



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE PREGRADO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

SIN SEGUNDAS OPORTUNIDADES:

EL SISTEMA DE ANTECEDENTES PENALES EN CHILE

Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales

HUGO VILLALOBOS VALLEJOS

Profesor guía: Gonzalo Medina Schulz

Santiago, Chile

2016

I bet there's rich folks eating in a fancy dining car
They're probably drinkin' coffee and smoking big cigars.

Well I know I had it coming, I know I can't be free

But those people keep a movin'

And that's what tortures me...

Folsom Prison Blues

Johnny Cash

Agradecimientos:

Agradezco a la Defensoría Penal Pública, en especial a Claudia Vergara Soto y el resto del equipo que integra la Unidad de Estudios de la Defensoría Regional Metropolitana Norte, por abrirme las puertas al mundo penitenciario y permitir mi desarrollo y aprendizaje en esta área. Al profesor Gonzalo Medina Schulz por su ejemplar disposición para supervisar el desarrollo de esta memoria. A la ONG LEASUR y a su director, y amigo personal, Carlos Sánchez Rossi, por generar espacios de discusión y apoyo para la elaboración de este proyecto. A Miguel Schürmann Opazo por sus observaciones a esta investigación y aportes bibliográficos. A Camila Bosch Cartagena, por su constante apoyo y optimismo durante el largo desarrollo de esta investigación. Su compañía me entregó la energía necesaria durante esta etapa, además de sus valiosos aportes a la estructuración de la memoria. Mi gratitud especial a Isabel Arriagada Gajewski quien, a pesar de la distancia, siempre estuvo presente con sus incontables consejos intelectuales, metodológicos y bibliográficos, a los que debo el resultado final de este trabajo.

En especial a mi familia, mis hermanos Ariel y Benjamín y a mis padres, Jaqueline y Hugo, a quienes no solo agradezco el invaluable apoyo, paciencia, y motivación para realizar esta memoria, sino que a ellos les dedico la consecución de este logro.

Resumen:

El presente trabajo aborda la actividad registral del Estado y su vinculación con el sistema penal. Para ello, la investigación se centra en la distinción de tres sistemas que, considerados en conjunto, conforman el sistema de antecedentes penales en Chile. El primero de ellos lo constituye el *sistema registral*, el cual anota en el prontuario respectivo todas las sentencias condenatorias definitivas y ejecutoriadas sobre toda clase de delitos que recaigan sobre un individuo determinado. A su vez, estas anotaciones contenidas en el Registro General de Condenas, pueden ser modificadas por una serie de normas que contemplan distintas hipótesis para que los usuarios tengan la opción de eliminar u omitir los antecedentes penales a través de los mecanismos establecidos por la normativa vigente en Chile, y que conforman el *sistema de eliminación y omisión*. Finalmente, la tercera fase corresponde al *sistema de distribución*, compuesto por las vías de comunicación establecidas por ley para quienes quieran acceder a la información contenida en el Registro General de Condenas.

Sin embargo, la eficacia y necesidad de este sistema de antecedentes penales es cuestionada cuando, con ocasión del registro y distribución de antecedentes, el titular de dicha información es objeto de actos discriminatorios a nivel laboral, social y económico como resultado del uso que ciertos individuos de la sociedad hacen de los antecedentes penales. Así, los antecedentes penales se convierten en un currículum vitae negativo en quienes, incluso una vez cumplida sus condenas penales, buscan reintegrarse a la sociedad. Desde un punto de vista teórico, se analiza la relación que existe entre la pena como la potestad del Estado de irrogar un mal ante el quebrantamiento culpable de una norma penal, y los antecedentes penales como la extensión injustificada de esa irrogación de un mal a etapas posteriores a la ejecución de la pena.

Tabla de Contenidos:

Introducción.....	1
Capítulo I: El sistema registral penal.....	6
1. La actividad registral.....	6
1.1 El principio de publicidad.....	7
1.2 Principio de seguridad jurídica.....	8
1.3 Principio del control de la autoridad.....	9
2. La actividad registral penal.....	10
2.1 Modelo norteamericano.....	11
2.2 Modelo argentino.....	15
2.3 Conclusiones sobre el análisis comparado.....	18
3. Sistema registral penal en Chile.....	20
3.1 Servicio de Registro Civil e Identificación.....	20
3.2 Registro General de Condenas.....	21
3.3 Situación especial: El registro de Inhabilidades para ejercer funciones en ámbitos educativos con menores de edad.....	30
3.4 Situación especial: El sistema de búsquedas de causas por RUT del Poder Judicial.....	31
3.5 Conclusiones.....	33
Capítulo II: El sistema de eliminación y omisión de antecedentes penales.....	35
1. Consideraciones previas.....	35
1.1 Prontuario Penal.....	36
1.2 Certificado de antecedentes.....	38
2. Legislación nacional sobre eliminación y omisión de antecedentes penales.....	44
2.1 Decreto Ley N° 409 que establece normas relativas a los reos (18 de agosto de 1932).....	44
2.2 Decreto Supremo N° 64, de Justicia, Sobre Prontuarios Penales y Certificados de Antecedentes (27 de enero de 1960).....	49
2.3 Ley N° 20.603 que modifica a la Ley N° 18.216 sobre Medidas Alternativas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad (14 de mayo de 1983).....	52
2.4 Ley N° 19.628 Sobre Protección de la Vida Privada (28 de agosto de 1999).....	56

2.5 Ley N° 19.902 que modifica la Ley de Tránsito para permitir la eliminación de anotaciones en el Registro Nacional de Conductores de Vehículos Motorizados (9 de octubre de 2003).	59
2.6 Ley N° 19.962 que dispone la eliminación de ciertas anotaciones prontuariales (25 de agosto de 2004).	60
2.7 Ley N° 20.084 sobre la responsabilidad penal de los adolescentes (7 de diciembre de 2005).	61
2.8 Conclusiones.....	61
Capítulo III: El sistema de distribución de antecedentes penales.....	66
1. Consideraciones previas sobre el uso de antecedentes penales.....	66
2. Particulares y los antecedentes penales.	67
2.1 La discriminación a particulares con antecedentes penales.....	68
2.2 El uso de antecedentes penales en el ámbito laboral.....	68
3. La masificación y diversificación del uso de los antecedentes penales.....	71
3.1 La era digital y el acceso a los antecedentes penales.....	71
3.2 La demanda en el uso de los antecedentes penales.....	72
3.3 Efectos de la masificación del uso de los antecedentes penales.....	73
4. El derecho al olvido.....	75
4.1 El derecho al olvido en el sistema europeo continental.....	75
4.2 El derecho al olvido en el sistema norteamericano.	77
4.3 ¿Derecho al olvido en Chile?.....	78
4.3.1 La ley N° 19.628 y el derecho al olvido.....	78
4.3.2 El Decreto Ley N° 645 y el derecho al olvido.....	80
4.3.4. Jurisprudencia en Chile sobre el derecho al olvido.....	82
4.3.5 El derecho al olvido y el uso de antecedentes penales.....	84
Capítulo IV: Consideraciones sobre la pena y antecedentes penales.....	88
1. Reflexiones elementales.	88
2. Noción de «pena».	89
2.1 La «pena» como la irrogación de un mal.....	89
2.2 La «pena» como expresión de desaprobación.....	90
2.3 La «pena» como expresión ante un comportamiento previo y defectuoso.....	92
3. Los antecedentes penales y la pena. La inclusión normativa y expresiva de los antecedentes penales.....	95
3.1 La irrogación de un mal en los antecedentes penales.	96
3.2 La expresión de desaprobación en los antecedentes penales.	97

3.3 El comportamiento previo y defectuoso en los antecedentes penales.	98
3.4 La conservación de los antecedentes penales.	99
4. La irrogación de un mal post penitenciario.....	101
4.2 Una ¿legítima? afectación a los derechos fundamentales.....	107
4.3 El principio de proporcionalidad.....	108
4.4 ¿Proporcionalidad en el registro de antecedentes penales?.....	110
Conclusiones.	123
Bibliografía.	128

Introducción.

La imposición de una sentencia penal condenatoria y su posterior ejecución constituyen la materialización del reproche efectuado a quien expresa, mediante su comportamiento, que la norma que prohíbe ese comportamiento no vale para él¹. En consecuencia, la utilización del derecho penal en general, y la imposición de una pena en particular se justifican desde un punto normativo-reactivo, que sanciona aquellos hechos que expresan una falta de reconocimiento de la norma que rige a la comunidad y que –de no ser punitivamente cancelada– valdría². Pero el reproche penal tiene como consecuencia directa no solo la aplicación una pena, sino también el registro de este reproche en los antecedentes del condenado, lo que deriva en una restricción al normal desempeño del individuo en sociedad, incluso una vez finalizado el periodo de ejecución de la pena³. En efecto, la pena constituye una poderosa forma de degradación del estatus del condenado que sigue funcionando incluso después de que el individuo haya pagado su «deuda» y, por ende, los antecedentes penales se muestran como una duradera e indefinida afectación al estatus social de la persona⁴. Si «pena», en sentido jurídico, significa la irrogación de un mal como desaprobación de un comportamiento previo y defectuoso⁵, ¿de qué manera justificamos el daño irrogado al ofensor una vez que ya ha cumplido de manera satisfactoria su condena, mediante la conservación de sus antecedentes penales?

Previo a la presentación estructural del trabajo, es necesario realizar distintas prevenciones metodológicas. El contexto entregado por el ejercicio del poder punitivo estatal antes esbozado, nos permite adelantar dos bases sobre las que descansa esta investigación. Primero, los antecedentes penales en Chile son el resultado de una relación compleja de actividades en torno a las cuales convergen distintas normas e instituciones. En este sentido, la imposición de una sentencia penal condenatoria solo es el punto de partida de los antecedentes penales debido a que, por mandato legal, el Estado registra todas las sentencias condenatorias en el Registro General de

¹ MAÑALICH, Juan Pablo. 2005a. Pena y ciudadanía. *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 6, p. 64.

² MAÑALICH, Juan Pablo. 2010c. Retribución como coacción punitiva. *Derecho y humanidades*, vol. 1, no 16, p. 50.

³ MARTÍNEZ MERCADO, Fernando. 2008. Asistencia postpenitenciaria en Chile: diagnóstico de la oferta pública. *Ril Editores*, p. 44.

⁴ SCHWARTZ, Richard D.; SKOLNICK, Jerome H. 1962. Two studies of legal stigma. *Social Problems*, vol. 10, no 2, p. 133 y siguientes.

⁵ KINDHAÜSER, Urs. 2010. Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal. *Derecho y Humanidades*, vol. 1, no 16, p. 31.

Condenas⁶. Sin embargo, estos antecedentes no se eliminan al cumplir la sentencia, sino que el fin de la fase de ejecución de penas es solo uno de múltiples requisitos que habilitarían al individuo para accionar mecanismos legales e institucionales con el fin de eliminar u omitir esta información. La importancia de establecer medios que permitan rectificar la información contenida en el Registro General de Condenas se explica en que los antecedentes penales, como dato de información almacenado de un registro, pueden ser distribuidos a distintos actores a través de certificados en donde consta la existencia de sentencias condenatorias penales. En consecuencia, es posible identificar un sistema encargado de registrar, de eliminar y omitir, y de distribuir los antecedentes penales. Esto implica que un análisis integral sobre los antecedentes penales deba abarcar estas distintas actividades que, en su conjunto, conforman el sistema de antecedentes penales en Chile. Segundo, respecto de los antecedentes penales, es posible atribuirles dos efectos⁷. Uno asociado su efecto jurídico en el proceso de adjudicación, como circunstancia agravante o atenuante de la responsabilidad penal al momento de individualizar, judicialmente, la cuantía de la pena. Y otro relacionado con su efecto estigmatizante en la etapa post penitenciaria, que opera como una barrera infranqueable en materia de inserción laboral, familiar y social. Esta investigación se centra en las consecuencias post penitenciarias de los antecedentes penales y los efectos negativos que se derivan de su condición estigmatizante, como barreras para la inserción laboral, social y familiar de la persona en etapas posteriores a la ejecución de la pena. No obstante ello, el efecto jurídico de los antecedentes penales no será obviado del todo puesto que, tal como señalé, los antecedentes penales son el resultado de una actividad compleja que debe analizarse en conjunto con el ejercicio del ius puniendi y también cuando este concluye. Tercero, a propósito del primer capítulo de esta investigación sobre el sistema registral penal, resulta necesario abordar la relación que existe entre el derecho a la vida privada y los antecedentes penales dado que la información contenida en el Registro General de Condena es objeto de regulación de acuerdo a la ley N° 19.628 sobre protección a la vida privada. Empero, en esta ocasión no me ocuparé de la naturaleza que subyace a la protección jurídica de la vida privada, pero sí se abordará en lo pertinente a los antecedentes penales. Cuarto, los antecedentes penales, como un conjunto de actividades complejas, no solo poseen una cierta propiedad estructural reconocible en atención a las distintas funciones de registrar, rectificar o

⁶ Decreto Ley N° 645, art. 3.

⁷ La distinción de estos dos efectos de los antecedentes penales es una consideración hecha por el investigador. Esto no quiere decir que solo existan dos efectos asociados a los antecedentes penales, sino que se pretende sistematizar sus efectos para plantear al lector los objetivos investigativos del trabajo.

distribuir su contenido, sino que a ello es posible atribuir un importante contenido doctrinario que subyacen a esta actividad. Durante el trabajo se harán consideraciones relativas a la autodeterminación informativa, como criterio orientador en materia de protección a la vida privada-antecedentes penales; al derecho al olvido, como principio innovador que amplía el círculo de protección de la vida privada desde una perspectiva informativa, en consideración al contexto de la era digital y difusión en medios de comunicación en la actualidad; y a la función expresiva de la pena y los límites al ejercicio punitivo estatal en la afectación de derechos fundamentales de una persona. Bajo consideraciones metodológicas, el escenario analítico ideal era abarcar en una primera parte el contenido teórico y dogmático de los antecedentes penales para luego desarrollar el análisis práctico de su funcionamiento. Sin embargo, la eminente naturaleza normativa en las actividades de registrar, rectificar y distribuir antecedentes penales implica una abundancia de terminología específica que el lector puede desconocer previo a esta investigación. Por ello, los aspectos teóricos en el análisis de antecedentes penales se incluyen de manera paulatina en el desarrollo del trabajo, en la medida que los conceptos terminológicos y normativos entregados lo permitan.

