dichas anotaciones, a fin de resguardar la dignidad de la persona y otras garantías, como el honor y la privacidad.

Sobre estos, el legislador señala a propósito de la omisión, que el Director General podrá ordenar que se omitan anotaciones relativas a condenas por toda clase de delitos, exceptuándose de dicho beneficio las condenas por algunos delitos sexuales, tales como los tipificados en los artículos 361 n°3, 365, 366, 367, 390, 391 n°1, 433, 475, 475 del Código Penal y los delitos contra la seguridad exterior del Estado y contra la soberanía de este. Además de aquellos cuya pena no haya sido mayor a los tres años de presidio, que hayan pasado más de cinco años desde la condena y que sea la única anotación prontuarial. Hasta el momento, todas las formas de omisión que se han mencionado en las clasificaciones anteriores son de carácter administrativo. A pesar de ello, existen otras formas de omisión que se estudiarán a continuación.

El Decreto Ley N° 3.482 fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico como una norma de carácter excepcional, con una existencia transitoria, en cuanto solo beneficiaba a ciertas personas que, a la fecha de su dictación, es decir, septiembre del año 1980, habían cometido determinados delitos. Sin embargo, tal como lo reconoce RÍOS LÓPEZ, el artículo noveno del referido decreto está redactado con caracteres de norma permanente, lo que la hace plenamente aplicable. Este artículo señala que se procederá a la omisión de antecedentes penales, concurriendo los siguientes requisitos:

- a. Que se trate de anotaciones de faltas o simples delitos.
- b. Que la pena no haya sido mayor a los tres años de presidio.
- c. Que hayan pasado más de cinco años desde la condena.
- d. Que sea la única anotación prontuarial.

A pesar de lo anterior, se recomienda optar por el mecanismo de omisión que contempla el artículo 21 de la Ley N° 19.628 sobre protección de datos de carácter personal, en cuanto prohíbe a los organismos públicos comunicar información relativa a sentencias condenatorias cuando estén cumplidas o prescritas. Para la procedencia de este mecanismo de omisión solamente es necesario que la pena impuesta en la sentencia definitiva esté cumplida o prescrita. De esta forma, quien cumple satisfactoriamente una condena, podrá solicitar la omisión de esta inmediatamente, con el certificado de cumplimiento de la condena ante el Servicio de Registro Civil e Identificación.

Resulta relevante mencionar también que la ley N°18.216 que contempla penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad contempla en su artículo 38 un mecanismo de omisión de antecedentes penales. En este sentido, en su inciso primero, dispone que la imposición por sentencia ejecutoriada de alguna de las penas sustitutivas establecidas en la comentada ley tiene mérito suficiente para la omisión en los certificados de antecedentes penales. Siempre que no hubiese sido condenado previamente por crimen o simple delito, salvo que nos encontremos en el supuesto del inciso segundo del mencionado artículo, es decir que las condenas por crimen o simple delito estén cumplidas con una anterioridad de 10 o 5 años respectivamente, antes de la comisión del nuevo ilícito. Como último elemento relevante a mencionar, se indica que el presente mecanismo no aplica.

III. ANÁLISIS CRÍTICO

Tal como se mencionó en el capítulo primero, la sistematización y registro de antecedentes penales surgió en su momento como una forma de auxiliar a los tribunales de justicia en la toma de sus decisiones, a fin de determinar correctamente la pena. Pero al poco andar, se concluye -de forma acertada- que los antecedentes penales no solo actúan como un mecanismo de apoyo para los tribunales de justicia, sino que también operan como un medio de exclusión social, desvirtuándose, por tanto, los efectos para los que fueron regulados. Por ello es que en este capítulo se procederá a realizar un análisis crítico sobre estas funciones que cumplen los antecedentes penales, y que se mantienen, en general, hasta la eliminación de los mismos.

1. *Antecedentes penales como mecanismo para determinar la concurrencia de alguna circunstancia modificatoria de responsabilidad penal*

La naturaleza de los antecedentes penales es en principio auxiliar, en la medida en que la sistematización, registro y custodia de estos, no surge sino como una necesidad de ayudar a los tribunales de justicia a la hora de tomar diversas decisiones, como por ejemplo, la procedencia o no de una medida cautelar, como es el caso de la prisión preventiva en que el propio legislador ha mencionado ha hecho mención a ciertas circunstancias que permiten entender que la libertad personal del imputado constituye un peligro de la sociedad, y se menciona expresamente el hecho

que el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena. La relevancia de los antecedentes penales no termina allí, sino que también es un elemento relevante a la hora de considerar la aplicación de alguna pena sustitutiva, tal como se desprende de los artículos 4º, 8º, 10º y 15º de la Ley N° 18.216 que continuamente hace referencia a expresiones como antecedentes personales o conducta anterior.

Sin perjuicio de lo anterior, evidentemente la mayor relevancia de los antecedentes penales viene dada por su protagonismo a la hora de aplicar las reglas de determinación de la pena, que son aquellas que fijan “la naturaleza, la magnitud y el modo de ejecución de una pena en tanto consecuencia jurídica impuesta sobre una persona responsable de un hecho jurídico-penalmente delictivo”¹⁰⁹. De esta forma, los antecedentes vienen a señalar si concurre o no alguna de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal indicadas por la ley, como la irreprochable conducta anterior, por un lado, y la reincidencia, por otro.

Las circunstancias modificatorias de responsabilidad, cuyas reglas de aplicación y ponderación de las mismas se encuentran establecidas a partir del artículo 62 del Código Penal, “consisten en un hecho, relación o dato concreto, que el legislador tiene en cuenta para los efectos de graduar la responsabilidad”¹¹⁰. Ahora bien, los componentes fácticos no siempre están relacionados con la conducta delictiva, sino que, tal como lo menciona RODRÍGUEZ COLLAO, en muchos casos están constituidos por una situación o relación preexistente al delito, o incluso posterior a él y, en general, por cualquier antecedente que tenga la virtud de traducir los propósitos de concreción de la responsabilidad penal¹¹¹.

El punto central de la discusión se enmarca en aquellas circunstancias modificatorias que bajo el criterio de clasificación de intrínseca o extrínseca, pertenecen a este último grupo. Es decir, aquellas que no guardan relación con el hecho punible, debiendo, por tanto, quedar descartadas para cumplir de forma irrestricta con el principio de culpabilidad¹¹². Estas son, en definitiva, la irreprochable conducta anterior y la reincidencia, ambas presentes en nuestro Código Penal original.

Si bien nadie controvierte la legalidad de tales circunstancias, sí es discutible su legitimación en la actualidad.

a) *Irreprochable conducta anterior*

En los primeros años de vigencia del Código Penal, esta atenuante no atrajo mayores problemas respecto de su aplicación, siendo necesario para su concurrencia que el sujeto no hubiese estado previamente privado de libertad. Sin embargo, con el tiempo se han verificado distintas discusiones relativas a su fundamentación, como también respecto de su aplicación, en especial respecto del carácter de “muy calificada” que le entrega el artículo 68 del Código Penal

¹⁰⁹ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. 2009. *Informe en derecho: ¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de responsabilidad penal?* en Departamento de Estudios Defensoría Penal Pública (2009) p. 2 [visible en internet: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/3767-2.pdf>].