En cuanto a la estructura del trabajo, el primer capítulo de la investigación se centra en explicar en qué consiste la actividad registral y cuáles son los principios que la doctrina le ha atribuido a esta labor pública. La selección de principios escogidos en este trabajo tiene como fundamento un análisis ulterior de la actividad registral penal como categoría especial dentro de la actividad registral, la cual ha experimentado variadas formas de desarrollo, como se verá en el análisis a la realidad comparada de Estados Unidos y Argentina, con el objetivo de evidenciar las diferencias entre un modelo registral penal anglosajón y otro continental. Finalmente, se abordará el análisis especial del sistema registral penal en Chile, a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación el cual, en su Registro General de Condenas, registra y conserva todas las sentencias penales condenatorias definitivas y ejecutoriadas por delitos. Sin embargo, como todo registro, el tratamiento de esta información está sujeto a estrictas condiciones de privacidad y distribución de información lo que implica analizar la relación que surge entre el derecho a la vida privada y los antecedentes penales. En esta ocasión no me ocuparé de la naturaleza que subyace a la protección jurídica de la vida privada, pero sí se abordará en lo pertinente a los antecedentes penales.

En el segundo capítulo, el análisis se orienta a la normativa existente sobre la eliminación y omisión. Sin embargo, previo a dicho análisis y como parte integral del capítulo se realizan

consideraciones terminológicas relativas a los antecedentes penales tales como el concepto de «prontuario penal» o «certificado de antecedentes penales». Si bien tales conceptos son comunes a todo el sistema de antecedentes penales, escogí este capítulo y no otro dado que el contenido de tales conceptos son determinados por el legislador en el Decreto Supremo N°64, cuyo estudio corresponde a este capítulo por tratarse de una norma que contiene distintas hipótesis de eliminación y omisión de antecedentes penales. Así, además del mencionado decreto, es posible reconocer al menos seis normas que, bajo distintos requisitos, contemplan la posibilidad de acceder a un proceso de eliminación u omisión de antecedentes penales tales como el Decreto Ley N° 409, el Decreto Supremo N° 64 ya citado, la ley N° 18.216 sobre medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, la ley N° 19.628 sobre la protección de la vida privada, la ley N° 18.290 de tránsito, la ley N° 19.962 establece la eliminación de anotaciones penales recaídas entre los años 1973 y 1990, con ocasión de sentencias condenatorias por infracción a determinadas leyes⁸ y la ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal de los adolescentes. Todas ellas establecen desde distintas perspectivas, mecanismos jurídicos para que el usuario pueda eliminar u omitir sus antecedentes penales.

El tercer capítulo tiene por objeto identificar el tercer sistema dentro de las actividades relacionadas con los antecedentes penales, relativo a la distribución o comunicación de la información contenida en el Registro General de Condenas. Dado los objetivos analíticos planteados en relación a los efectos estigmatizantes de los antecedentes penales este apartado se dedica, especialmente, a la distribución de antecedentes penales a particulares, y se deja de lado el análisis en la transmisión de esta información a instituciones, debido a que respecto de esta última, los antecedentes penales producen, principalmente, efectos jurídicos. Aquí cobra importancia el concepto de certificado de antecedentes penales como vehículo jurídico que posee el Registro Civil de comunicar a particulares las anotaciones penales que registra determinada persona. Esto hace inevitable que las consideraciones sobre los efectos estigmatizantes de los antecedentes penales deban abarcarse en este capítulo debido a la íntima relación que hay entre la puesta en conocimiento de esta información y la discriminación que sufre su titular. Identificar esta mecánica entre distribución y uso de los antecedentes penales, nos lleva a considerar a la era digital como un escenario que propicia el acceso y masificación de esta información en la sociedad y que amplifican el efecto estigmatizante de los antecedentes penales. Bajo este contexto, se

⁸ Ley de Seguridad del Estado, ley sobre Control de Armas y Explosivos y ley Antiterrorista entre otras.

analiza la propuesta contenida en la formulación del derecho al olvido, como principio protector de la vida privada en la era digital, y su posible aplicación en el marco jurídico chileno dado que, como se mostrará, los efectos negativos de los antecedentes deben incluir una perspectiva informática que garantice una protección integral a su titular.

El cuarto y último capítulo busca fundamentar el efecto estigmatizante de los antecedentes penales en relación al concepto de pena. Este análisis se sustenta en la consideración hecha por el filósofo norteamericano Joel Feinberg, según el cual la pena, como forma de irrogar un mal como medio de desaprobación ante un comportamiento defectuoso, constituye un dispositivo convencional para expresar resentimiento y reprobación. Así, los antecedentes penales no solo estarían incluidos de forma normativa en la pena, de acuerdo al registro que por ley debe realizarse al momento de su imposición, sino que también se encontrarían incluidos de forma expresiva en el concepto de pena, dado que si la pena constituye una expresión de reproche, los antecedentes penales serían el registro de ese reproche. Sin embargo, una vez finalizada la etapa de ejecución de penas, los antecedentes penales permanecen en el prontuario del condenado y se perfilan como un concepto dissociado de la pena y una fuente autónoma de peligro para los derechos fundamentales del individuo. Por tanto, bajo el entendido de que el *ius puniendi* estatal constituye una fuente de peligro para los derechos fundamentales, implica que el ejercicio de la actividad punitiva esté bajo constante necesidad de legitimación. Pero, si la conservación de antecedentes penales, como parte de lo que cabe entender como pena, constituye una irrogación de un mal post penitenciario, ¿de qué forma esta afectación se encuentra legitimada? Para evidenciar la carencia de argumentación dogmático penal que subyace a la conservación post penitenciaria de los antecedentes penales, opté por esbozar el esquema del principio de proporcionalidad para verificar si esta fuente de peligro para los derechos fundamentales estaría en condiciones de superar un examen de legitimidad.

Capítulo I: El sistema registral penal.

1. La actividad registral.

El acto de *registrar* presupone la existencia de derechos, actos, sucesos, planes y políticas susceptibles de inscribirse y, para tales efectos, la intervención estatal resulta indispensable para inspirar confianza a la sociedad sobre la certeza, seguridad y protección jurídica de aquello que se busca inscribir⁹. Así, un concepto amplio de actividad pública registral¹⁰, implica una relación jurídica de derecho público en la cual el Estado interviene, por medio de órganos determinados como autoridad competente, para satisfacer la necesidad pública de hacer valer un derecho derivado del acto o hecho jurídico registrado, o para dar a conocer con certeza el estado o situación jurídica legítima y concreta de una persona determinada¹¹.

Para cumplir con este objetivo, la función registral se organiza en torno a una serie de principios que constituyen fundamentos y reglas que orientan el ejercicio de esta actividad y que permiten, en gran medida, dilucidar su finalidad¹². Sin embargo, para efectos de esta investigación, centraré el análisis sobre tres principios que rigen a la actividad registral: el principio de publicidad, el principio de seguridad jurídica y el principio del control de autoridad. La discriminación de estos tres principios como materia de estudio en este trabajo se basa sobre dos consideraciones. La primera se debe a que, dada la cantidad y diversidad de registros que existen en Chile tales como el Registro de Propiedad Intelectual, el Registro General de Condenas, el Registro Nacional de Empleados de Farmacias de Chile y el Registro de Museos entre otros, esto deriva en numerosos principios que aplican a cada uno de estos registros¹³, y su análisis en detalle

⁹FUEYO LANERI, Fernando. 1982. *Teoría general de los registros*. Ed. As-trea, Buenos Aires, p. 15.

¹⁰ En contraposición a un concepto amplio de actividad pública registral, encontramos el sentido restringido, el cual excluiría a los llamados registros jurídicos. La diferencia entre un registro administrativo y un registro jurídico radica en la capacidad que tiene el registro de producir efectos jurídicos al momento de la inscripción, algo que es propio los registros jurídicos (Registro de hipotecas y gravámenes por ejemplo) y cuyo efecto no se aprecia en los registros administrativos, los cuales cumplen un rol estadístico e informativo. Para más información sobre esta distinción, ver DE LEYVA, Juan Antonio Leyva. Planteamiento general de los Registros públicos y su división en Registros administrativos y Registros jurídicos. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1989, vol. 65, no 591, p. 261-308.

¹¹ FUEYO LANERI, Fernando. (1982), p. 19.

¹² PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. 1989. Estudio sobre los principios registrales. *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, [Número 100, tomo I](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dernotmx/cont/100/est/est8.pdf) Sección de Estudios, p. 127. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dernotmx/cont/100/est/est8.pdf>. Última vez visto el 11 de enero de 2016.

¹³ Como ejemplo, podemos mencionar que la actividad principal se rige por otros principios como el principio de la fe pública, el principio de la prelación o prioridad, el principio dinámico o del fin, por nombrar algunos. Sin

no es objeto de la presente investigación, lo que hace necesario seleccionar solo aquellos que sean relevantes para el estudio de esta parte del trabajo, referida al registro de las sentencias jurídico penales¹⁴. Así, como segunda consideración, seleccioné aquellos principios que, por la importancia de su contenido, son comunes a todo registro como lo son el principio de publicidad y el principio de seguridad jurídica. Por otro lado, resulta de especial interés mencionar el principio del control de la autoridad, toda vez que este resulta aplicable, de manera especial, al Registro General de Condenas, institución fundamental dentro del sistema registral de antecedentes penales, cuyo análisis particular se hará más adelante.

1.1 El principio de publicidad.

La actividad registral, de cualquier índole, se caracteriza por una función primaria relacionada con recoger y conservar determinada información que se conecta, más adelante, con una función secundaria¹⁵ en la cual el registro *da a conocer, informa, divulga* o *publica* la información antes recopilada¹⁶. Puede tratarse de hechos, actos o contratos, situaciones jurídicas, derechos reales o personales los que sean registrados, pero de no existir la publicación sobre esta información para su conocimiento actual o eventual, la actividad registral se desvirtúa y deja de

embargo, estos principios responden a actividades que difieren del sistema de antecedentes penales y, por tanto, no le son aplicables al sistema registral penal.

¹⁴ Pese a diversos intentos por agrupar todos los registros bajo una teoría general y unificadora de los registros, el concepto unitario de registros no es pacífico en doctrina debido a la cantidad de registros que existen y lo disímiles que sus actividades son, como lo sería el caso del Registro de Propiedad Industrial, el Conservador de Bienes Raíces y el Registro General de Condenas, por ejemplo. En este caso, cada uno de estos registros difiere tanto en medios como finalidades, lo que ha llevado en cuestionar si es posible hablar, de manera universal, sobre los principios que rodean a la actividad registral en su totalidad. Para efectos de este trabajo, no entraremos en dicha discusión doctrinaria y opté por analizar los principios comunes y de mayor aplicabilidad a distintas actividades registrales. Para ver en detalle una postura crítica sobre esta discusión recomiendo, en favor de un sistema unitario, a MARTÍNEZ JIMÉNEZ, José Esteban. *La función certificante del Estado*. 1977; FUEYO LANERI, Fernando. 1982. *Teoría general de los registros*. Ed. As-trea, Buenos Aires. En contra, DE LEYVA, Juan Antonio. 1989. Planteamiento general de los Registros públicos y su división en Registros administrativos y Registros jurídicos. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, vol. 65, no 591, p. 261-308.

¹⁵ Cabe prevenir que la denominación de «función primaria» y «función secundaria» respecto de la actividad registral no es un concepto arraigado en la doctrina sino que constituye una sistematización de la actividad registral realizada por el investigador para este trabajo.

¹⁶ FUEYO LANERI, (1982), p. 197. La importancia de la publicidad en la actividad registral se fundamenta en razones históricas. La publicidad registral surge con fuerza desde el siglo XVIII cuando, debido a la clandestinidad de las cargas y gravámenes que recaían sobre los inmuebles, estos hacían imposible conocer su situación y su posterior comercialización. Así, el registro de propiedad nació por una razón administrativa con miras a llevar una cuenta inmobiliaria de cada titular y, por tanto, puede sostenerse que el registro y su marcado carácter publicitario nació como un medio de seguridad y garantía del tráfico-jurídico sobre este tipo de bienes. Para más detalles sobre los orígenes de la publicidad de los registros públicos, ver: CARRAL Y DE TERESA, Luis. 1998. *Derecho notarial y derecho registral*. México: Porrúa.

servir como tal¹⁷. Por tanto, la publicidad –como principio compuesto por funciones primarias y secundarias– está intrínsecamente ligada a la entrega de esa información que es almacenada. Si bien *entregar información*, en un sentido estricto de esta acción, solo hace referencia al acto de dar a conocer, informar o divulgar algo (es decir, una función secundaria), esta también comprende, tácitamente, el acto de recoger y conservar información (función primaria) ya que sin la recopilación de datos como actividad primaria, no se podría llevar a cabo la secundaria¹⁸. De esta forma, la *entrega de información* es la acción por medio de la cual se concreta el principio de publicidad en los registros.

Pero, ¿si la publicidad o entrega de la información constituye un elemento esencial en la actividad registral, es ella compatible con cláusulas de reserva que restrinjan el acceso a esa información? La publicidad está establecida, generalmente, en favor del titular de la inscripción, de aquel que tiene derechos derivados de dicha inscripción, y de terceros ajenos al registro, sin perjuicio del interés legítimo que pueda tener el Estado sobre lo que se encuentra registrado¹⁹. Sin embargo, es posible identificar la existencia de «registros reservados», caracterizados por permitir el acceso a un número reducido y cerrado de personas que pueden conocer de la información del registro²⁰. Cabe aclarar que bajo ninguna circunstancia en este tipo de casos se rompe con el principio de publicidad el que, si bien puede estar limitado en mayor o en menor medida, siempre estará presente en la actividad registral²¹. Esta compatibilidad entre el carácter reservado de algunos registros y el principio de publicidad, como veremos más adelante, resulta clave para entender los límites a la entrega de información que posee el Registro General de Condenas el cual se rige por el principio de publicidad, pero con ciertos límites en cuanto al acceso a la información.

1.2 Principio de seguridad jurídica.

La Constitución y la legislación exigen al Estado una serie de requisitos, condiciones, prohibiciones a fin de que el ejercicio de su actividad surta efectos dentro de la esfera jurídica en

¹⁷ *Ibíd*em, p. 197.

¹⁸ La doctrina no emplea la equivalencia entre los términos «publicidad» y «entrega de información». Sin embargo, a juicio de este investigador y considerando el ejercicio analítico más adelante realizaremos sobre los antecedentes penales, introducir el término «entrega de información» será de gran ayuda para explicar los límites del sistema registral penal en Chile.

¹⁹ *Ibíd*em, p. 197.