¹¹⁰ CEREZO, José, *Derecho penal español. Parte general* (Madrid, Tecnos, 2005), p. 104.

¹¹¹ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 36 (2011) 1, p. 406.

¹¹² MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad*, en *Revista de Derecho (Valdivia)* 28 (2015) 2, p. 229.

lo que ha provocado que la misma no sea unánime y haya originado críticas por su poca uniformidad¹¹³.

Respecto de su fundamentación, hay diversas posturas. En primer lugar, algunos que consideran que la consagración de dicha atenuante actúa como beneficio respecto de aquellos sujetos que han sido respetuosos de los preceptos legales, y que por primera vez incurren en una actuación de significación reñida con ella¹¹⁴. De este modo, la atenuante se justificaría porque si la conducta ha sido irreprochable, se puede suponer que la comisión del delito obedeció a circunstancias extraordinarias que obraron en el sujeto¹¹⁵. Así, en conclusión, para este sector, se trata de premiar y valorar un comportamiento anterior de acatamiento al ordenamiento jurídico.

Mientras que, por otro lado, nos encontramos con posturas como la de FUENSALIDA o NOVOA MONREAL, quienes han señalado, respectivamente, que el hecho de cometer un delito por vez primera no puede modificar de forma favorable el acto de la comisión¹¹⁶, y que “en la apreciación de la irreprochabilidad de la conducta deben considerar factores como el ambiente en que vive el individuo y su grado cultural. No se puede exigir lo mismo al individuo culto que actúa en medios socialmente favorables, que al que está sumido en la miseria y no ha logrado una educación mínima”¹¹⁷. A lo anterior NOVOA MONREAL suma el hecho de que, con la consagración de esta atenuante, se abre paso a la consideración de la personalidad del sujeto¹¹⁸, lo que acarrea una peligrosidad evidente al incorporar elementos del derecho penal de autor por sobre uno de actos.

Por otro lado, otros han optado por legitimar esta atenuante en la proporcionalidad que opera como principio de las ciencias penales. Así, por ejemplo, KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER ha optado por dicho principio como forma de justificar la irreprochable conducta anterior, como también lo ha hecho la Corte de Apelaciones de Santiago, que según dicho autor, ha razonado de la siguiente manera: “con el fin de evitar un castigo que en el contexto del ordenamiento penal resulte desproporcionado, y en ese sentido contrario a la razón, procede calificar la atenuante de la irreprochable conducta anterior, rebajando por esa vía en un grado la pena aplicable”¹¹⁹.

Sin embargo, NÁQUIRA RIVEROS, quien en principio también opta por justificarla a partir de la idea de la proporcionalidad, en virtud del principio de congruencia se retracta y prevé que se debería excluir toda consideración a la personalidad del delincuente que ello importa, con independencia de si eso genera o no un beneficio para el imputado, puesto que se considerarían hechos pasados que no encuentran vinculación alguna con el delito cometido¹²⁰.

¹¹³ RÍOS RÍOS, María Paz, *La atenuante de irreprochable conducta anterior en el nuevo sistema procesal penal entre los años 2004 y 2011* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2012), p. 250.

¹¹⁴ ORTIZ QUIROGA, Luis y ARÉVALO CUNICH, Javier, *Las consecuencias jurídicas del delito* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2013), p. 385.

¹¹⁵ CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal parte general* (7ª Edición, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005), p. 490.

¹¹⁶ FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias y Comentarios del Código Penal* (Lima, Editorial IMP Comercial, 1883), p. 90.

¹¹⁷ NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de derecho penal, parte general* (3ª Edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003) II, p. 31-32.

¹¹⁸ NOVOA MONREAL, Eduardo, cit. (n. 117) II, p. 32.

¹¹⁹ KÜNSEMÜLLER, Carlos, *La conducta anterior al delito*, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales* 9 (2007) p. 124.

¹²⁰ NÁQUIRA, Jaime, cit. (n. 24).

Pese a todas las críticas que se pueden formular contra dicha atenuante por incorporar a nuestro Código Penal manifestaciones propias de un derecho penal de autor, de buscar una justificación para la permanencia de esta circunstancia, debe considerarse que la consagración de esta atenuante responde al ejercicio de una decisión político criminal y que es concordante con una concepción de la pena desde el punto de vista de la prevención especial positiva¹²¹. Puesto que el hecho de que sea la primera condena implica una menor necesidad de resocialización, en cuanto el sujeto no ha hecho aún del delito un estilo de vida, lo que tornaría innecesaria la aplicación de la pena en todo su rigor¹²², debiendo considerar la pena, a lo menos: la magnitud de la lesión del bien jurídico, la intensidad del reproche y la nocividad social del comportamiento¹²³. Por tanto, de esta manera se incorpora a dicha legitimación, no solo en principio de proporcionalidad, sino que también el principio de reinserción y de necesidad.

b) *Reincidencia*

Mayores son las dificultades que se han presentado a fin de justificar la agravante de la reincidencia, la cual, por diversos factores que se pasarán a explicar, atraviesa una crisis de legitimidad y, por lo tanto, la consideración de los antecedentes penales de los sujetos para estos efectos debiese estar totalmente excluida.

En términos generales, la reincidencia no es otra cosa que “el hecho de volver a cometer un delito después de haber sido condenado anteriormente por el mismo o por otro delito”¹²⁴. En términos prácticos, se traduce en una agravación de la pena por el hecho de haber delinquirido con anterioridad el sujeto, que incluso puede llegar a ser determinante a la hora de entregar beneficios penitenciarios.

A la hora de fundamentar su consagración nos encontramos con dos posturas. En primer lugar, aquellos que justifican dicha agravante y, por otro lado, quienes consideran que, a pesar de su conservación a lo largo de la historia, existe una manifiesta falta de acuerdo en torno a su fundamento y su naturaleza, lo que pone en duda su coherencia con diversos principios¹²⁵.

En primer lugar, nos encontramos con aquél sector minoritario en la doctrina que a partir de los fines de la pena, en especial la prevención especial, justifica la existencia de esta agravante. Ya que la pena impuesta por el delito anterior, es decir, la sanción inicial, no fue suficiente para desanimar al sujeto de volver a delinquir¹²⁶ y, por consecuencia, hay una mayor peligrosidad en el agente, naciendo la necesidad de defender a la sociedad mediante el aumento de las penas y el aislamiento del sujeto en cuestión. Así también, pero en menor medida, se ha justificado por la

¹²¹ GARCÉS ASENJO, Urania, *Análisis dogmático y jurisprudencial: la irreprochable conducta anterior* (Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2016), p. 9.

¹²² TABILO GONZÁLEZ, Paola, *Análisis dogmático y jurisprudencial de la atenuante de irreprochable conducta anterior del delincuente* (Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2009), p. 77.

¹²³ GARCÉS, Urania, cit. (n. 121), p.12.

¹²⁴ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal parte general* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999) II, p. 30.

¹²⁵ CRUZ MARQUEZ, Beatriz. 2011. *La circunstancia agravante de reincidencia en el derecho penal juvenil*, en *Revista de Estudios Jurídicos* (2011) 11, p. 1-2 [visible en internet: <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/644>].

¹²⁶ SANHUEZA, Daniela, *Análisis jurisprudencial de la reincidencia impropia y quebrantamiento* (Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, Santiago, 2015), p. 7.

vía de la *doble lesión*, lo que implicaría que el daño del delito es inmediato pero también político, ofendiendo al orden público y provocando una alarma social¹²⁷.

Sin embargo, tal como lo señala ZAFFARONI los análisis señalados, acarrear una serie de consecuencias que no son posibles de justificar, sin que ello implique una aceptación del derecho penal autoritario que abre las puertas a conceptos espurios y peligrosos para todas las garantías penales¹²⁸.

El argumento de la doble lesión es fácilmente rebatible. En primer lugar, porque no hay bien un jurídico adicionalmente protegido, sino una construcción de este, consistente en la voluntad del Estado, lo que constituiría una suerte de doctrina de la seguridad nacional, consolidando un derecho penal que está lejos de ser liberal¹²⁹. Por un lado, esta alarma social no es tal cuando la información es manejada por los jueces y el entorno jurídico próximo y, por otro lado, “no hay reglas jurídicas que prohíban ser reincidente, ni peligrosos, y aquellas normas que proteger la seguridad del Estado, no dicen relación con la reincidencia como agravante, sino que resultan ser tipos penales legalmente establecidos”¹³⁰.

De otro lado, justificar dicha agravante en el sentido de que la sanción inicial no fue suficiente para desanimar al sujeto por lo que se requiere volver a castigarlo y con mayor gravedad es, a lo menos, contrario a la lógica. Lo más seguro es que el hecho de que la primera condena no haya sido suficiente no fue debido al mayor o menor tiempo por el cual la persona cumplió dicho castigo, sino más bien por la naturaleza propia de la condena. En este sentido, CURY URZÚA considera que “el fracaso de la primera pena induce a sospecha no sólo que ella pueda haber sido insuficiente, sino también que acaso por su naturaleza sea inidónea para lograr la resocialización del reconvicto”¹³¹. A esto último, se agrega la argumentación de MIR PUIG en cuanto señala “(...) una menor capacidad de resistencia frente al delito (menor culpabilidad) en quien ha pasado por la experiencia carcelaria”¹³².

Y, por último, en tercer lugar, consagrar dicha agravante a costa de la peligrosidad del sujeto no es sino renunciar al derecho penal del acto e incorporar a nuestra legislación manifestaciones propias del derecho penal de autor. En este sentido, ZAFFARONI señala que “cuando el discurso jurídico-penal pretende legitimar la sanción al hombre por lo que es y no por lo que hizo, quiebra un principio fundamental del derecho penal de garantías, que es la intangibilidad de la conciencia moral de la persona, sustentada con igual fuerza con argumentos racionales y religiosos (...)”¹³³. Así, según dicho autor, la reincidencia como agravante se encuentra totalmente deslegitimada para efectos de determinar la pena.

En realidad, ambas circunstancias modificatorias se encuentran deslegitimadas, la reincidencia por carecer de sustento argumentativo suficiente que permita encuadrarse en la concepción de un derecho penal liberal, y la irreprochable conducta anterior por incorporar, al igual que la reincidencia, manifestaciones propias de un derecho penal de autor, el que “(...)

¹²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. 2016. *Reincidencia*, en *Revista electrónica pensamiento penal* (2016), p. 2 [visible en internet: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43850-reincidencia>].

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Reincidencia*, cit (n. 127), p.7.

¹²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Reincidencia*, cit (n. 127), p.7.

¹³⁰ SANHUEZA, Daniela, cit. (n. 126).

¹³¹ CURY, Enrique, *Derecho penal*, cit. (n. 115), p. 506.

¹³² MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal parte general* (9ª edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2011), p. 641.

¹³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Reincidencia*, cit. (n. 127), p. 9.

parece ser producto de un desequilibrio del juicio crítico deteriorante de la dignidad humana de quienes lo padecen y también de quienes lo practican”¹³⁴. Podría pensarse que las manifestaciones de un derecho penal de autor que incorpora la irreprochable conducta anterior no son graves, en cuanto constituyen un beneficio para la persona. Sin embargo, la verdad es que ello implica igualmente abrir paso a un ejercicio de poder autoritario y que pone en riesgo todo el resto de la teoría de los derechos humanos desde que el Estado se atribuye el derecho de juzgar el ser de los hombres¹³⁵.

Sin embargo, es evidente que las decisiones políticas y legislativas no están preocupadas de proteger un derecho penal de acto, sino todo lo contrario. A lo anterior hay que sumar el hecho de que, en términos generales, la sociedad no apoyaría los principios penales iluministas¹³⁶ en los que se funda el rechazo a las circunstancias anteriormente señaladas. De manera que, para llegar a una solución, aunque sea transitoria, habría que considerar otros argumentos que no pueden ser dejados de lado.

Como ya se ha mencionado en innumerables ocasiones, es evidente la estrecha relación que existe entre los antecedentes criminales y las circunstancias modificatorias antes descritas. Sin embargo, es necesario recordar que estas circunstancias modificatorias no tienen una duración indefinida, sino que en general sus efectos, antes de ser permanentes, son transitorios.

Respecto de la irreprochable conducta anterior no hay norma expresa que zanje este asunto. Mientras que para un sector de la doctrina la voz “anterior” implica que la persona haya mantenido una conducta irreprochable a lo largo de su vida, existe un acuerdo mayoritario a nivel doctrinal en el sentido que dicho concepto deberá ser vinculado con el caso individual. Por ejemplo, carece de sentido considerársele a un hombre maduro cometidos en su juventud¹³⁷.

En el caso de la reincidencia, el carácter transitorio se desprende textualmente a partir del artículo 104 del Código Penal, de forma tal que el efecto agravatorio que la ley concede a la reincidencia cesa a los cinco años tratándose de simples delitos y a los diez tratándose de crímenes. En este mismo sentido, el haber transcurrido cinco años o diez años, desde la comisión del último delito, permite afirmar que no existe una persistencia a delinquir, por lo que consecuentemente los efectos negativos, que generalmente producen los antecedentes penales respecto de la irreprochable conducta anterior, deberían perecer, no justificándose por tanto, la mantención de dichos antecedentes, recalcando nuevamente que estos surgen únicamente con este objeto, y que la creación del DL 409 no es sino la más clara evidencia de que la función primitiva de los antecedentes, en lo fáctico, se ha tergiversado.

2. *Antecedentes penales como mecanismo de exclusión social*

Como ya se ha evidenciado, el aparato penal en su conjunto ha sido utilizado sistemáticamente para encarcelar, estigmatizar y producir una serie de efectos perniciosos respecto de los condenados, en especial en relación con aquellos que cumplen penas privativas

¹³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal parte general* (2ª Edición, Argentina, Editorial Ediar, 2014), p. 50.

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugenio, *Reincidencia*, cit. (n. 127), p. 8.

¹³⁶ BARRIGA, Omar, FUENTEALBA, Pablo y LARRAÍN, Beatriz *¿Adhiere la ciudadanía a los principios del derecho penal y procesal penal? El caso del Gran Concepción*, en *Revista Política Criminal* 13 (2018) 25, p. 256.