²⁰ *Ibíd*em, p. 198.

²¹ *Ibíd*em, p. 198.

la cual está destinada a operar²². Este conjunto de condiciones, requisitos o prohibiciones es denominado garantías de seguridad jurídica²³. En este sentido, desde el siglo XIX la actividad del poder público registral ha cumplido con un rol de veracidad respecto de determinados datos que son sometidos a su conocimiento: ya sean relaciones jurídicas particulares o relaciones jurídico-públicas, el Estado busca acreditar la veracidad de aquello que se ha registrado²⁴.

En consecuencia, dentro de un sistema jurídico el registro, y no otro instrumento, se muestra como el único medio de la administración estatal para desempeñar funciones jurídicas, económicas y sociales que, conforme a determinadas reglas, ofrecen seguridad y certeza sobre la existencia de aquello que está registrado²⁵.

1.3 Principio del control de la autoridad.

Existen casos en que la ley establece, como solemnidad necesaria para que un acto jurídico produzca los efectos que le corresponde, la inscripción del acto en un registro determinado²⁶. Empero, no todo registro tiene como finalidad generar derechos reales o perfeccionar contratos y, por el contrario, es posible distinguir aquellos registros en que predomina un interés del Estado de resguardar determinadas situaciones jurídicas. Así, dentro del ejercicio que le corresponde a la administración pública, el Estado necesita controlar determinadas actividades y conductas, tanto de individuos como de agrupaciones, para proteger intereses legítimos de particulares, la sociedad y del Estado mismo²⁷. Como ejemplo podemos mencionar la Dirección General de Movilización Nacional, la cual lleva un registro nacional de armas, cuya inscripción constituye un requisito para la tenencia legal de armas de fuego²⁸. En esta misma línea, el Registro General de Condenas, registro encargado de almacenar toda la información relacionada con la sentencias condenatorias penales dictadas por los tribunales de justicia, es también un registro en el cual podemos advertir

²² *Ibíd*em, p. 184. En concreto, estos deberes están consagrados en la Constitución Política de la República de Chile, art. 1 inc. 4 y 5; art. 6.

²³ *Ibíd*em.

²⁴ COLMEIRO, Manuel. 1876. *Derecho administrativo español*. Impr. y librería de E. Martínez. p. 285.

²⁵ FUEYO LANERI, Fernando, (1982), p. 185.

²⁶ Por ejemplo, de acuerdo al artículo 1.801 del Código Civil, la compraventa de bienes raíces no se reputa perfecta ante la ley mientras esta no haya sido otorgada por escritura pública ni registrada en el Registro de Propiedad que lleva el Conservador de Bienes Raíces; o en el caso del matrimonio, según el art. 19 inc.1 de la N° 19.947 que establece la Ley de Matrimonio Civil, la inscripción del acta del matrimonio en el Registro Civil es un requisito de existencia de este tipo de actos.

²⁷ FUEYO LANERI, (1982), p. 205.

²⁸ Ley N° 17.798 sobre control de armas. Sobre la inscripción de armas para su tenencia legal, ver arts. 4 y 5.

un predominio de una finalidad de control, por parte de la autoridad, más que la producción de determinados efectos jurídicos al momento de inscribir una sentencia jurídico penal.

Este principio resulta primordial para entender que, detrás de la creación de cada registro, debe existir un sustrato teórico que sustente dicha práctica registral. Si bien la creación de este tipo de registros responde a un legítimo interés estatal de controlar determinadas actividades o conductas, dicho interés debería estar fundamentado en las necesidades y fines de cada registro en particular. En otras palabras, el «interés estatal» detrás de la creación de un registro es suficiente para plantear la pregunta fundante sobre este tipo de registros: ¿cuál es el interés del Estado en la creación de determinado registro? Sin embargo, el principio del control de la autoridad no entrega respuesta a esta pregunta y, de manera intuitiva, podemos esperar que el contenido del marco teórico que abre este principio sobre la finalidad y consecuencias detrás de la creación un registro deberán analizarse caso a caso²⁹.

2. La actividad registral penal.

De acuerdo a lo planteado, la administración pública, mediante la publicidad y certeza de las situaciones contenidas en los distintos tipos de registros, ha encontrado en los sistemas registrales una herramienta que acompaña al ejercicio del poder estatal mediante el levantamiento y la conservación de información jurídicamente relevante para garantizar estabilidad dentro de un Estado de derecho³⁰. En este sentido, la actividad registral ha acompañado de cerca al ejercicio del ius puniendi, el que, tanto en su dimensión teórica como práctica³¹, se ha apoyado en la creación de sistemas que registren antecedentes necesarios para apreciar caso a caso las situaciones que deben ser ponderadas para efectos de dictar sentencia³².

Para efectos de la presente investigación, he sistematizado las distintas actividades que componen al régimen de antecedentes penales en Chile. Nuestro punto de partida es, por supuesto, el origen de los antecedentes penales, el cual se desprende de la facultad que poseen los tribunales para ejercer la potestad punitiva estatal mediante la imposición de una sentencia

²⁹ En lo que respecta a esta investigación, la respuesta a cuál es el interés del Estado en la creación del Registro General de Condenas se estudiarán en detalle más adelante, en el punto 3.2.2 de esta presentación.

³⁰ COLMEIRO, Manuel, (1876), p. 273.

³¹ Sobre esta distinción entre una dimensión teórica y práctica en el acto de registrar sentencias condenatorias penales, se volverá supra, Capítulo IV, 4.4.

³² En este sentido, Francisco Bueno Arus, Sobre la publicidad de antecedentes penales, disponible en: <http://goo.gl/n2n3li>. Última vez visto el 31 de enero de 2016.

condenatoria ante la realización culpable de un hecho punible³³. De esta forma, el primer sistema asociado a los antecedentes penales es el sistema registral penal, cuya principal función es la de registrar todas las sentencias condenatorias definitivas y ejecutoriadas por crímenes y simples delitos, así como también la forma en que fue cumplida la pena o las causas de por qué ella no se cumplió en todo o en parte³⁴. De esta labor se encarga el Registro General de Condenas al cual, como se estudiará más adelante, le corresponde de forma excluyente la realización de este registro³⁵.

Sin embargo, previo al estudio del sistema registral chileno, mostraré una breve reseña sobre sistemas registrales comparados para contraponer dos modelos distintos de actividad registral penal. Por un lado, analizaremos el modelo de la República de Argentina, el cual representa el clásico modelo registral continental en materia penal y, por otro lado, el modelo registral penal de Estados Unidos, como ejemplo de la tradición anglosajona en este ámbito que resulta, en interesantes aspectos, opuesto a nuestra cultura registral continental. Así, con el estudio de ambos modelos tendremos un marco de referencia sobre prácticas y principios que han sido acogidos o descartados por el sistema registral penal de Chile.

2.1 Modelo norteamericano.

En el caso norteamericano, el origen del sistema registral de antecedentes penales como hoy lo conocemos no se explica como reacción a un problema en particular, sino que fueron distintos focos los que dieron fuerza a su surgimiento³⁶.

En sus orígenes, el registro de antecedentes penales en Estados Unidos se sitúa a comienzos del siglo XIX, en donde cada estado se encargaba, de forma autónoma, de recolectar esta información³⁷. Desde sus inicios, la estadística criminal registrada por los distintos estados de Norteamérica estaba orientada de manera teleológica a perseguir distintos objetivos bajo la agrupación de dos grandes bloques analíticos de información: la «estadística criminal judicial» y la

³³ Constitución Política de la República, art. 76.

³⁴ Decreto Ley N° 645, art. 3.

³⁵ Decreto Ley N° 645 de 28 de octubre de 1925 creó el Registro General de Condenas.

³⁶ Sobre este punto, ROBINSON, Louis N. 1911. *History and organization of criminal statistics in the United States*. Houghton Company Mifflin.

³⁷ DEFLEM, Mathieu. 1997. Surveillance and criminal statistics: Historical foundations of governmentality. *Studies in law politics and society*, vol. 17, p. 162.

«estadística criminal federal»³⁸. La estadística criminal judicial se refiere a toda aquella información derivada de informes elaborados por fiscales, actuarios de Corte y en general a todos quienes trabajan bajo el aparato judicial respecto de los procedimientos, acusaciones y condenas acaecidas al interior de las Cortes³⁹. La estadística criminal federal, en cambio, tuvo una finalidad más empírica, la cual consistía en recolectar datos de todas aquellas personas cuyo procedimiento penal se encontrase en fase de ejecución de sentencias al interior de recintos penales, almacenando información relativa al lugar en donde los internos se encontraban reclusos, tiempo de condena y la forma en que los reclusos ejecutaban su sentencia⁴⁰. En su elaboración, la estadística criminal federal tiene como unidad básica de análisis al celador, el establecimiento penitenciario, la celda o módulo en la que se cumple una condena, el prisionero y sus discapacidades o cualquier hecho que pueda cuantificarse para responder a una finalidad empírica y criminológica más que a cualquier otra área de análisis. Es distinto a lo que ocurre con la estadística criminal judicial, en donde la unidad estudiada son los hechos acontecidos en el sistema judicial o la administración de justicia que puede ser un tribunal, un juez, un caso, un crimen, un criminal, un arresto o cualquier otro de los numerosos acontecimientos relacionados con el sistema de justicia⁴¹. Si bien ambos registros apuntan a etapas procesales distintas dentro de la administración de justicia penal, es la estadística criminal judicial la que, en su versión más rudimentaria, representa mayor cercanía al concepto de antecedentes penales que hoy en día se utiliza en Norteamérica⁴².

En el caso de la estadística criminal judicial, esta comenzó a registrarse en el estado de Nueva York a partir del año 1829, junto con Massachusetts y Maine⁴³. La masificación en el almacenamiento judicial de antecedentes penales se difundió a otros estados de Norteamérica debido a dos razones: En primer lugar, muchos de los estados tuvieron como modelo a la

³⁸ La estadística criminal federal es también denominada «Prison statistics», por la doctrina Norteamericana. Sobre este concepto puede encontrarse más información en la obra de Louis N. Robinson, *History and organization of criminal statistics in the United States*, p. 5.

³⁹ *Ibidem*, p. 40.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 69.

⁴¹ ROBINSON, Louis N. (1911), p. 3.

⁴² En la actualidad, los Estados Unidos define a los antecedentes penales como todo tipo de «información recolectada por agencias de justicia penal sobre cualquier individuo, consistente en identificaciones descriptivas y anotaciones de arresto, detenciones, acusaciones u otros cargos criminales, y cualquier disposición que surja, por tanto, de ellos, tales como la absolución, la sentencia condenatoria, sometimiento a una correccional, supervisión por agentes de la ley o la liberación del sujeto». Para más información, ver: 42 U.S.C. 14616 en <http://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2010-title42/USCODE-2010-title42-chap140-subchapII-sec14616>.

⁴³ ROBINSON, Louis N. 1933. *History of Criminal Statistics (1908-1933)* Journal of Criminal Law and Criminology (1931-1951), p. 127.

constitución de Nueva York, la cual contemplaba dentro de sus bases las labores de los oficiales de Corte, quienes debían remitir los antecedentes vertidos en tribunales al fiscal general, al secretario de estado o al gobernador⁴⁴. En segundo lugar, las necesidades que de manera inherente surgen de la aplicación de la ley penal fueron aplacadas con la generación de sistema de estadística criminal judicial, para llevar un registro de sentencias recaídas en cada juicio⁴⁵. Así, la exigencia y sofisticación de contar con un registro de estadística criminal judicial se propagó con gran rapidez por los Estados Unidos: en 1832 el estado de Massachusetts aprobó una ley en la cual se le imponía la obligación al fiscal general de elaborar informes sobre las causas en las cuales presentaba cargos criminales así como de incluir –a modo de resumen– el reporte que otros fiscales de menor rango le entregaban a él sobre sus propias causas⁴⁶. Mediante la dictación de «El código de 1851» en el estado de Iowa, se previeron nuevas tareas en materia de almacenamiento y distribución de antecedentes penales, por cuanto los actuarios integrantes de Cortes Penales debían elaborar informes anuales que detallaran todas las sentencias recaídas en tribunales, además de señalar el delito o falta por el cual se estaba condenando y la ocupación y hábitos del condenado⁴⁷. Desde 1883, el estado de Alabama estableció la obligación a los actuarios de Cortes Penales de enviar al fiscal general un informe certificado con el número de casos judicializados, condenas recaídas en juicio, sentencias absolutorias y penas de muerte⁴⁸.

La situación existente entre los años 1829 y 1908 mostraba que alrededor de 25 estados ya se encontraban recolectando estadística criminal judicial, y otros 23 estados recopilaban estadísticas criminales federales, sin embargo, la veracidad en el contenido de los informes era aún dudosa y de escaso valor científico⁴⁹.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ ROBINSON, Louis N. (1911), p. 40.

⁴⁶ *Ibíd.*, p.43.

⁴⁷ *Ibíd.*, p.58. Para más información, ver: <https://www.legis.iowa.gov/docs/shelves/code/ocr/1851%20Iowa%20Code.pdf>. Última vez visto el 29 de julio de 2015.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 59.

⁴⁹ *Ibíd.* Entre las principales razones de su bajo aporte empírico se debe a que la labor de recolección de datos estaba encargada a los personeros de más bajo rango dentro de la administración de justicia, quienes poseían escasa preparación en materia de análisis y recolección de datos, e incidían negativamente en los informes elaborados y, por otro lado, la poca claridad que existía sobre cuál era el propósito de recolección de información impedía a quienes recopilaban tal información, discriminar cuál era la información relevante y aquella que no lo era. Para más información, ver ROBINSON, Louis N. (1911), p. 125.

Durante el siglo XX, la necesidad de contar con un registro de antecedentes penales fidedigno llevó, por un lado, a la institucionalización de entidades encargadas de generar esta información y, por otro, a la integración de nuevas tecnologías que otorgaron solidez al sistema⁵⁰. Actualmente podemos identificar tres grandes actores dentro del sistema de antecedentes criminales: Las cortes y sus oficinas administrativas, las ramas de depósitos de antecedentes penales y los vendedores privados de información⁵¹. Estas tres partes, que actúan de manera separada, se encuentran interconectadas y, sumado a la integración de tecnología digital, han logrado construir un sistema registral de antecedentes penales más eficiente, exhaustivo y con mayor accesibilidad a los usuarios⁵².

En cuanto a las cortes y sus oficinas administrativas, tal como vimos, estas tuvieron un importante precedente en su posición como fuentes de antecedentes penales durante gran parte del siglo XIX y comienzos del XX. Hasta el día de hoy son la mayor fuente de información de estadística criminal de Estados Unidos al registrar acusaciones, sentencias, alegatos y cualquier otro evento de naturaleza judicial⁵³. Además, la evolución en la tecnología de almacenamiento y distribución por medios digitales no solo han facilitado a los ciudadanos la accesibilidad a los servidores de almacenamiento de información⁵⁴, sino que las transcripciones de procedimientos judiciales, de larga duración, pueden ser almacenadas por al menos 10 años⁵⁵.

Si bien el poder judicial se hizo cargo de su autoabastecimiento en cuanto a estadística criminal, los estados de Norteamérica mantienen un depósito de antecedentes al cual la policía, fiscales e incluso las cortes, envían huellas dactilares, información sobre arrestos y cargos criminales entre otros. Estos depósitos, tanto en su creación como en su funcionamiento, varían

⁵⁰ DEFLEM, Mathieu. (1997), p. 168.

⁵¹ JACOBS, James; CREPET, Tamara. 2007. Expanding Scope, Use, and Availability of Criminal Records, The. *NYUJ Legis. & Pub. Pol'y*, vol. 11, p 179. El nombre de las instituciones fuentes de antecedentes penales ha sido traducido del inglés al español de manera fiel al texto, en el cual se menciona «courts and offices of court administration, executive branch criminal records repositories and comercial information vendors».

⁵² JACOBS, James B.; LARRAURI, Elena. 2012. Are criminal convictions a public matter? The USA and Spain. *Punishment & Society*, vol. 14, no 1, p. 3 y siguientes.

⁵³ Para más información, ver U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, NCJ-111458, *Public access to criminal History information 3* (1988). Disponible en: <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/to88.pdf>. Última vez visto el 30 de julio de 2015.

⁵⁴ Un ejemplo de la accesibilidad en la búsqueda de antecedentes penales es el sitio web del estado de Ohio: <http://www.ashlandcountycpcourt.org/>. Última vez visto el 30 de julio de 2015.

⁵⁵ Para más información, ver 28 U.S.C. § 753 (B).

de estado a estado. Así podemos encontrar el Depósito Central de Kansas⁵⁶, la División Estatal del Servicio de Justicia Criminal de Nueva York⁵⁷, o el Depósito de Historial de Antecedentes Criminales de Nevada⁵⁸, entre otros. Además, en 1983 el FBI creó el Índice de Identificación Interestatal, también conocido por su sigla «III», cuya función es conectar los sistemas de antecedentes penales estatales y federales⁵⁹. Tanto la Oficina de Estadísticas Judiciales como el FBI incentivan de forma constante a los estados a mantener de manera precisa y completa la información relativa a los antecedentes penales, ofreciéndoles subvenciones para mejorar y mantener la calidad de sus sistemas de almacenamiento, así como también un monitoreo periódico para el cumplimiento de sus exigencias⁶⁰.

Finalmente, durante las últimas décadas se puede apreciar un fuerte desarrollo en la industria privada que satisface las demandas de un mercado en constante crecimiento. Empleadores, arrendatarios, compañías de seguro y algunas oficinas públicas atribuyen una gran importancia al historial de antecedentes penales que posee cada individuo para la toma de decisiones en sus negocios convirtiéndose en los principales consumidores de esta información dentro del mundo privado⁶¹. La mayor parte de estas compañías han construido sus bases de datos al comprar antecedentes penales en masa, ya sea de las cortes o de depósitos estatales⁶².

2.2 Modelo argentino.

El Registro de Reincidencia y Estadística Criminal fue creado por la ley 11.752 el 9 de octubre de 1934, adquiriendo de inmediato la calidad de «institución jurídica» al declararse complementaria al código penal⁶³. El contexto que propició la creación de un sistema

⁵⁶ «Kansas Central Repository», Kansas Bureau of Investigation, Kansas Criminal History Records Checks, <http://www.accesskansas.org/kbi/criminalhistory/faq.shtml>.

⁵⁷ «New York State Division of Criminal Justice Service», Personal Criminal History Record Review Program, <http://criminaljustice.state.ny.us/ojis/recordreview.htm>.

⁵⁸ «Nevada Criminal History Records Repository», Nevada Department of Public Safety, Records and Technology Division, <http://www.nvrepository.state.nv.us>.

⁵⁹ Ver Nat'l Task Force to the U.S. Att' y Gen., NCJ-179358, *Interstate Identification Index Name Check Efficacy* (1999), disponible en http://www.search.org/files/pdf/III_Name_Check.pdf que provee información específica sobre cómo los antecedentes penales son almacenados en el «III» y cómo los agentes policiales acceden al «III» cada vez que desean obtener información sobre el historial criminal de una persona determinada.

⁶⁰ JACOBS, James; CREPET, Tamara. (2007), p. 181.

⁶¹ *Ibidem*, p.185.

⁶² LESLIE Walker, *Police Records For Anyone's Viewing Pleasure*, Washington Post, 23 de Mayo de 2002, en JACOBS, James; CREPET, Tamara. (2007), pie de página 52, p. 86.

⁶³ SFORZA, Antonio Pedro. 1998. Sistema informático de antecedentes penales. En II Congreso Iberoamericano de Informática y Documentación: 5 a 9 de diciembre de 1988, Mar del Plata (Argentina), p.587.

informático de registros criminales en Argentina se explica sobre la base de las necesidades básicas que demanda el funcionamiento del sistema penal: contar con un registro de criminalidad que permitiese contabilizar las personas sometidas a proceso y tener en cuenta que los antecedentes de la personalidad del delincuente es una exigencia que ya se advertía con la puesta en vigor del Código Penal⁶⁵. La falta de mecanismos legales y registrales atentaba contra el cumplimiento de los preceptos legales sobre reincidencia, y toda la información que se encontraba disponible para el sentenciador era producto de la labor policial. Hasta el día de hoy la policía argentina debe levantar y recopilar antecedentes delictuales por su cuenta; con todas las deficiencias que resultan de su falta de medios legales para obtenerlos de manera completa⁶⁶. Advertimos que el origen de este sistema registral responde a una inmediata urgencia procesal penal, por cuanto el legislador de la época consideró que dicha información –los antecedentes penales– resultaba imprescindible para el sistema de determinación de la pena: no solo para la correcta individualización de la sanción, sino para agravar la pena cuando mediare reincidencia específica o cuando el culpable fuese castigado con anterioridad por el delito para la cual la ley señalara una pena igual o mayor⁶⁷.

Argentina adoptó un sistema de registro centralizado y con «secreto absoluto» en cuanto a la publicidad de la información integrada al sistema, que limitó su uso a la autoridad policial y al poder judicial penal y, por tanto, quedó excluido el uso de antecedentes penales para otras materias jurídicas⁶⁸. El almacenamiento de información que empleaba el Registro se basó en un sistema doble de registro personal que permitía confrontar, por un lado, los datos filiatorios invocados por el individuo y, por otro lado, aquellos datos relativos a las características físicas de sus impresiones papilares⁶⁹.

⁶⁴ El proyecto de ley sobre la creación del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal, fue elaborado por el Diputado Dr. Leopoldo Bard, quien en agosto de 1924 envió el proyecto a la Honorable Cámara de diputados de la Nación de Argentina.

⁶⁵ SFORZA, Antonio Pedro, (1988), p. 545.

⁶⁶ BARD, Leopoldo. 1926. El Registro Nacional de Reincidencia, Identificación y Estadística Criminal-Urgencia en su creación. En Anales de la Facultad de Medicina, p. 265.

⁶⁷ SFORZA, Antonio Pedro, (1998), p.545.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 587.

⁶⁹ *Ibidem*, p.588. Interesante es que en cuanto a las impresiones papilares, el sistema registral argentino fue pionero en la materia a nivel mundial, mediante el empleo del llamado modelo «Vucetich», ideado por el nacionalizado argentino Juan Vucetich. Este método se construyó en base al descubrimiento de que cada persona posee un dibujo papilar único, irreplicable e indeformable. Vucetich realizó una codificación pormenorizada de los puntos salientes y distintivos de cada huella papilar, los que una vez determinados como tales, permitían la individualización del sujeto con una certeza del 100%.

El sistema registral argentino operó sin mayores reformas por casi cuatro décadas. De acuerdo a la experiencia recopilada durante su funcionamiento, el gobierno argentino introdujo tres reformas importantes tanto en el marco operativo como en el plano jurídico: la modernización de los métodos de almacenamiento y distribución de información, la masificación sobre las fuentes y usuarios del sistema registral de antecedentes penales, y el convenio entre la República Argentina y la República Oriental de Uruguay sobre intercambio de información y antecedentes penales⁷⁰.

La modernización del sistema registral respondió al aumento exponencial de antecedentes penales y pedidos de informes para materias penales que exigía el sistema de justicia penal argentino. El volumen de información circulante, la confidencialidad del contenido de sus archivos, la accesibilidad al sistema, los requerimientos recibidos y las respuestas entregadas, las demoras propias por el envío por correo de la documentación fueron algunos de los problemas que enfrentaba el antiguo sistema de gestión manual de registro de antecedentes penales⁷¹. El desarrollo de nuevas tecnologías y la incorporación de una base de datos electrónica permitieron que los usuarios accedieran de manera inmediata a la información requerida, facilitaron la investigación y aumentaron la eficacia en el almacenamiento de datos, registrándose mayores volúmenes de información y menores errores en su transcripción⁷².

El marco jurídico regulatorio en materia de antecedentes penales se amplió mediante la incorporación de dos funciones nuevas en materia registral: integración de nuevos usuarios al sistema y el nacimiento de redes internacionales de intercambio de registros criminales. En el primer punto, la reforma introducida por la ley 22.117 mantuvo en lo sustancial la mayoría de los elementos que ya conformaban el Registro Nacional de Reincidencia. Sin embargo, la novedad se encuentra en la decisión de integrar a la estadística criminal datos sobre hechos delictivos, arrestos y denuncias realizadas ante las diferentes policías y tribunales del crimen⁷³. En el segundo punto, la ley 22.332 aprobó el convenio entre Argentina y Uruguay sobre intercambio de antecedentes penales referidos a nacionales del otro país respecto de ciertos delitos de interés común⁷⁴.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 588.

⁷¹ *Ibíd.*, p. 589.

⁷² *Ibíd.*, p. 589.

⁷³ *Ibíd.*, p. 587.

⁷⁴ La finalidad de dicha legislación se explica en razones político criminales que buscaban atacar delitos que, por su naturaleza, tienen un marcado carácter internacional en sus distintas fases de desarrollo. Así, el artículo 1° de

Como podemos apreciar, la creación del sistema registral argentino tiene un origen normativo. Las autoridades argentinas consideraron imperativa la constancia legal de un hecho inequívoco: la existencia del proceso jurídico penal. En este sentido, el registro de las actuaciones derivadas de la actividad procesal penal, tales como la obligación de identificar al procesado y de remitir copias de las resoluciones correspondientes, constituyen la única forma práctica de alcanzar la unidad penal del país⁷⁵. Con posterioridad, las modificaciones incorporadas buscaron una adaptación del registro penal a la era digital. La integración de sistemas electrónicos de almacenamiento y distribución de información brindó una capacidad operativa significativa al sistema. Consecuentemente, la nueva plataforma tecnológica abrió nuevas posibilidades en el uso de registros criminales, tanto a nivel nacional como internacional y, con ello, la masificación en el uso de antecedentes penales y su diversificación lograron penetrar en el sistema registral argentino.

2.3 Conclusiones sobre el análisis comparado.

Aquí analizamos dos modelos distintos de registro de antecedentes penales que responden a orígenes y finalidades distintas. En el caso del modelo Norteamericano, encontramos un origen disperso el cual dependía del interés particular que cada estado tuviese de contar con un registro de *estadísticas criminales*, interés que proliferó en los Estados Unidos a partir del siglo XIX. El objeto de registro, las estadísticas criminales, comprendía un concepto amplio de información que abarcaba a la estadística criminal federal (o «prison statistic») como dato empírico cuantificador de distintas variables asociadas a la fase de cumplimiento de condena y, por otro lado, la estadística criminal judicial, relacionada con los aspectos procesales penales del sistema de justicia Norteamericano. Esta amplia gama de información tiene una naturaleza empírica predominante, ya que la cantidad de datos recopilados por los distintos registros penales a lo largo de Estados Unidos, busca obtener información precisa y fidedigna sobre crímenes y criminales para estudios y análisis que permitan la prevención de delitos con actores interdisciplinarios, más allá de la

la ley 22.332 prescribe en su letra «b» que: “**ARTICULO 1. - Los Ministerios de Justicia de la República Argentina y de la República Oriental del Uruguay, se remitirán, directa y mensualmente cuando menos, copia por ellos autenticada de todas las comunicaciones que reciban de los tribunales penales de sus respectivos países, relativas a sentencias condenatorias dictadas en los siguientes casos: b) Por tráfico o tenencia de estupefacientes, trata de personas y hechos vinculados a actividades subversivas, sin limitación en razón de la nacionalidad**”. La legislación completa se encuentra disponible en: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/traites/sp_arg_uruguay22332.html. Última vez visto el 18 de julio de 2015.

⁷⁵ BARD, Leopoldo. (1926), p.267.

respuesta que el derecho penal y la administración puedan ofrecer frente a este tema⁷⁶. Por otro lado, la inclusión de mejoras en la tecnología de registro garantizó pluralidad de acceso a información fidedigna y veraz sobre datos relacionados con la estadística criminal federal, en especial aquella relacionada con la estadística criminal judicial lo que llevó a que, hasta el día de hoy, sea posible identificar tres actores claves en la recopilación y divulgación de esta información: las cortes y sus oficinas administrativas, las ramas de depósitos de antecedentes penales y los vendedores privados de información. Esta proliferación en los medios de acceso a antecedentes penales ha provocado que no solo la administración de justicia pueda darle uso a estos datos, sino que su acceso al público, principalmente a través de vendedores privados de esta información, lo cual ha abierto el debate sobre las consecuencias negativas ligadas a los antecedentes penales⁷⁷.