¹³⁷ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, parte general* (Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 2010), p. 96.

de libertad. Estos efectos perniciosos no se evidencian únicamente en la etapa de cumplimiento de la pena, sino que se extienden a etapas posteriores a estas.

Chile, a diferencia de otros países de la región, no tiene un tratamiento acabado de lo post penitenciario, siendo su desarrollo más bien incipiente. A pesar de lo anterior, hay instrumentos internacionales que nuestro país ha ratificado y que, por tanto, a partir del artículo 5 inciso 2 de nuestra Constitución se entienden incorporados a nuestro ordenamiento, entre los cuales destacan: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como también las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos.

El primero de dichos instrumentos, en su artículo 1º, señala que el “régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. Mientras que respecto del segundo instrumento destaca la regla 58, en cuanto señala que “el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino que también sea capaz de hacerlo”. Pero la regla más importante es la 64 que, por su parte, dispone que “el deber de la sociedad no termina con la liberación del recluso. Se deberá disponer, por consiguiente, de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al recluso puesto en libertad una ayuda post penitenciaria eficaz que tienda a disminuir los perjuicios hacia el y le permitan readaptarse a la comunidad”. De esta manera, es evidente que el rol de lo post penitenciario es permitir la disipación de la pena y sus efectos¹³⁸.

Sin embargo, el mecanismo de eliminación de antecedentes penales se ha demostrado incapaz de materializar las aspiraciones antes señaladas, no solo por lo extenso y agotador de su procedimiento, sino porque también existe una desconfianza respecto del proceso de eliminación de antecedentes. En ese sentido, se ha señalado que el registro criminal no se elimina para todos los efectos legales como lo señala el DL, sino que continúa estando presente en otras instituciones¹³⁹. Mientras que, respecto de la omisión de antecedentes penales, que es por naturaleza transitoria, existe un profundo desconocimiento o falta de interés de optar a este beneficio por considerarlo inútil¹⁴⁰.

Como consecuencia de la falta de un sistema postpenitenciario adecuado, se verifican una serie de vulneraciones respecto de los derechos fundamentales de las personas que, cumpliendo una pena, se siguen viendo afectadas por los efectos perniciosos y estigmatizantes de la pena. Tales efectos pueden ser sistematizados en relación con las siguientes temáticas:

a) *Vivienda y antecedentes penales*

La vivienda, incluso antes de que la persona se encuentre privada de libertad, es una de las áreas de conflicto más importante, puesto que mientras algunos nunca han tenido un hogar otros, teniéndolo en su momento, a raíz del proceso de desvinculación que genera la cárcel, han

¹³⁸ VILLAGRA, Carolina, cit. (n. 39), p. 25.

¹³⁹ VILLAGRA, Carolina, cit. (n. 39), p. 163.

¹⁴⁰ VILLAGRA, Carolina, cit. (n. 39), p. 164.

salido al ambiente libre sin contar con un lugar donde vivir, lo que acrecienta el riesgo inminente de caer en la indigencia y comisión de nuevos delitos¹⁴¹.

Lo anterior se complica aún más, si consideramos que los certificados de antecedentes que emanan del Registro Civil obstaculizan el acceso a una propiedad. La mayoría de las corredoras de propiedades, así como la mayoría de quienes arriendan sus inmuebles de forma directa lo hacen solicitando un certificado de antecedentes, y figurando los hechos ilícitos en aquél, la obtención de una vivienda se hace a lo menos difícil.

En este mismo sentido, se verifica otra vulneración al derecho a la vivienda de dichas personas, toda vez que incluso para optar a viviendas sociales se solicita dicha información. Este es el caso de las viviendas sociales instaladas en la Comuna de Las Condes, particularmente en la conocida “Rotonda Atenas”, lugar en que se llegó al acuerdo de solicitar certificado de antecedentes a todos los miembros de la familia que postularan, a fin de asegurar la “paz” de los vecinos y para que los cupos fuesen utilizados por personas “honestas”¹⁴², lo que claramente es una manifestación del profundo estigma que se crea sobre quienes cometieron algún delito.

b) *Salud y antecedentes penales*

A pesar de que no fue posible encontrar muchos datos estadísticos sobre este punto, en un estudio de VILLAGRA se arriba a la conclusión de que muchas personas refirieron haber recibido tratos poco dignos en servicios médicos donde se tenía conocimiento de su calidad de egresado carcelario, lo que consistió en reticencias e incluso en negativas a atención¹⁴³.

c) *Derechos políticos y antecedentes penales*

En la actualidad la participación en el ejercicio del poder político a través de elecciones periódicas sigue sin configurarse como derecho, sino más bien como privilegio, considerando que a lo largo de la historia ha existido un importante sector de la población que se ha encontrado excluido, v.gr, las personas pobres, las mujeres y las personas privadas de libertad o que, en su momento, cumplieron pena aflictiva. A pesar de ostentar este carácter privilegiado, la noción de ciudadanía que nos entrega el derecho a voto es considerada como uno de los elementos centrales de un Estado que se hace llamar democrático, de manera tal que la exclusión de determinados grupos no es algo que debiese pasar inadvertido.

A pesar de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumento que se encuentra ratificado por nuestro país, prescribe en su artículo 25 que todos los ciudadanos gozarán sin distinciones y restricciones indebidas de los derechos políticos, la verdad es que hay un gran sector de la población que no puede votar, ya sea por problemas fácticos de coordinación entre Gendarmería y el Servicio Electoral del Chile, como también por el hecho de haber perdido la ciudadanía.

¹⁴¹ VILLAGRA, Carolina, cit. (n. 39), p. 44.

¹⁴² Emól, *En la rotonda Atenas: El 95% será para vecinos de la comuna y pedirán certificado de antecedentes*, 19 de julio de 2018 [visible en internet: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/07/19/913916/Edificio-en-la-rotonda-Atenas-El-95-sera-para-vecinos-de-la-comuna-y-pediran-certificado-de-antecedentes.html>].

¹⁴³ VILLAGRA, Carolina, cit. (n. 39), p. 25.

La razón, una vez más, para excluir a este grupo de personas se encuentra lejos de ser respetuosa del principio de proporcionalidad. Al contrario, el excluir a gran parte de las personas privadas de libertad de sus derechos políticos es una medida que no es necesaria, ni idónea y mucho menos proporcional en el sentido estricto de la palabra, sino que se funda meramente en la “indignidad” de ejercer dicha función electoral¹⁴⁴.

La ciudadanía, tal como lo dispone el artículo 17 de nuestra Carta Política, puede perderse por diversas razones, entre ellas, por condena a pena aflictiva como también por condena por delitos que la ley califica como conducta terrorista, y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva. Dicho cuerpo legal, señala, en todo caso, que quienes la hayan perdido por condena a pena aflictiva podrán recuperarla de conformidad a la ley, una vez que se haya extinguido la responsabilidad penal. Sin embargo, no hay ley que se encargue de regular cómo recuperar la ciudadanía. Por tanto, la recuperación de la ciudadanía no es automática, no se verifica cumplida la pena, sino una vez que el interesado que ha cumplido su condena, así lo demuestre y solicite expresamente su reinscripción frente al Servicio Electoral de Chile, además de atravesar un engorroso y extenso proceso frente al Congreso en caso de haber sido condenado por delitos relativos al tráfico de estupefacientes o conductas terroristas.