El modelo registral penal argentino, por otro lado, se muestra como un modelo registral continental clásico, el cual obedece a reglas y principios propios de los sistemas registrales derivados de la influencia registral romano-germano-francés, como lo son el principio de publicidad y el de seguridad jurídica⁷⁸. La creación del Registro de Reincidencia y Estadística Criminal, registro único en materia penal, refleja el propósito estatal de contar con una red unificada de información restringida a una finalidad judicial, que busca proporcionar elementos necesarios para el desarrollo del proceso penal. De esta forma, los datos registrados se limitaron a sentencias penales, identidad de los imputados y toda la información que pudiese servir para el ejercicio de la potestad punitiva estatal. En este sentido, el sistema registral penal argentino cumple con una marcada finalidad auxiliar a la actividad judicial con un rol preponderante para la determinación judicial de la pena. Determinar si el modelo registral chileno se inclina por una vertiente empírica o estrictamente judicial será nuestra próxima labor.

⁷⁶ DEFLEM, Mathieu. (1997), p.164. En particular, el enfoque empírico en el registro penal norteamericano durante el siglo XIX busca servir de base para positivismo criminológico como ciencia de análisis del delito.

⁷⁷ Para obtener una perspectiva general sobre las consecuencias del libre acceso a los antecedentes penales, recomiendo la obra PAGER, Devah. 2003. The Mark of a Criminal Record1. *American journal of sociology*, vol. 108, no 5, p. 937-975; JACOBS, James; CREPET, Tamara. (2007), p. 177. JACOBS, James. 2011. Mass Incarceration and the Proliferation of Criminal Records. *University of St. Thomas Law Journal*, vol. 3, no 3, p. 2; BLUMSTEIN, Alfred; NAKAMURA, Kiminori. 2009. Redemption in the Presence of Widespread Criminal Background Checks. *Criminology*, vol. 47, no 2, p. 327-359; CAREY, Corinne A. 2004. No second chance: people with criminal records denied access to public housing. *U. Tol. L. Rev.*, vol. 36, p. 545.

⁷⁸ Para una comparación entre el modelo registral anglosajón y el continental, ver FUEYO LANERI, Fernando, (1982), p. 211 y siguientes.

3. Sistema registral penal en Chile.

Si uno de los objetivos de esta investigación es identificar los distintos momentos que componen el sistema de antecedentes penales en Chile, tal como señalamos al comienzo del capítulo, corresponde analizar el punto de partida de este sistema, el cual está dado por la anotación de sentencias condenatorias penales en el registro correspondiente, lo que, en rigor, da origen a los antecedentes penales⁷⁹.

La estructura del sistema registral penal en Chile es compleja, puesto que se trata de una arista registral en la que convergen distintas normas e instituciones que regulan, desde diferentes perspectivas, el ejercicio de esta actividad. En efecto, si la actividad registral está compuesta por funciones primarias y secundarias que se concretan en la *entrega de información* que realiza el registro, en materia penal dicha actividad recibe especiales consideraciones debido a la naturaleza de la información recopilada y divulgada⁸⁰. A continuación analizaremos cuáles son estas prevenciones especiales y de qué manera dan forma al sistema registral penal en Chile.

3.1 Servicio de Registro Civil e Identificación

El organismo encargado de registrar las anotaciones penales es el Servicio de Registro Civil e Identificación —en adelante, el Registro Civil—, servicio público y funcionalmente descentralizado, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República, a través del Ministro de Justicia⁸¹. La ley orgánica N° 19.477 del Registro Civil no solo define la naturaleza jurídica del servicio, sino que agrega que, además de la mencionada ley, también se regirá por las normas complementarias a su función⁸². Esta norma convierte al Registro Civil en el único y principal responsable del sistema registral penal en Chile. En efecto, existe una referencia directa de la legislación en materia de eliminación y omisión de antecedentes penales hacia el Registro Civil y el rol que el organismo debe desempeñar en este ámbito. El Decreto Supremo N° 64 de 1960 establece que es función del Registro Civil llevar a cabo la filiación de las personas, la apertura,

⁷⁹ La doctrina nacional no se ha encargado de determinar qué debemos entender por antecedentes penales como sí lo ha hecho, por ejemplo, el sistema norteamericano, tal como explicité en *infra*, pie de página N° 33 de esta investigación. Sin embargo, la elaboración de un concepto de antecedentes penales y determinar sus consecuencias quedará por ahora pendiente y se volverá a él en *supra*, capítulo III de este trabajo, en lo pertinente a una regulación al uso de la información recopilada por la actividad registral penal en Chile.

⁸⁰ El ejercicio del derecho penal es una práctica que está bajo una constante necesidad de legitimación dado el peligro que representa para los derechos fundamentales dentro de un Estado de Derecho. Sobre la relación que existe entre derecho penal, derechos fundamentales y antecedentes penales, se estudiará en detalle en *supra*, capítulo IV de esta investigación.

⁸¹ Ley N° 19.477 Orgánica del Servicio de Registro Civil e Identificación, art. 1.

⁸² *Ibidem*, art. 1.

actualización, y custodia de los prontuarios penales⁸³. Esta indicación complementaria fue adoptada por la ley orgánica del Registro Civil con posterioridad, ya que, casi con idénticas palabras, señala como una de las funciones del servicio llevar la filiación penal de las personas, la apertura, actualización y custodia de los prontuarios penales e informar de ellos a los afectados y a las autoridades que la ley establezca⁸⁴. Para cumplir con este fin, el Registro Civil debe, por mandato legal, elaborar y mantener actualizados todos los registros que de él dependan; entre los que se encuentra el Registro General de Condenas⁸⁵.

3.2 Registro General de Condenas

3.2.1 Origen y funciones.

El 18 de octubre de 1925 el Decreto Ley N° 645 –en adelante DL 645– creó el Registro General de Condenas. En sus inicios, era un registro dependiente de la Inspección de Identificación de Santiago⁸⁶, organismo que con posterioridad se fusionó con el Servicio de Registro Civil, y originó el actual Servicio de Registro Civil e Identificación⁸⁷. En consecuencia, y hasta el día de hoy, el Registro General de Condenas es un registro dependiente e integrado del Servicio de Registro Civil e Identificación⁸⁸. La función de este registro es llevar la inscripción en el prontuario respectivo de todas las sentencias condenatorias definitivas y ejecutoriadas sobre toda clase de delitos, así como también registrar la forma en que fue cumplida la pena o las causales de cumplimiento parcial o total⁸⁹. Así, el Registro General de Condenas está constituido por los prontuarios penales⁹⁰ de las personas involucradas en hechos delictivos⁹¹, esto es, la

⁸³ Decreto Supremo N° 64, art. 2.

⁸⁴ Ley N° 19.477, art. 4 N° 5.

⁸⁵ *Ibíd*em, art. 4.

⁸⁶ Decreto Ley N° 645, art. 1.

⁸⁷ Decreto N° 51 de 6 de febrero de 1943.

⁸⁸ Ley N° 19.477, art. 4 N°1.

⁸⁹ Decreto Ley N° 645, art. 3.

⁹⁰ El concepto de «prontuario penal» se analizará en *supra*, capítulo III, debido a razones metodológicas que facilitan su estudio en relación al certificado de antecedentes penales, en el apartado sobre legislación sobre eliminación y omisión de antecedentes penales. Por ahora, cabe añadir que por prontuario penal debe entenderse que es un documento público que da fe de la identidad de una persona y de las anotaciones penales que ella registra.

⁹¹ *Ibíd*em, art. 1.

filiación penal y el registro de las causas por las cuales la persona está siendo procesada o condenada⁹².

3.2.2 ¿Finalidad? Del Registro General de Condenas.

Sin embargo, el DL 645 nada dice sobre la finalidad perseguida con la creación de este registro. El texto legal que da origen al Registro General de Condenas delimita las atribuciones y funciones que al registro le corresponden, pero no se aprecia un fin más allá la actividad de registrar sentencias penales condenatorias. Bajo el principio de control de la autoridad, lo que se aprecia es un claro interés estatal por contar con un registro de sentencias penales condenatorias, pero la pregunta sobre cuál es el interés del Estado de contar con un registro de sentencias condenatoria permanece sin respuesta.

En la práctica, bajo el sistema procesal penal vigente en Chile, la finalidad de auxiliar al sistema de justicia penal se mostraría como su fin más próximo basado en las siguientes consideraciones: i) Se explicitó que, de acuerdo a la ley, la función primordial del Registro General de Condenas es el registro de sentencias condenatorias penales, lo que corresponde a la función primaria de la actividad registral, relacionada con la recolección y conservación de datos⁹³; ii) Consecuente con el principio de publicidad y su función secundaria antes estudiada, todo registro publica o divulga, en mayor o en menor medida, la información que recolecta. Como se abordará más adelante en la sección 3.2.7 y siguientes, el DL 645 establece un número restringido de destinatarios a quienes el Registro General de Condenas puede y debe entregar información referida a las sentencias penales registradas⁹⁴; iii) El círculo de usuarios que puede acceder a esta información está, en su mayoría, compuesto por órganos pertenecientes a la administración de justicia, tales como tribunales de justicia con competencia en lo penal, el Ministerio Público y el Juzgado de Policía Local, quienes podrán requerir, directamente, esta información al registro⁹⁵; iv) La entrega de información que realiza el Registro General de Condenas posee un rol explícito dentro del proceso penal⁹⁶ –en el cual intervienen todos los destinatarios antes mencionados– al

⁹² ZÚÑIGA SAN MARTÍN, Ana María. 1991. *Legislación sobre omisión y eliminación de antecedentes penales*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 10.

⁹³ Decreto Ley N° 645, art. 3.

⁹⁴ Decreto Ley N° 645, art. 2.

⁹⁵ Decreto Ley N° 645, art. 2. Salvo el titular de la información, todos los sujetos habilitados para acceder al Registro General de Condenas pertenecen a la administración de justicia del estado.

⁹⁶ Código Penal, art. 69. Este artículo establece que, para efectos de individualizar judicialmente la pena, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y

momento de determinar la naturaleza, magnitud y la forma de ejecución de una pena en tanto consecuencia jurídica impuesta sobre la persona responsable de un hecho jurídico-penalmente delictivo⁹⁷. Es decir, la información contenida en el Registro General de Condenas constituye un elemento crucial para que el tribunal competente efectúe la determinación exacta de la pena cuya imposición es objeto de la sentencia respectiva⁹⁸.

En consecuencia, es posible concluir que la principal finalidad legalmente establecida para la actividad del Registro General de Condenas es ser una entidad auxiliar a los órganos de justicia, al entregar información que sirve de base para la determinación judicial de la pena. Si bien esto permite responder a la pregunta sobre cuál es el interés del Estado de contar con un registro de sentencias condenatorias, solo lo hace parcialmente ya que, como veremos más adelante, en la actualidad el uso de los antecedentes penales ha sido incorporado en otras áreas diversas de la judicial como, por ejemplo, en el ámbito de selección laboral⁹⁹. Siguiendo con la línea investigativa de este trabajo, y en lo que al Registro General de Condenas respecta, a continuación analizaremos de qué forma este registro realiza, en la práctica, la entrega de esta información.

3.2.3 Confidencialidad de la información.

Respecto de los datos que conserva el Registro General de Condenas, por regla general, la legislación nacional ha optado por el secreto y confidencialidad de la información administrada. Tal característica de resguardo que envuelve a los antecedentes penales, tanto en su tratamiento por servicios públicos como en su acceso a terceros, responde a la relación implícita que existe entre el historial penal del individuo y el derecho a la privacidad. Así, la confidencialidad que rodea a los antecedentes penales es correspondiente a una protección normativa del derecho a la vida privada, que goza de una regulación general, de rango constitucional, y otra particular, de rango legal, sin perjuicio de la regulación especial que establece el propio Decreto Ley N° 645. Pero ¿cuál es la relación que existe entre los antecedentes penales y el derecho a la privacidad?

agravantes. En relación a este artículo, el mismo Código Penal, en su art. 12 N° 15 y 16, señala que constará como circunstancia agravante el haber sido condenado culpable con anterioridad y, como atenuante, la irreprochable conducta anterior del acusado, según el 11 N° 6, lo que ha sido interpretado por los tribunales como la ausencia de sentencias penales condenatorias,

⁹⁷ MAÑALICH, Juan Pablo. 2010a. ¿ Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?. Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2009, p.43.

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ Sobre los distintos usos de antecedentes penales se verá en *supra*, capítulo III, a propósito del uso de antecedentes penales.

Como se anunció en la introducción, el objeto de esta investigación no es determinar la naturaleza del derecho a la vida privada, sino analizar de qué manera su protección incide directamente en la regulación de los antecedentes penales. Por esta razón, se abordará incidentalmente la regulación constitucional que existe sobre el derecho a la privacidad para luego estudiar la protección legal sobre el derecho a la vida privada establecida en la Ley N° 19.628 de 1999 que contiene notables aportes, tanto normativos como teóricos, sobre el velo de confidencialidad que cubre a los antecedentes penales. En cuanto a la regulación especial realizada por el Decreto Ley N° 645, se estudiará en detalle a propósito del acceso que privados e instituciones públicas tienen a esta información.

3.2.4 Los antecedentes penales y el derecho a la privacidad.

Como anticipamos, el carácter constitucional de la confidencialidad de la información relativa a condenas se regula desde una perspectiva de resguardo a la protección de la vida privada de las personas, dentro de la cual se encontrarían los antecedentes penales de cada individuo. Así, la Constitución Política de la República establece que toda persona tiene derecho al respeto y la protección de la vida privada, a la honra de su persona y de su familia¹⁰⁰. En sintonía con lo anterior, el Estado debe promover y respetar tales derechos, ya sean aquellos garantizados en forma expresa con la Constitución, o en relación a los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes¹⁰¹. Sobre esto último, los tratados internacionales también se han pronunciado en materia de protección a la vida privada, al señalar que nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada¹⁰², y reconocen que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques¹⁰³, entre otras formas de protección¹⁰⁴.

Sin embargo, la subsunción de los antecedentes penales dentro del ámbito de privacidad de las personas protegido por la Constitución, no es algo que la carta magna reconozca de manera expresa. Si bien la norma fundamental establece una protección general al derecho a la privacidad

¹⁰⁰ Constitución Política de la República de Chile, art. 19 N°4.

¹⁰¹ Constitución Política de la República de Chile, art. 5.

¹⁰² Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, art. 12.

¹⁰³ Convención Americana Sobre los Derechos Humanos 1969, art. 11.

¹⁰⁴ Entre los tratados ratificados y vigentes en Chile que se relacionan con la protección al derecho de privacidad de las personas, podemos nombrar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1949, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Americana Sobre los Derechos Humanos de 1969.

de forma directa, en el citado artículo 19 N°4 y, de manera indirecta, en su artículo 5, la inclusión de los antecedentes penales en el ámbito de la vida privada de las personas y su correspondiente protección constitucional puede ser reforzada si se complementa con las disposiciones establecidas por la ley N° 19.628 del año 1999, sobre la protección de la vida privada¹⁰⁵.