Lo anterior es un claro ejemplo de la poca disposición de la comunidad política en general, por sumar a estos sectores excluidos a la discusión nacional. En ese sentido, si bien el procedimiento que se sigue ante el Servicio Electoral busca impedir una afectación del derecho a recuperar la ciudadanía, la verdad es que es a lo menos cuestionable que durante 38 años no se haya presentado ninguna iniciativa legislativa en el sentido de hacer este proceso más expedito y sencillo para las personas que deseen recuperar dichos derechos políticos. Respecto de esto último, y desde un punto de vista preventivo especial, se ha señalado que la mantención de la ciudadanía y del derecho de sufragio de quienes han cometido delito, ayudaría en su reinserción¹⁴⁵. En definitiva, y tal como lo señala MAÑALICH RAFFO “[s]i la Constitución chilena niega la calidad de ciudadano al sujeto a quien se impone una pena privativa o restrictiva de libertad de duración superior a tres años, la Constitución hace inviable la construcción de un derecho penal del ciudadano. Y la alternativa a un derecho penal del ciudadano es, inevitablemente un derecho penal del enemigo”¹⁴⁶.

d) *Adopción y antecedentes penales*

La adopción en nuestro país y en general, en todos aquellos países que han ratificados tratados internacionales como la Convención de Derechos del Niño, ha sido entendida no como una cuestión de derechos individuales o de pareja, sino más bien como un tema de idoneidad, no existiendo, por tanto, el derecho a adoptar, sino más bien existe una obligación de los poderes públicos que intervienen en aras de seleccionar a quienes pueden proteger adecuadamente los intereses de los menores desamparados. Sin embargo, es relevante considerar si dichos factores realmente inciden en la idoneidad que tienen los potenciales padres adoptivos o si responden

¹⁴⁴ Actas comisión Ortuzar. 1974 [Visible en internet: https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_II_Comision_Ortuzar.pdf].

¹⁴⁵ BARROS DAHER, Natalia y MATTHEI SCHACHT, Elisabeth, *El derecho de sufragio de los privados de libertad en establecimientos penitenciarios: un análisis desde la perspectiva de las restricciones constitucionales y fácticas para su ejercicio*, (Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2017), p. 58

¹⁴⁶ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *Pena y ciudadanía*, en *Revista de Estudios de la Justicia* 6 (2005) p. 76.

más bien a estigmas que nada tienen que ver con la capacidad de los mismos, como su homosexualidad o haber tenido antecedentes penales.

En este contexto, a partir del Oficio N° 028-366, el presidente Sebastián Piñera incorpora al proyecto de ley de adopción el requisito de que los postulantes deban acompañar certificado de antecedentes en los que se verificará si tienen o no registros penales. En principio, se podría pensar que dicha obligación de acompañar documentos está relacionada con la idoneidad que ha de ser exigida a quienes aspiran a adoptar, en especial cuando se trata de antecedentes por delitos cometidos contra menores de edad. Sin embargo, es posible descartar inmediatamente que ese haya sido el espíritu de la normativa, toda vez que existe un registro especial para dichos efectos, que es de acceso público y que, por otro lado, se solicita acompañar varios otros documentos, tendientes a acreditar la idoneidad del o los sujetos. De manera tal debe entenderse, tal como lo señaló Gonzalo Blumel en la última cuenta pública, que de existir dichos antecedentes penales, estos operarán como mecanismos de exclusión¹⁴⁷. Considerar lo anterior sin matices es nuevamente una evidente manifestación del gran estigma al que diariamente se ven enfrentados quienes tienen antecedentes penales. Pensemos en una mujer que a sus 18 años cometió una serie de delitos de poca relevancia, como hurtos. 10 años después, ya alejada de aquellos hábitos y contando con todas las capacidades para poder entregar cuidado a un niño, niña o adolescente se le niega esa posibilidad por hechos de su pasado que en nada inciden en su presente.

e) *Trabajo y antecedentes penales*

La gran mayoría de los estudios sobre reinserción, han planteado que uno de los elementos más relevantes a fin de lograr la incorporación del sujeto en el ambiente libre es el trabajo. Dicha apreciación no pertenece únicamente al ámbito académico, sino que también es compartida por aquellos que han sufrido las penas, concluyendo que “la capacitación o formación que se inicie en la cárcel y continúe hasta la colocación laboral en el medio libre aparece como una poderosa herramienta para la reintegración”¹⁴⁸.

Sin embargo, el acceso al trabajo una vez que se encuentran en el ambiente libre se ve limitado por dos obstáculos: el certificado de antecedentes penales y la reproducción del orden social existente, lo que atenta contra los fines propios del DL 409.

El acceso a la capacitación laboral y empleo penitenciario, más que un derecho, se configura como un privilegio que se otorga por buena conducta, tipo de delito, tiempo de reclusión, entre otros, de manera que un sector muy minoritario accede a dichos beneficios¹⁴⁹. Pero dichos privilegios se enfrentan a otros problemas, los que se siguen del hecho de que al interior de la cárcel se reproduce el orden social existente y sus desigualdades. En esa línea, la cárcel no está organizada en torno a oficios o profesiones claramente definidos, sino alrededor de habilidades específicas y con poca vinculación entre sí. De esta, una de las principales críticas que se formula respecto de las capacitaciones es “la escasa conexión y utilidad entre los contenidos y habilidades

¹⁴⁷ Economía y negocios, El Mercurio, *Adopción: ministros reiteran que no habrá discriminación, pero que decisión será de juez*, 04 de junio de 2018. [visible en internet: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=475011>].

¹⁴⁸ VILLAGRA, Carolina, cit. (n. 39), p. 133.

¹⁴⁹ CÁRDENAS, Ana. 2012. *El trabajo penitenciario en Chile* (2012) p. 102 [visible en internet: <http://www.icsoc.cl/wp-content/uploads/2012/01/TRABAJO-PENITENCIARIO-EN-CHILE-versi%C3%B3n-final-v2.pdf>].

aprendidos, con las necesidades y vínculos con el mercado laboral externo”¹⁵⁰. Pareciera, por tanto, que la cárcel reconoce el hecho de que son pocas las posibilidades de que las personas con antecedentes penales puedan acceder a trabajos formales y por ello, los prepara para subsistir a partir de trabajos informales como la carpintería, las manualidades y artesanías. A esta dificultad se suma el hecho de que en las certificaciones se consigna que han sido emitidas por Gendarmería, lo que devela, a pesar de que omitan o eliminen los antecedentes, la procedencia del sujeto.

Si la capacitación y el empleo se consideraban un privilegio, la posibilidad de acceder al trabajo se constituye como un privilegio aún mayor. Es una práctica común en los países de la región solicitar certificado de antecedentes penales, tanto respecto del empleo público como del privado. Esto provoca una colisión entre dos derechos, el derecho de propiedad del que se desprende la facultad de mando y control del empleador y, por otro lado, la intimidad del trabajador, cuando se exige conocer los antecedentes penales de este¹⁵¹. Debiendo ceder, por tanto, la privacidad frente a derechos como la intimidad, la igualdad ante la ley, libertad al trabajo y la no discriminación.

A pesar de que la Dirección del Trabajo ha señalado que dichos antecedentes solo podrán solicitarse cuando sea respecto de un trabajo determinado y cuya información sea indispensable, es evidente que en la práctica se solicita con independencia de la labor que deban cumplir. Esta actitud de los particulares se ve reforzada por la conducta del Estado, el que solicita dichos antecedentes a fin de ingresar a la Administración Pública, lo que resulta contraproducente y dificulta bastante lograr la inserción de estos sujetos.

Y, finalmente, respecto de los privilegiados que pudieron acceder a trabajos asalariados a pesar de sus certificados de antecedentes, “refirieron que esta situación fue utilizada por los empleadores en contra de sus derechos laborales y dignidad como trabajadores, buscando pagarles menos, evadir beneficios laborales, o bien, recordándoles siempre su proveniencia carcelaria”¹⁵².

f) *Migración y antecedentes penales*

Frente a los diversos grupos de presión que claman por mayor seguridad, se ha tomado una serie de medidas populistas, en especial cuando se trata de criminalizar a personas inmigrantes, en donde se verifica una discriminación interseccional, en primer lugar, por haber cometido un delito y, en segundo lugar, por ser foráneo. En este contexto, no son pocos los países que buscan cerrar sus fronteras y permitir el ingreso solo respecto de aquellos que no hayan cometido delitos, lo que implica una vulneración de los derechos de los ex penados, afectando consecuentemente una serie de garantías, especialmente si se toma en consideración el hecho de que ya cumplieron sus penas.

“¿Por qué entonces vemos como natural que a las personas se le impida ejercer la libertad de tránsito que establecen todas las Constituciones de países democráticos y un número considerable de tratados internacionales de derechos humanos?, ¿por qué subordinamos el

¹⁵⁰ VILLAGRA, Carolina, cit. (n. 39), p. 141.

¹⁵¹ UGARTE CATALDO, José Luis, *Privacidad, trabajo y derechos fundamentales*, en *Estudios Constitucionales* 9 (2011) 1, p. 27.

¹⁵² VILLAGRA, Carolina, cit. (n. 39), p. 147.

ejercicio de dicha libertad al cumplimiento de requisitos que son notablemente discriminatorios?¹⁵³

Así, el derecho penal del enemigo se abre cada vez más paso, produciendo en este caso un efecto discriminatorio interseccional, en donde concurre elementos como la pobreza, el racismo y el pasado criminal. Es bastante cuestionable, en todo caso, el hecho de que la autoridad que está diseñada a efectos de aplicar la normativa sobre extranjería no realiza un análisis prudencial sobre el asunto. A modo de ejemplo, se puede señalar el caso de la deportación de una persona de nacionalidad colombiana, quien cometió un delito hace más de 10 años, pagó por él, nunca reincidió e intentó hacer una nueva vida en nuestro país, lo que se tornó imposibilitado por el hecho de mantener antecedentes criminales¹⁵⁴.

En definitiva, aunque suele pensarse que la mantención de antecedentes penales afecta solamente el derecho al trabajo, la verdad es que sus efectos negativos se expanden sobre una serie de derechos fundamentales. De esta forma, la idea de que la pena solo priva a la persona de su libertad es una quimera, tanto en el cumplimiento de la pena como en las etapas posteriores de la misma, puesto que a partir de los datos anteriormente señalados se ha podido verificar que existe una suerte de estigmatización en todos los aspectos de la vida social de las personas que en su momento se vieron expuestas a una sanción punitiva.

CONCLUSIÓN

La seguridad ciudadana se ha transformado en un elemento indispensable a la hora de analizar políticas públicas. Esta noción, que ha tomado gran parte de las conversaciones diarias, gracias principalmente a la labor de los medios de comunicación, ha influenciado la técnica legislativa, consolidando en los últimos años un derecho penal populista pero que en nada cambia la percepción de los ciudadanos, sino que más bien perpetúa este binarismo entre ciudadanos sujetos de derechos por un lado, y aquellos privados de libertad por el otro. Lo anterior no ha contribuido sino a crear un clima hostil para quienes buscan insertarse en una sociedad que continuamente los rechaza.

El aparato estatal ha puesto el énfasis en la idea de reinserción, la cual no ha logrado consolidarse especialmente en el área postpenitenciario, y más aún en la eliminación de antecedentes penales. Este mecanismo no ha logrado convocar el interés de la doctrina, por una parte, lo que se puede explicar fácilmente por la dispersión normativa existente, y tampoco ha logrado consolidarse como una herramienta eficaz para integrar a las personas en la sociedad, en cuanto solo pueden acceder a este “beneficio” un número reducido de personas privadas de libertad.

En definitiva, los programas de reinserción en sus diferentes espacios de cumplimiento, a pesar de ser denominados como “exitosos” por la prensa, tienen un impacto marginal y se han

¹⁵³ CARBONELL, Miguel. Sine die. *Derecho a migrar*. p. 62 [visible en internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2975/7.pdf>]

¹⁵⁴ El Mercurio, *La pesadilla de un colombiano deportado*, 13 de octubre de 2018 [visible en internet: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=512466>]

limitado a reinsertar a la sociedad a personas que generalmente estuvieron insertas en ella, en que la comisión de delitos ha sido más bien una etapa transitoria o accidental.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la mantención de estos antecedentes, se puede señalar primeramente su naturaleza auxiliar a los tribunales de justicia en el proceso de determinación de la pena, verificando la concurrencia o no de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que se constatan a través del certificado de antecedentes penales, tales como reincidencia y la irreprochable conducta anterior. Evidentemente, la mantención de estos antecedentes penales con las consecuencias que ello acarrea constituye una manifestación de un derecho penal de autor, la que atendido el panorama local parecen difícil de eliminarse.

Por otro lado, los antecedentes penales actúan como un mecanismo de exclusión social. En este sentido, se ha podido concluir que fuera de lo que naturalmente se piensa, la imposibilidad de eliminar antecedentes penales no afecta solo el derecho al trabajo, sino que afecta una serie mucho más extensa de garantías o derechos.

Así, finalmente no se ve otra solución que la desaparición de los antecedentes penales, en cuanto su permanencia en nuestro sistema no viene sino a contradecir los principios que informan a la disciplina penal y vienen a perpetuar los efectos nocivos de la pena.

BIBLIOGRAFÍA

ARTÍCULOS, LIBROS Y MANUALES

AGUIRRE, Katherine y MUGGAH, Robert. 2018. *Citizen Security in Latin America: Facts and Figures* [visible en internet: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Citizen-Security-in-Latin-America-Facts-and-Figures.pdf>].

AHUMADA, Héctor y GRANDÓN, Pamela, *Significados de la reinserción social en funcionarios de un centro de cumplimiento penitenciario*, en *Revista Psicoperspectivas* 14 (2005) 2.

AZOCAR, Rodrigo, LEYTON, Jorge, SANTIBAÑEZ, María Elena y SANHUEZA, Guillermo. 2018. *El trabajo de las personas privadas de libertad en Chile: hacia la reinserción social y laboral*, en *Centro de Políticas Públicas UC* 13 (2018) 104 [visible en internet: <https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2018/04/El-trabajo-de-las-personas-privadas-de-libertad-en-Chile.pdf>].