3.2.5 Autodeterminación informativa: El camino propuesto por la Ley N° 19.628.

La incidencia que posee la ley N° 19.628 en materia de antecedentes penales es tan variada como importante: aporta elementos terminológicos complementarios a la legislación¹⁰⁶, contiene situaciones de hecho para hipótesis de omisión de antecedentes penales¹⁰⁷ y, además, el espíritu del legislador en esta norma constituye un criterio orientador de políticas legislativas para el tratamiento de datos relativos a condenas penales¹⁰⁸. La relevancia de cada uno de estos puntos será estudiado en detalle más adelante. Sin embargo, en lo que respecta a los antecedentes penales y su relación con la vida privada, será analizado a continuación.

El derecho a la vida privada garantiza herramientas jurídicas que protegen al individuo frente a intromisiones ilegítimas de terceros en su esfera íntima. Esto implica, por un lado, un derecho a defensa respecto de terceros y, por otro lado, la capacidad de determinar por sí mismo cuándo y de qué forma la información¹⁰⁹ sobre la vida privada debe y puede ser comunicada¹¹⁰. Así, podemos identificar que esta variable importa un nuevo derecho implícito en las libertades negativas¹¹¹ constituidas por la protección del derecho a la vida privada, a la intimidad, a la propia

¹⁰⁵ Los pormenores de esta ley, el contexto que rodeó su elaboración, así como sus disposiciones en torno a la omisión de antecedentes penales, serán estudiadas más adelante en *supra*, capítulo II, a propósito de la legislación nacional en materia de antecedentes penales. Por ahora, basta decir que el legislador quiso regular con mayor rigurosidad la protección de datos personales contenidos en archivos, registros, bases de datos y ficheros, materias en las cuales la presente ley pretende ser un complemento a la protección normativa de información. Para más detalles, ver *Historia de la ley N° 19.628*, p. 7.

¹⁰⁶ Ley N° 19.628, art 2. En especial, sus letras f) y g).

¹⁰⁷ Ley N° 19.628, art 21.

¹⁰⁸ Ver *Historia de la Ley N° 19.628 e Historia del artículo 2 de la ley N° 19.628*.

¹⁰⁹ En este sentido, el legislador chileno estima que los datos que se protegen no tienen por qué ser íntimos. Basta con que sean personales para que sean objeto de tutela jurídica. Sobre este tema, ver discusión de la *Historia de la Ley N° 19.628*, p. 197.

¹¹⁰ Para una concepto más acabado de «autodeterminación informativa», ver ROUVROY, Antoinette; POULLET, Yves. 2009. The right to informational self-determination and the value of self-development: Reassessing the importance of privacy for democracy. En *Reinventing data protection?*. Springer Netherlands, p. 45-76; DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. 1999. La construcción del derecho a la autodeterminación informativa. *Revista de estudios Políticos*, no 104, p. 35-60; DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. 1990. El derecho a la autodeterminación informativa. *Tecnos, Madrid*.

¹¹¹ La libertad negativa debe entenderse como aquella libertad asociada a la ausencia de coacción externa, es decir, se es libre en la medida que ninguna persona, o grupo de personas, interfiera con actividades personales.

imagen, a la honra de su persona, así como al derecho a la dignidad de la persona y los principios de igualdad, no discriminación y libertad personal¹¹². Este es el terreno abarcado por la autodeterminación informativa.

La autodeterminación informativa puede ser definida como la potestad que posee el titular de los datos personales de establecer límites sobre la distribución de su información privada a terceros¹¹³. En este sentido la autodeterminación informativa, más que impedir el proceso y tratamiento electrónico de datos por parte de bancos de datos, sean públicos o privados, ofrece un control a los titulares sobre el uso que terceros puedan hacer sobre dicha información¹¹⁴. En el derecho comparado, el Tribunal Constitucional español ha establecido que la autodeterminación informativa no solo implica un instrumento específico de protección de los derechos del ciudadano frente al uso indiscriminado de la tecnología informática, sino que además consagra el derecho fundamental –derivado del derecho a la vida privada– de controlar el flujo de información que concierne a cada persona con el objetivo de evitar que tales datos personales propicien comportamientos discriminatorios en contra de sus titulares, independiente de si tales datos pertenecen o no al ámbito más estricto de la intimidad, preservando así el pleno ejercicio de sus derechos en un Estado Democrático¹¹⁵.

En esta misma línea argumentativa, en Chile, la comisión redactora de la ley N° 19.628 identificó que, en materia de protección a la vida privada, el problema más acuciante que suscitaba la tutela de la intimidad frente a la informática no era impedir el tratamiento electrónico de datos

En este sentido, el reconocimiento fundamental del derecho a la vida privada garantiza una defensa ante intromisiones ilegítimas y externas en aspectos íntimos y privados de los individuos en sociedad y, en consecuencia, se protege la libertad negativa de las personas a desarrollarse individualmente sin intromisiones de terceros. Sin embargo, la autodeterminación informativa conlleva al reconocimiento de una libertad positiva, por cuanto este concepto de libertad implica que las decisiones y determinación del individuo dependen de sí mismo y no de la ausencia de coacción de terceros. Así, dentro del ámbito del derecho a la vida privada, la autodeterminación informativa tiene como objetivo, además del derecho constitucional a la vida privada asociado a una libertad negativa, el reconocimiento de instrumentos que permitirían al individuo una participación activa en la concreción del derecho a la vida privada, desde una perspectiva asociada al ejercicio de una libertad positiva. Para un concepto más detallado sobre libertad positiva y negativa, ver BERLIN, Isaiah. 2001. Dos conceptos de libertad y otros escritos, trad. de A. Rivero, Madrid, Alianza.

¹¹² Historia de la Ley N° 19.628, p.198.

¹¹³ BAZÁN, Víctor. 2005. El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado. *Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Vol 3, n°2, P. 87.

¹¹⁴ DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. (1990), p. 11.

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 11/98, de 13 de enero de 1998, considerando quinto. Disponible en: http://www.belt.es/jurisprudencia/anterior/seg_inf_y_prot_datos/prot_datos/pdf/stc_11_1998.pdf. Última vez visto el 29 de diciembre de 2015.

personales en registros y bancos de datos, necesarios para el funcionamiento de cualquier Estado moderno, sino que asegurar un uso democrático de esta información¹¹⁶. Así, los parlamentarios señalaron que el derecho a la vida privada no se puede limitar al derecho a ser «dejado en paz» sino que, mediante el reconocimiento de la autodeterminación informativa, se busca otorgar al individuo la facultad de controlar el uso que otros hagan de datos que le conciernen¹¹⁷. Se trata, entonces, de concebir el derecho a la vida privada no solamente como un derecho garantista de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, sino que, al mismo tiempo, como un derecho activo de control sobre el flujo de informaciones que afectan a cada sujeto¹¹⁸.

Si bien este principio no fue adoptado explícitamente por el legislador al momento de redactar la ley, la autodeterminación informativa, como principio subyacente en la redacción de la ley N° 19.628, es el criterio adecuado para ser considerado a la hora de analizar el régimen de eliminación y omisión de antecedentes penales¹¹⁹. El derecho a la autodeterminación informativa entrega una mayor protección al derecho a la vida privada, en lo relativo a los antecedentes penales. En primer lugar, y dado el contenido de este derecho, no solo abarca la tutela constitucional a la vida privada consagrada en el artículo 19 N° 4 de nuestra Constitución Política de la República sino que permite integrar otras garantías constitucionales como lo son el derecho a la dignidad¹²⁰, el derecho a la igualdad¹²¹ y el derecho a no ser discriminado¹²², creando un sistema de protección más completo que aquél solo limitado al derecho a la privacidad en sentido

¹¹⁶ Historia de la Ley N° 19.628, p. 198; La comisión redactora no explica qué debe entenderse por «uso democrático» de la información. Sin embargo, debido a la naturaleza del concepto de autodeterminación informativa aludido en la discusión del proyecto de ley, la referencia a un «uso democrático» de datos está asociado al reconocimiento de una potestad de los ciudadanos para participar de manera activa en la regulación del flujo de información dentro de un Estado determinado.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 198.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 198.

¹¹⁹ El modelo original de la ley N° 19.628, en su artículo 1, establecía que «esta ley asegura el derecho de autodeterminación informativa de las personas respecto de los datos personales tratados en bancos de datos (...)» Sin embargo, el legislador consideró que la autodeterminación informativa no era un criterio asentado en la doctrina nacional y su incorporación expresa podría acarrear una confusión en la aplicación de la ley. Así, el legislador decidió desechar la incorporación expresa del principio pero lo reconoce como la base doctrinal detrás de la redacción de la ley. Sobre esto se volverá en detalle en *supra*, capítulo III de esta investigación.

¹²⁰ Constitución Política de la República, artículo 1, inc. 1°: «Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos».

¹²¹ Constitución Política de la República, artículo 1 inc. 1° y artículo 19 N° 2 inc. 1: «La Constitución asegura a todas las personas: 2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley»

¹²² Constitución Política de la República, artículo 19 N° 16: «La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos».

estricto. Por otro lado, tal como se expuso, el reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa es el camino al que optó el legislador en materia de protección a la vida privada en la elaboración de la ley N° 19.628 de 1999, lo que implica que las disposiciones contenidas en este cuerpo legal no solo llenan el vacío normativo que existía al momento de su dictación en la protección del derecho a la privacidad¹²³, sino que también sus disposiciones deben interpretarse de manera extensiva y armónica con el resto de las normas disponibles para la tutela jurídica del derecho a la privacidad. De manera que utilizando el derecho a la autodeterminación informativa como criterio orientador, el secreto y la confidencialidad de la información relativa a los antecedentes penales cumplen una función protectora normativa de índole constitucional y legal, que no solo se limita al derecho subjetivo de resguardo del individuo respecto de terceros que quieran acceder a ella, sino que impone un deber para los poderes públicos y, en especial, al legislador, de adoptar y proponer las medidas necesarias para garantizar el derecho a la privacidad frente a terceros, reconociendo a cada individuo la facultad de autodeterminarse mediante el control del flujo de su información.

3.2.7 Las instituciones y el acceso a la información.

La ley N° 19.628 sobre la protección de la vida privada determina que los organismos públicos –entre los que se incluye el Servicio de Registro Civil e Identificación– que administren datos personales relativos a condenas por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias, no podrán comunicarlos una vez prescrita la acción penal o administrativa, o cumplida o prescrita la sanción o la pena¹²⁴.

Sin embargo, el principio de secreto y confidencialidad que envuelve a los antecedentes penales tiene como excepción aquellos casos en que la información sea requerida por los tribunales de justicia u otros organismos públicos facultados para ello, ante lo cual el Registro General de Condenas deberá entregar la información solicitada¹²⁵. En consonancia con la ley N° 19.628, el Decreto Ley N° 645 señala que el Registro Civil comunicará al Ministerio Público, a los tribunales con competencia en lo criminal o a los juzgados de policía local, los datos que sean

¹²³ En este sentido, en la Historia de la Ley N° 19.628, el legislador señala que estamos frente a: «(...) un proyecto de ley que viene a llenar un vacío manifiesto en nuestro ordenamiento jurídico y cuyo propósito es dar una adecuada protección al derecho a la privacidad de las personas».

¹²⁴ Ley N° 19.628, art. 21, inc. 1.

¹²⁵ *Ibidem*, art. 21, inc. 2.

necesarios para comprobar la reincidencia de los imputados¹²⁶ y reitera, de esta manera, la excepción contemplada en la ley N° 19.628. Esta excepción tiene un fundamento normativo ulterior consistente en dar cumplimiento a las disposiciones del Código Penal, el que contempla como atenuante¹²⁷ o agravante¹²⁸ –según corresponda– la conducta anterior del imputado. Por otro lado, los organismos de la administración pública también están autorizados para solicitar informes de antecedente penal pero solo respecto de aquellas personas que postulan para desempeñar cargos públicos, sin mediar el consentimiento del titular de la información¹²⁹.

En consecuencia, sólo los organismos de la Administración Pública en casos especiales, el Ministerio Público, las autoridades judiciales, policiales y Gendarmería de Chile respecto de las personas sometidas a su custodia pueden solicitar la exhibición de los datos que se anoten en el Registro¹³⁰. La infracción al carácter secreto de la información contenida en el registro hecha por el empleado quien en razón de su cargo la revela, se sancionará con artículo 246 del Código Penal, esto es, un delito de funcionario público en relación a la «violación de secreto»¹³¹.

3.2.8 Los particulares y el acceso a la información.

La confidencialidad de la información es la regla general en el tratamiento de datos relativos a condenas, ya que nadie tiene derecho a solicitar la información de datos que lleva el Registro General de Condenas¹³². Si bien esta prohibición señalada en el Decreto Ley N° 645 parece absoluta, dicha regla general contempla dos situaciones excepcionales: cuando la solicitud es hecha por el titular de la información, por un lado, y cuando se trata de requerimientos realizados al Registro de Inhabilidades para ejercer funciones en ámbitos educacionales con menores de edad. En el primer caso, la facultad que tiene el titular para solicitar la información administrada por el Registro General de Condenas se estudiará más adelante, a propósito de los certificados de antecedentes penales que expide el Registro Civil. En cuanto al segundo caso, se analizará a continuación y en conjunto con la situación de las personas condenadas por delitos sexuales contra menores.

¹²⁶ Decreto Ley N° 645, art. 2.

¹²⁷ Código Penal, art. 11 N° 6.

¹²⁸ *Ibidem*, art. 12 N° 15 y 16.

¹²⁹ Ley N° 18.834, art. 12 inc. 5.

¹³⁰ Decreto Ley N° 645, art. 6.

¹³¹ *Ibidem*, art 6.

¹³² *Ibidem*, art 6, inc. 1.

3.3 Situación especial: El registro de Inhabilidades para ejercer funciones en ámbitos educacionales con menores de edad.

La legislación chilena contempla una situación especial respecto de las personas condenadas por delitos sexuales contra menores de edad, ya que el Código Penal establece ciertas inhabilidades¹³³ que, de manera accesoria, se imponen a quienes son condenados por estos delitos¹³⁴. En este ámbito, la ley N° 20.594¹³⁵ incluyó importantes modificaciones al Decreto Ley N° 645 que rige al Registro General de Condenas.

Los objetivos de la ley N° 20.594 no solo se remitían a registrar las inhabilidades accesorias a las sentencias condenatorias por delitos sexuales contra menores, sino que también crear un registro especial y de acceso público para dicha información¹³⁶. Finalmente, solo se optó por crear una sección especial en el registro denominada «Inhabilidades para ejercer funciones en ámbitos educacionales o con menores de edad» –en adelante, Registro de Inhabilidades– en la cual se registran todas las inhabilidades establecidas en el artículo 39 bis del Código Penal¹³⁷.

3.3.1 Los particulares y el acceso al Registro de Inhabilidades.

En cuanto a la accesibilidad de tal información en el caso de los particulares, el Decreto Ley N° 645 establece que, independiente de si se trata de una persona natural o jurídica, estas podrán 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 alguna persona para algún empleo que implique relacionarse con menores de edad¹³⁸. En otras palabras, dicho acceso al Registro de Inhabilidades debe estar siempre fundado en razones laborales. Es decir, la ley autoriza este requerimiento de información solo 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 similar¹³⁹.

¹³³ Código Penal, art. 39 bis. Esta inhabilidad absoluta, que puede ser perpetua o temporal, para ejercer actividades que impliquen relación habitual y directa con menores de edad constituye una pena accesoria a los infractores de la ley penal en materia de delitos sexuales contra menores.

¹³⁴ *Ibíd*em, art. 372

¹³⁵ Ley 20.594 que «crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades».

¹³⁶ Historia de la ley 20.594, p. 38.

¹³⁷ Decreto Ley N° 645, art. 1, inc. 3.

¹³⁸ *Ibíd*em, art 6 bis, inc. 1.

¹³⁹ *Ibíd*em, art 6 bis, inc 1.

3.3.2 Las instituciones y el acceso al Registro de Inhabilidades.

En cuanto a acceso institucional al Registro de Inhabilidades, el decreto faculta a cualquier institución, sea pública o privada, que por la naturaleza de su actividad necesite contratar a una persona determinada para algún empleo, cargo, oficio o profesión que involucre relación directa y habitual con menores de edad, a solicitar que se le informe, para fines particulares, si el individuo se encuentra afecto a la inhabilitación establecida por el artículo 39 bis del Código Penal¹⁴⁰. Sin perjuicio de lo anterior, cualquier persona podrá solicitar esta información al registro siempre que cuente con la autorización expresa de aquel cuyos antecedentes se solicitan¹⁴¹.

3.4 Situación especial: El sistema de búsquedas de causas por RUT del Poder Judicial.

Tal como se ha analizado hasta el momento, el acceso a la información es objeto de especial regulación, tanto en su administración como en su distribución, por los distintos cuerpos legales que convergen en materia de antecedentes penales. Las prohibiciones y habilitaciones para quienes quieren acceder a registros penales tienen una clara orientación al respeto y protección de la vida privada de las personas¹⁴², situación que, como ya analizamos, tiene rango constitucional¹⁴³. Sin embargo, esta confidencialidad que rodea el ámbito de registros penales tuvo por mucho tiempo una ventana de libre acceso a este contenido por medio del Poder Judicial y su sistema de búsqueda de su página web, la que, a través de la búsqueda con los campos de nombre y/o cédula de identidad de la persona, permitía saber si una persona era parte de alguna causa judicial-civil, laboral o penal.

El proceso de adjudicación realizado por los tribunales chilenos no escapa los principios de transparencia y acceso a la información que rigen a la administración pública¹⁴⁴ y, por tanto, el Poder Judicial, y los tribunales que lo integran¹⁴⁵, deben permitir y promover el conocimiento de

¹⁴⁰ Decreto Ley N° 645, art. 6 bis, inc. 2.

¹⁴¹ *Ibidem*, art. 6 bis, inc. 2.

¹⁴² Entre los cuerpo legislativos que protegen o, más bien, impiden el acceso de terceros a contar con antecedentes penales ajenos, podemos mencionar el artículo 6 y 6 Bis del Decreto Ley N° 645; Artículo 12 del DS N° 64; Y, por supuesto, el artículo 21 de la Ley N° 19.628 de protección a la vida privada, entre otros.

¹⁴³ De acuerdo a lo señalado en su art. 19 N° 4, la Constitución Política de la República asegura a todas las personas: «El respeto y la protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia».

¹⁴⁴ Ley 20.285 sobre acceso a la información pública, art. 1.

¹⁴⁵ De acuerdo al artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales, los tribunales ordinarios que conforman el Poder Judicial son: La Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los Presidentes y Ministros de Corte, los tribunales de juicio oral en lo penal, los juzgados de letras y los juzgados de garantía; Además, forman parte del Poder Judicial, como tribunales especiales, los juzgados de familia, los Juzgados de Letras del Trabajo, los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional y los Tribunales Militares en tiempo de paz.

los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en el ejercicio de sus potestades¹⁴⁶. Para cumplir lo anterior, en materia de transparencia, la publicidad es uno de los principios que orientan el quehacer del Poder Judicial¹⁴⁷, tal como se desprende del Principio General sobre Publicación de Sentencias, el cual señala que las sentencias y otras resoluciones¹⁴⁸ dictadas por los tribunales del país deberán publicarse salvo aquellas exceptuadas por ley¹⁴⁹. Sin embargo, distintas plataformas de recepción de información del Poder Judicial¹⁵⁰ detectaron un incremento en las denuncias por utilización maliciosa de las bases de datos de causas judiciales, reflejado en uso de información como fundamento de discriminación en temas laborales y operaciones comerciales, entre otros¹⁵¹.

Para resguardar el correcto uso de la publicidad de sentencias dictadas por los tribunales del país, durante el año 2009, mediante el Acta N° 72-2009, se estableció un instructivo de publicación de sentencias, el cual señala que el catastro de resoluciones de términos y fallos podrá consultarse en el Portal de Internet del Poder Judicial. Estas resoluciones podrán ser encontradas por cualquier persona a través de motores de búsqueda disponibles en el referido portal. Sin perjuicio de lo anterior, en ningún caso se permitirá realizar búsquedas según RUT o por nombre¹⁵².

No obstante la regulación antes señalada, en la práctica el sistema de consultas de la página web del Poder Judicial continuó permitiendo las búsquedas por RUT y no fue sino hasta el 1 de abril de 2015 que el presidente de la Corte Suprema, el ministro Sergio Muñoz, resolvió

¹⁴⁶ Ley 20.285, art. 3.

¹⁴⁷ Los principios orientadores del Poder Judicial, se encuentran disponibles en: <http://autoacordados.pjud.cl/>. Última vez visitado el 20 de julio de 2015.

¹⁴⁸ Entre las resoluciones que deben publicarse, el compendio de Auto Acordados de la Excelentísima Corte Suprema, establece en su Capítulo Vigésimo Primero de la Transparencia, título III De la Publicación de Sentencias, Artículo 13, que en materia penal, deberán publicarse Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderá que deben publicarse "*Las sentencias definitivas e interlocutorias, sobreseimientos definitivos y sobreseimientos temporales*".

¹⁴⁹ Compendio de Auto Acordados de la Excelentísima Corte Suprema. Capítulo Vigésimo Primero de la Transparencia, título III De la Publicación de Sentencias, Artículo 11. Disponible en: <http://autoacordados.pjud.cl/>. Última vez visitado el 20 de julio de 2015.

¹⁵⁰ Entre las fuentes receptoras de información que posee el Poder Judicial, podemos mencionar a la Comisión de Transparencia y Acceso a la Información del Poder Judicial, redes sociales en las cuales interactúa el Poder Judicial con sus usuarios, unidades de atención al público de los tribunales del país, por mencionar algunos.

¹⁵¹ <http://goo.gl/sO9LCw>.

¹⁵² Acta N° 72-2009, actualmente integrada al Compendio de Auto Acordados de la Excelentísima Corte Suprema. Capítulo Vigésimo Primero de la Transparencia, título III De la Publicación de Sentencias, Artículo 15. Disponible en: <http://autoacordados.pjud.cl/>. Última vez visitado el 20 de julio de 2015.

eliminar de facto la búsqueda de causas por RUT de los sistemas digitales de consulta de la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones, juzgados civiles, de letras del trabajo y garantías; además de los tribunales orales en lo penal de todo el país, que se encontraba a disposición del público general en la página web del Poder Judicial¹⁵³.

3.5 Conclusiones.

Debido a la cantidad de materia abarcada hasta este punto, a modo de conclusión, estableceré distintos apartados para identificar los resultados del ejercicio analítico sobre el sistema registral penal en Chile.

-Conformación del sistema registral penal.

Si bien el Servicio de Registro Civil e Identificación y el Registro General de Condenas tuvieron orígenes distintos, la necesidad de contar con un solo cuerpo legal que reuniera diversas funciones registrales¹⁵⁴ llevó a unificar todos los registros bajo la custodia de una misma institución¹⁵⁵. Esta institucionalidad, además del conjunto de normas que las rodea constituye nuestro sistema registral penal.

-Principios aplicables al sistema registral penal.

Tal como está estructurado en nuestro país, este sistema permite distinguir dos funciones relevantes. La primera de ellas es registrar toda la información relacionada con condenas penales relativas a individuos particulares. La segunda es regular el flujo de esta información mediante el acceso a los antecedentes penales, ya sea a particulares o a organismos públicos. Así, la identificación de funciones primarias y secundarias permite establecer que el *principio de publicidad* tiene plena aplicación en este registro en cuanto a la entrega de información; Esta entrega de información es realizada, en su mayoría, a organismos del sistema de justicia, lo que permite comprender el alcance del *principio de control de la autoridad* y el interés estatal de registrar las sentencias penales condenatorias. Este interés del Estado se materializa al interior del proceso

¹⁵³ <http://goo.gl/vFLxLf>.

¹⁵⁴ Historia de la Ley 19.477, p. 4. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30844>. Última vez visto el 13 de enero de 2016.

¹⁵⁵ En la actualidad, de acuerdo a la ley N° 19.477 en su artículo 4°, el Registro Civil lleva, al menos, nueve registros diferentes, entre los que se encuentra el Registro General de Condenas. Otros registros dependientes del Registro Civil son el Registro de Nacimiento, Matrimonio y Defunción; Registro de Pasaportes; Registro de Conductores de Vehículos Motorizados; Registro de profesionales; y Registro de Discapacidad, por nombrar algunos.

penal al momento de la determinación judicial de la pena y, por tanto, de acuerdo al *principio de seguridad jurídica*, los tribunales de justicia trabajan sobre la base de una garantía de veracidad de aquello que está registrado.

- Finalidad del sistema registral penal.

Mediante la entrega de información que realiza el registro, el sistema registral penal chileno se articula sobre una finalidad auxiliar al sistema de justicia, al establecer procedimientos de comunicación y cooperación con el Ministerio Público, tribunales de justicia y autoridades policiales entre otros. En este sentido, el origen y función del sistema registral penal chileno comparte las mismas características con su símil argentino: satisfacer una necesidad jurídico penal, mediante el almacenamiento de datos penalmente relevantes. Sin embargo, tal como vimos a propósito del sistema de búsqueda de causas del Poder Judicial, este objetivo auxiliar que cumple el sistema registral ha sido distorsionado por prácticas discriminatorias que consideran a los antecedentes penales como un factor relevante para la toma de decisiones cotidianas, en especial aquellas referidas al ámbito laboral. Este escenario adverso, compuesto por el uso indiscriminado y arbitrario del historial penal, hace imperioso analizar la legislación relacionada con el sistema de eliminación y omisión de antecedentes penales. Notaremos que, a diferencia de las normas que componen el sistema registral penal, los cuerpos legales involucrados aquí tienen como objetivo establecer distintos mecanismos que permiten eliminar u omitir antecedentes así como también llenar algunos vacíos terminológicos referidos tanto al sistema registral penal, como al sistema de eliminación y omisión de antecedentes penales propiamente tal.

Capítulo II: El sistema de eliminación y omisión de antecedentes penales.

1. Consideraciones previas.

Como ya analizamos, el propósito del sistema registral penal es la anotación de todas las sentencias condenatorias recaídas sobre un individuo como resultado del proceso de adjudicación penal¹⁵⁶. Los antecedentes penales son la consecuencia directa en la aplicación de una sentencia condenatoria, de acuerdo a la labor que desarrolla el sistema registral penal.

Sin embargo, en un Estado de Derecho, tanto su institucionalidad como su normativa, debe asegurar a los miembros de la sociedad el ejercicio íntegro de sus derechos¹⁵⁷. Aquello implica que una vez que el Estado haya limitado las garantías constitucionales del individuo mediante la imposición de una pena, debe posteriormente restaurar en plenitud aquellas garantías que se les reconocen a los ciudadanos libres¹⁵⁸. En este sentido, la legislación chilena, para restituir al individuo a la misma condición en la que se encontraba antes de ser imputado y condenado, considera innecesario mantener la anotación en el prontuario penal respecto de ex penados que han demostrado estar reintegrados a la vida colectiva¹⁵⁹.

Para cumplir con esta finalidad restaurativa, el legislador ha establecido una serie de mecanismos normativos que permite a sus usuarios modificar la información relacionada con su registro de anotaciones penales, como medio para restablecer todas aquellas garantías restringidas como consecuencia de la imposición de una sentencia penal¹⁶⁰. Así, el Estado dispone dos formas distintas para lograr este objetivo restaurativo: la eliminación y la omisión de antecedentes penales.

¹⁵⁶ Decreto Ley N° 645, art. 3.

¹⁵⁷ Dentro de las bases y principios del régimen constitucional chileno, al Estado le es asignado un rol de garante respecto de los derechos de sus ciudadanos, tal como lo menciona la Constitución Política de la República de Chile, en su artículo 1 inciso 4: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Tal como podemos advertir, en ningún pasaje de este artículo se menciona como excepción la tutela de derechos de las personas en proceso de ejecución de penas quienes, en consecuencia, también se encuentran contenidos en el alcance de este artículo.

¹⁵⁸ Memoria (2006), Patronato Local de Reos en Manual de Procedimientos D.L. 409 (2010), Gendarmería de Chile, p. 25. Disponible en: http://html.gendarmeria.gob.cl/ventanilla_unica/doc/normativa/dl_409.pdf. Última vez visto el 20 de enero de 2016.

¹⁵⁹ Decreto Ley N° 409, considerando tercero.