BARRIGA, Omar, FUENTEALBA, Pablo y LARRAÍN, Beatriz. *¿Adhiere la ciudadanía a los principios del derecho penal y procesal penal? El caso del Gran Concepción*, en *Revista Política Criminal* 13 (2018) 25.

BARROS DAHER, Natalia y MATTHEI SCHACHT, Elisabeth, *El derecho de sufragio de los privados de libertad en establecimientos penitenciarios: un análisis desde la perspectiva de las restricciones constitucionales y fácticas para su ejercicio* (Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2017).

BUENO ARÚS, Francisco, *La cancelación de antecedentes penales* (Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2006).

BUSTOS, Juan, *Seguridad Ciudadana y Seguridad Jurídica*, en *Revista Nuevo Foro Penal* 12 (2006) 70.

CABRERA, Pedro, *Cárcel y Exclusión*, en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales* 35 (2002).

CÁLIX, Álvaro, *La Falacia de más policías, más penas y más cárceles: el problema de la inseguridad y el castigo desde una visión alternativa*, en *Revista Nueva Sociedad* 208 (2007).

CARBONELL, Miguel. Sine die. *Derecho a migrar* [visible en internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2975/7.pdf>] Fecha de la consulta: 08 de diciembre de 2018.

CÁRDENAS, Ana. 2012. *El trabajo penitenciario en Chile* [visible en internet: <http://www.icso.cl/wp-content/uploads/2012/01/TRABAJO-PENITENCIARIO-EN-CHILE-versi%C3%B3n-final-v2.pdf>]. Fecha de la consulta: 08 de diciembre de 2018.

CARRANZA, Elías, *Política criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal*, en *Revista Nueva Sociedad* 116 (1991).

CEREZO, José, *Derecho penal español. Parte general* (Madrid, Tecnos, 2005).

COUSO, Jaime y DUCE, Mauricio, *Juzgamiento penal de adolescentes* (Santiago de Chile, Lom Ediciones, 2013).

CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, *La circunstancia agravante de reincidencia en el derecho penal juvenil*, en *Revista de Estudios Jurídicos* (2011) 11.

CUNEO, Silvio, *El Encarcelamiento Masivo, Análisis particular del caso chileno* (Tesis Doctoral, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2015).

CUNEO, Silvio, *La Cárcel Moderna, una crítica necesaria* (Valparaíso, Editorial UV, 2017).

CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal parte general* (7ª Edición, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005).

DAMMERT, Lucía, *Violencia Criminal y Seguridad Ciudadana en Chile* (Santiago, Cepal-Serie Políticas Sociales, 2005).

DAVID, Valeska. 2010. *Entrevista a Mónica Maldonado. Las condiciones carcelarias en Chile* 6 [visible en internet: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/11494>].

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. 2004. *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 6 (2004) 3 [visible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>] Fecha de la consulta: 08 de diciembre de 2018.

DURÁN, Mario, *Justificación y Legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional*, en *Revista Política Criminal* 4 (2009) 8.

DURÁN, Mario, *Teorías absolutas de la pena: Origen y fundamentos: Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual*, en *Revista de Filosofía* 67 (2011).

EMPERATRIZ ARREAZA, María, *Las dos caras de la defensa social*, en *Revistas Científicas y Humanistas* 4 (2015).

ESPINOZA, Álvaro; Ferrada, Débora; Valenzuela, Eduardo. 2012. *Informe final de evaluación programas de rehabilitación y reinserción social*, [visible en internet: http://www.dipres.gob.cl/597/articles-141210_informe_final.pdf] Fecha de la consulta: 08 de diciembre de 2018.

ESPINOZA, Olga y MARTÍNEZ Fernando, *Políticas de reinserción postpenitenciarias. Eliminación de antecedentes penales en Chile*, en *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad* 1 (2007).

ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal parte general* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999) II.

FABREGA LACOA, Jorge; Morales Peillard, Ana María, Muñoz Correa, Nicolás y Welsch Chahuán, Gherman. 2012. *La reincidencia en el sistema penitenciario chileno*, p. 71 [visible en internet: <https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/3301/Reincidenciaenelsistemapenitenciariochileno.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].

FERNÁNDEZ, Pedro, *Código Penal de la República de Chile, explicado y concordado* (Santiago de Chile, Editorial Barcelona, 1899).

FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias y Comentarios del Código Penal* (Lima, Editorial IMP Comercial, 1883).

FUENTES, Juan. 2005. *Los Medios de comunicación y el Derecho Penal*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 7 (2005) 16 [visible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>] Fecha de la consulta: 08 de diciembre de 2018.

Fundación Paz Ciudadana, *Análisis del proyecto de agenda corta anti delincuencia*, 2016, p. 6 [visible en internet: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/prevencion-del-delito/analisis-del-proyecto-de-agenda-corta-anti-delincuencia/>] Fecha de la consulta: 04 de diciembre de 2018.

Fundación Paz Ciudadana, 2015, *Exclusión social en personas privadas de libertad. Resultados preliminares*, p. 30 [visible en internet: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/estudio-sobre-exclusion-social-en-personas-privadas-de-libertad-resultados-preliminares>]. Fecha de la consulta: 02 de noviembre de 2018.

GARCÉS ASENJO, Urania, *Análisis dogmático y jurisprudencial: la irreprochable conducta anterior* (Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2016).

GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, parte general* (Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 2010).

GÓMEZ TABLE LÓPEZ, Erick y Juárez Ríos, Estefany, *Criminología sexual*, en *Revista IUS* 8 (2014).

GUZMÁN, Patricia, *La Política criminal y la función preventiva de la sanción penal*, en *Revista Justicia de la Universidad Simón Bolívar* 14 (2008).

KÜNSEMÜLLER, Carlos, *La conducta anterior al delito*, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales* (2007) 9.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad*, en *Revista de Derecho Valdivia*, 28 (2015) 2.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *Pena y ciudadanía*, en *Revista de Estudios de la Justicia* (2005) 6.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito* (4ª Edición, Madrid, S.L Civitas Ediciones, 2005).

MAPELLI CAFFARENA, Borja. 2014. *Ejecución de pena privativa de libertad: una mirada comparada*. [visible en internet: <http://www.dpp.cl/resources/upload/01d8a118d566a949045857080adbcffb.pdf>].

MARTÍN GONZÁLEZ, Javier, *El registro central de delincuentes sexuales en España* (Trabajo Fin de Grado, Universidad Miguel Hernández, España, 2016).

Ministerio de Justicia Gobierno de Chile. 2017. *Políticas públicas de reinserción social 2017* [visible en internet: https://www.reinsercionsocial.gob.cl/media/2018/02/Pol%C3%ADticas_P%C3%BAblicas_Reinserci%C3%B3n_Social_2ed2017.pdf].

MIRANDA, Daniela, *Caracterización de los usuarios en proceso de eliminación de antecedentes prontuarios de la comuna de Talcahuano* (Tesis para optar al título profesional de Trabajadora Social, Universidad del Bio-Bio, 2016).

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal parte general* (9ª edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2011).

MORALES PEILLARD, Ana María, *La política criminal contemporánea: influencia en Chile del discurso de la ley y el orden*, en *Revista Política Criminal* 7 (2012).

NÁQUIRA, Jaime, IZQUIERDO, Cristóbal y VIAL, Paula. 2008. *Principios y penas en el derecho penal chileno*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 10 (2008) [visible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>] Fecha de la consulta: 08 de diciembre de 2018.

NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de derecho penal, parte general* (3ª Edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003) II.

NÚÑEZ, José, *Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del constitucionalismo garantista y dignitario*, en *Revista Política Criminal* 4 (2008) 8.

ORTIZ QUIROGA, Luis y Arévalo Cunich, Javier, *Las consecuencias jurídicas del delito* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2013).

RÍOS LÓPEZ, Cristián, *Eliminación y omisión de antecedentes penales* (2ª Edición, Santiago de Chile, Editorial el Jurista, 2015).

RÍOS RÍOS, María Paz, *La atenuante de irreprochable conducta anterior en el nuevo sistema procesal penal entre los años 2004 y 2011* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2012).

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (2011) 36.

SANHUEZA, Daniela, *Análisis jurisprudencial de la reincidencia impropia y quebrantamiento* (Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, Santiago, 2015).

SHERMAN, Andrés, *Consumo de Noticias y Temor al delito en Chile*, en *Estudios Sobre el Mensaje Periodístico* 19 (2013) 1.

STIPPEL, Jörg, *Cárcel, Derecho y Política* (Santiago, Lom Ediciones, 2013).

SUBIJANA, Ignacio. 2005. *El Juez en la ejecución de las penas privativas de libertad*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 7 (2005) 11 [visible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-11.pdf>] Fecha de la consulta: 08 de diciembre de 2018.

TABILO GONZÁLEZ, Paola, *Análisis dogmático y jurisprudencial de la atenuante de irreprochable conducta anterior del delincuente* (Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2009).

TSUKAME, Alejandro, *El rol de los medios de comunicación en la construcción de discursos en “la guerra contra la delincuencia juvenil” en Chile (1990-2016)*, en *Revista Latinoamericana* 15 (2016) 44.

UGARTE CATALDO, José Luis, *Privacidad, trabajo y derechos fundamentales*, en *Estudios Constitucionales* 9 (2011) 1.

VILLAGRA, Carolina, *Hacia una Política post penitenciaria en Chile* (Santiago, RIL Editores, 2008).

VILLALOBOS VALLEJOS, Hugo, *Sin segundas oportunidades: el sistema de antecedentes penales en Chile* (Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2016).

WILLIAMSON, Bernardita. *Desafíos carcelarios para Chile* [visible en internet: <https://historiaydoctrinainstitucional.gendarmeria.gob.cl/upload/2019/07/22/20190722112951-934c64a1.pdf>] Fecha de la consulta: 07 de diciembre de 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal parte general* (2ª Edición, Argentina, Ediciones Ediar, 2006).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. 2016. *Reincidencia*, en *Revista electrónica pensamiento penal* (2016) [visible en internet: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43850-reincidencia>] Fecha de la consulta: 08 de diciembre de 2018.

FUENTES NORMATIVAS

Código Penal de Chile.

Código Penal de España.

Constitución Política de la República de Chile.

Decreto N° 518.

Decreto N° 949.

Decreto Ley N° 509.

Decreto Ley N° 545.

Decreto Ley N° 2.859.

Decreto Ley N° 3.482.

Decreto Supremo N° 64.

Ley N° 18.216.

Ley N° 18.834.

Ley N° 19.495.

Ley N° 19.628.

Ley N° 20.066.

Ley N° 20.084.

Ley N° 20.494.

Ley N° 20.685.

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

OTRAS FUENTES

Actas Comisión Ortuzar. 1974 [Visible en internet: https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_II_C_omision_Ortuzar.pdf].

BBC, *Estas son las 50 ciudades más violentas del mundo (y 42 están en América Latina)*, 7 de marzo de 2018 [visible en internet: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43318108>].

Cooperativa, *Corrupción: Gendarme mejoró los antecedentes de un reo a cambio de 500 mil pesos*, 16 de marzo de 2018 [visible en internet: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/gendarmeria/corrupcion-gendarme-mejoro-los-antecedentes-de-un-reo-a-cambio-de-500/2018-03-16/154459.html>].

Economía y negocios, El Mercurio, *Adopción: ministros reiteran que no habrá discriminación, pero que decisión será de juez*, 04 de junio de 2018. [visible en internet: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=475011>].

El Andino, *funcionario de gendarmería de la cárcel de Los Andes manipuló certificado de conducta para que recluso obtuviera el beneficio de la libertad vigilada*, 15 de marzo de 2018 [visible en internet: <https://www.elandino.cl/funcionario-de-gendarmeria-de-la-carcel-de-los-andes-manipulo-certificado-de-conducta-para-que-recluso-obtuviera-el-beneficio-de-la-libertad-vigilada/>].

El Mercurio, *La pesadilla de un colombiano deportado*, 13 de octubre de 2018 [visible en internet: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=512466>].

Emol, *Chile es el país sudamericano con mayor tasa de personas en prisión*, 24 de enero de 2013 [visible en internet: <https://www.emol.com/noticias/nacional/2013/01/24/580734/chile-es-el-pais-con-mayor-tasa-de-personas-en-prision-en-sudamerica.html>].

Emol, *En la rotonda Atenas: El 95% será para vecinos de la comuna y pedirán certificado de antecedentes*, 19 de julio de 2018 [visible en internet: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/07/19/913916/Edificio-en-la-rotonda-Atenas-El-95-sera-para-vecinos-de-la-comuna-y-pedirán-certificado-de-antecedentes.html>].

Gendarmería de Chile, Unidad de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, *Manual derechos humanos de la función penitenciaria* [visible en internet: https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/ddhh/Archivos_Adicionales/MANUAL_DDHH_GE_NCHI_FINAL.pdf] Fecha de la consulta: 08 de noviembre de 2018.

Instituto Nacional de Estadísticas Chile. 2018. *XIV Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana* [visible en internet: https://www.ine.cl/docs/default-source/seguridad-ciudadana/publicaciones-y-anuarios/2017/s%C3%ADntesis-de-resultados---xiv-enusc-2017.pdf?sfvrsn=776bb3d1_2].

La Tercera, *Cárceles y el problema de la reinserción*, 20 de junio de 2016 [visible en internet: <https://politicaspublicas.uc.cl/opinion/carceles-y-el-problema-de-la-reinsercion/>].

La Tercera, *Un 7% de los reos está en centros de trabajo y educación de Gendarmería*, 02 de febrero de 2016 [visible en internet: <https://www.latercera.com/noticia/un-7-de-los-reos-esta-en-centros-de-educacion-y-trabajo-de-gendarmeria/>] Fecha de la consulta: 08 de diciembre de 2018.

Pro-Bono. 2017. *Manual de eliminación de antecedentes penales*. [visible en internet: <http://www.probono.cl/wp-content/uploads/2017/11/Manual-Eliminacio%CC%81n-de-Antecedentes-Pro-Bono-final.pdf>] Fecha de la consulta: 06 de diciembre de 2018.