¹⁶⁰ El carácter restaurativo que tiene la eliminación y omisión de los antecedentes penales no es reconocido de manera explícita en nuestra legislación. Tal propósito se puede inferir de los considerandos establecidos en el Decreto Ley N° 409, el cuerpo normativo más antiguo en esta materia. Sobre los fines restitutorios y de

Antes de comenzar con el análisis en particular de la normativa que regula el sistema de eliminación y omisión de antecedentes penales, es necesario examinar algunas definiciones que son comunes tanto al sistema registral penal como al sistema de eliminación y omisión de antecedentes penales, para luego analizar la manera en que cada norma en particular contempla distintos mecanismos de acceso a este derecho. He optado por analizar estas definiciones comunes en la presente sección, ya que el significado de estos conceptos se encuentra establecido en las mismas normas que estructuran el sistema de eliminación y omisión de antecedentes penales.

1.1 Prontuario Penal.

Al Servicio de Registro Civil e Identificación le corresponde llevar a cabo la filiación de las personas, la apertura, actualización, y custodia de los prontuarios penales¹⁶¹. En este sentido, el Registro General de Condenas debe, entre otra información, registrar en el prontuario respectivo todas las sentencias condenatorias definitivas y ejecutoriadas¹⁶² sobre toda clase de delitos que recaigan sobre un individuo determinado¹⁶³. Ambas funciones tienen un origen normativo en sus respectivas leyes orgánicas, pero en ellas nada se dice sobre el objeto de registro: el prontuario penal.

Para una definición de prontuario penal debemos acudir al DS 64, el que indica que «prontuario penal» es un documento público que da fe de la identidad de una persona y de las anotaciones que ella registra¹⁶⁴. Este concepto legal contenido en el decreto genera varias implicancias interesantes de analizar. El carácter de *documento público* que ostenta el prontuario penal no se contrapone al carácter secreto que le otorga el Registro General de Condenas ya que, tal como vimos con anterioridad, la información contenida en el prontuario penal solo será informada ante requerimiento del titular o de las instituciones facultadas para ello¹⁶⁵. Por otro lado, y en atención a la naturaleza jurídica del prontuario penal, le serán aplicables todas las

reinserción que busca el sistema de eliminación y omisión de antecedentes penales, se verá en la sección 2.1 de este trabajo.

¹⁶¹ Decreto Supremo N° 64, art. 2.

¹⁶² De acuerdo al Código de Procedimiento Civil las sentencias definitivas son aquellas que ponen fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio. A su vez, esta resolución se entenderá que está firme o ejecutoriada cuando, una vez notificada a las partes correspondientes, ya no procedan recursos en contra de la sentencia definitiva. Para más información, ver Código de Procedimiento Civil, arts. 158 y 174 y siguientes.

¹⁶³ Decreto Ley N° 645, art. 3.

¹⁶⁴ Decreto Supremo N° 64, art. 1.

¹⁶⁵ Decreto Ley N° 645, art. 6.

normas penales relativas a la protección de documento público. Así lo entendió el Decreto Ley N° 26, al indicar de manera explícita que los prontuarios penales son documentos públicos para los efectos de los artículos 193, 194, 199, 200, 201 y 247 del Código Penal, esto es, para los delitos de falsificación de instrumento público¹⁶⁶.

Al seguir con la definición legal de prontuario penal, a este se le asigna la función de «dar fe de la identidad de una persona y de las anotaciones que ella registra». Para cumplir tal fin, el mismo DS 64 enumera los elementos que debe contener: a) Individualización jurídica de la persona; b) Individualización dactiloscópica; c) Fotografía; d) Anotaciones judiciales¹⁶⁷. Dentro de sus elementos el más controversial es, sin dudas, determinar cuáles son las anotaciones judiciales que deben registrarse.

El DS 64 establece la obligación de los juzgados que ejerzan jurisdicción en lo criminal de informar al Servicio de Registro Civil e Identificación las copias de resoluciones tales como: a) Declaratorias de Reo; b) Revocatorias de Reo; c) Sobreseimientos definitivos; d) Sobreseimientos temporales y; e) Sentencias absolutorias y condenatorias¹⁶⁸. La norma mantiene el lenguaje del denominado “Antiguo Proceso Penal”. Bajo el nuevo proceso penal¹⁶⁹, instaurado en Chile progresivamente desde el año 2000, la enumeración taxativa mencionada solo se mantiene vigente respecto de la sentencia condenatoria ejecutoriada, sin que el DS 64 haya sido modificado al respecto¹⁷⁰. En consecuencia, para determinar cuáles son las anotaciones judiciales que integran el prontuario penal, el Decreto Ley N° 645 nos entrega un criterio más actualizado al indicar que en el prontuario penal se inscribirán todas las sentencias condenatorias definitivas y ejecutoriadas por crímenes y simples delitos, así como por las faltas a las que se refiere el Código Penal en sus artículos 494 N°19, 494 bis y 495 N° 25¹⁷¹.

Sobre la oportunidad procesal en la que debe constituirse el prontuario, el DS 64 indica que la apertura del prontuario penal tendrá lugar cuando las personas sean declaradas «procesados» por crímenes, simples delitos y cuasidelitos¹⁷². Más adelante agrega que en el caso de los infractores de faltas, se les filiará y abrirá prontuario penal al ser condenados por tercera vez.

¹⁶⁶ Decreto Ley N° 26, art. 12.

¹⁶⁷ Decreto Supremo N° 64, art. 1.

¹⁶⁸ *Ibidem*, art. 4.

¹⁶⁹ Código Procesal Penal, ley N° 19.696.

¹⁷⁰ MARTÍNEZ MERCADO, Fernando (2008), p. 50.

¹⁷¹ Decreto Ley N° 645, art. 3.

¹⁷² Decreto Supremo N° 64, art. 3.

En cuanto a la apertura de prontuario respecto de infractores de faltas, no existe controversia alguna ya que dicha hipótesis tiene plena aplicabilidad en la actualidad. El problema con esta normativa se refiere a que el momento procesal correspondiente a la «declaración de procesado» corresponde a una instancia perteneciente al proceso penal antiguo, lo que presupone la existencia de un auto de procesamiento que declare la calidad de «reo» o «procesado» al individuo involucrado en el proceso penal¹⁷³. Esta institución ya derogada por la entrada en vigencia del nuevo proceso penal ha llevado a los jueces de garantía a realizar la apertura del prontuario en distintos momentos procesales, sin que exista uniformidad al respecto¹⁷⁴.

1.2 Certificado de antecedentes.

Tanto el Registro General de Condenas como los prontuarios inscritos en él son secretos y, de acuerdo a la ley, sólo se autoriza su información ante el requerimiento de personas e instituciones facultadas para ello¹⁷⁵. Sin perjuicio de lo anterior, y en los casos que la ley señala, el Registro General de Condenas del Servicio de Registro Civil e Identificación otorga esta información a través de diferentes tipos de certificados, denominados de manera genérica como “certificado de antecedentes”¹⁷⁶. Al igual que el prontuario penal, el certificado de antecedentes es definido por el DS 64 como un documento público que acredita si una persona determinada registra anotaciones judiciales en su prontuario¹⁷⁷ y, en su calidad de documento público, es objeto de la misma protección que el prontuario penal¹⁷⁸.

El legislador ha señalado cuatro clases de certificados de antecedentes¹⁷⁹, entre los cuales encontramos: a) Certificado de antecedentes para manejar vehículos motorizados; b) Certificado de antecedentes para ingresar a la Administración Pública, Municipal, Semifiscal, Instituciones de Administración Autónoma, Fuerzas Armadas, Carabineros, Investigaciones y Servicios de Prisiones; c) Certificado de antecedentes para fines particulares; d) Certificado de antecedentes para fines especiales. Este último tipo de certificado contendrá copia íntegra del prontuario penal

¹⁷³ RÍOS, Cristián. 1999. Omisión y eliminación de antecedentes penales, Memoria de prueba para la obtención del grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, p. 21 y ss.

¹⁷⁴ MÁRTINEZ MERCADO, Fernando. (2008), p.51.

¹⁷⁵ Decreto Ley N° 645, art. 6.

¹⁷⁶ ZÚÑIGA, Ana María. (1991), p. 14.

¹⁷⁷ Decreto Supremo N° 64, art. 11.

¹⁷⁸ Decreto Ley N° 26, art. 12.

¹⁷⁹ Decreto Supremo N° 64, art. 12.

del solicitante y se otorgarán en caso que leyes especiales o reglamentos exijan que el postulante a algún beneficio que ellos contemplen deba acreditar su conducta anterior¹⁸⁰.

1.2.1 El sujeto activo en materia de antecedentes penales: ¿Quién está habilitado para solicitar un certificado de antecedentes penales?

Si bien el DS 64 contempla mecanismos para la entrega de información contenida en el Registro General de Condenas por medio de certificados de antecedentes, no existe la misma claridad en cuanto a la titularidad de tal derecho. Al analizar el DS 64 y, en general, toda la legislación pertinente¹⁸¹ a la omisión y/o eliminación de antecedentes penales, no encontramos ninguna disposición que de forma explícita faculte al titular o a un tercero a requerir esta información. En la práctica, la solicitud de certificado de antecedentes penales, ya sea para fines particulares o especiales¹⁸², es entregada solo al titular de dicha información o, en subsidio, a un tercero con mandato especial para ello¹⁸³.

El siguiente recuadro corresponde a un catastro de todas las referencias que existen en la normativa penitenciaria chilena en relación a la identidad del sujeto facultado para intervenir en materia de antecedentes penales en distintos niveles, ya sea en relación al requerimiento de certificados de antecedentes penales, así como también para incidir en su modificación mediante su omisión o eliminación:

Norma	Artículo
Decreto Supremo N° 64 de 1960.	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 10: «<i>La eliminación de anotaciones prontuariales y de prontuarios se hará a petición de parte (...)»</i> • Art. 12: « (...) c) <i>Para fines particulares, y d) Para fines especiales. Estos certificados</i>

¹⁸⁰ *Ibidem*, art. 12, letra d).

¹⁸¹ Por «legislación pertinente», entendemos todas las normas en materia de eliminación y omisión de antecedentes penales, contenidos en el recuadro desplegado en el punto 2.8 de este capítulo.

¹⁸² Recordar que el artículo 12 del DS 64 distingue entre tipos de certificados que emite el Registro Civil. En el caso en análisis nos referimos a sus letras c) y d), por estar directamente relacionadas con el acceso a los antecedentes penales.

¹⁸³

http://www.registrocivil.cl/PortalOI/Servicios/servicios/html/Cod_Clase_3/Cod_SubClase_6/tramite_142.html.
Última vez visto el 15 de julio de 2015.

	<p><i>contendrán copia íntegra del prontuario penal del solicitante y se otorgarán cuando leyes especiales o reglamentos exijan que el postulante a algún beneficio que ellos contemplen deba acreditar su conducta anterior”.</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 13: « El Directo General del Servicio de Registro Civil e Identificación, a petición del interesado y previo informe del Gabinete Central de Identificación y del Fiscal del servicio, podrá disponer en casos calificados y por resolución fundada, que se omitan en los certificados de antecedentes una o más anotaciones <i>prontuariales(...)</i>»
Decreto Ley N° 645 de 1925	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 7° «Los errores u omisiones del Registro, por defecto de los datos remitidos, sólo podrán ser subsanados por orden del Juez que dispuso la inscripción de la sentencia, de oficio o a petición de parte»

Respecto de la información que almacena el Registro Civil en su Registro General de Condenas, podemos identificar dos actividades distintas: a) Solicitud de certificado para fines ulteriores: facultad que tienen los usuarios para solicitar certificados de antecedentes penales para distintos fines y; b) Solicitud de rectificación: solicitud por la cual pueden modificar la información allí contenida, mediante su eliminación u omisión. Al analizar el recuadro anterior, notamos que existe una escasa referencia normativa sobre quién es el sujeto activo en materia de antecedentes penales, ya sea para modificar el contenido de la información o bien para requerirla. En efecto, la legislación nacional en esta materia emplea los vocablos «solicitante», «parte» e

«interesado» para referirse a quién estaría facultado legalmente para requerir o modificar antecedentes penales.

Las referencias son inexactas y no permiten resolver el tema de fondo por las siguientes razones: i) Uso del vocablo «solicitante»¹⁸⁴: el uso de tal palabra es redundante y circular. La calidad de «solicitante» se adquiere por el solo hecho de «solicitar», en este caso, copia de certificado de antecedentes penales. Luego, cabe la pregunta ¿Quién está habilitado para solicitar certificados de antecedentes penales? Como vemos, el uso de este concepto no resuelve quién estaría facultado para pedir certificados de antecedentes penales, ya que solo hace referencia a quien ya solicitó dicha información; ii) Uso del vocablo «parte»¹⁸⁵: el término «parte» es un concepto jurídico que difícilmente pueda entregarnos la respuesta sobre quién es el sujeto activo en materia de antecedentes penales. «Parte» puede ser entendido en su acepción civil, como uno de los integrantes en un contrato, o de manera procesal como un sujeto interviniente en una relación procesal. Tal parece ser que ambos conceptos, al suponer la existencia de un contrato o un proceso, se alejan de la referencia exacta que la norma necesita ya que constituye una palabra ajena a la realidad post-penitenciaria; iii) Uso del vocablo «interesado»: tal como se ha expuesto hasta ahora, la información relativa a sentencias y, en general, a los antecedentes penales tienen especial resguardo tanto en su administración como en su distribución, lo que se refleja en las distintas normas que protegen el velo de confidencialidad que los rodea. En este sentido, usar el término «interesado» sugiere que cualquier persona que tenga algún interés estaría facultada para, por ejemplo, solicitar al Director General del Servicio de Registro Civil que se omita en el certificado de antecedentes una o más anotaciones prontuariales¹⁸⁶. Esto no parece correcto, toda vez que la ley no ha definido cuál es el interés legítimo que habilita tal intervención en la omisión de la información, de manera que una persona con un interés de cualquier índole podría incidir en esta materia.

Volviendo al inicio de este punto, y en lo que concierne al sujeto habilitado para solicitar antecedentes penales, en la práctica el Registro Civil ha optado por reconocer al titular de la información requerida como aquella persona facultada para solicitar certificados de antecedentes

¹⁸⁴ La referencia es directa al artículo 12 del DS N° 64.

¹⁸⁵ Tal como aparece en el recuadro, el término «parte» es empleado tanto por el DS N° 64 como por el Decreto Ley N° 645.

¹⁸⁶ Decreto Supremo N° 64, art. 13.

penales¹⁸⁷. Pero ¿cuál es el fundamento normativo de este requisito si, tal como vimos, la ley no realiza una referencia explícita a él?

En primer lugar, las referencias normativas como «solicitante», «parte» e «interesado» resultan confusas para determinar al sujeto activo en materia de antecedentes penales. No obstante ello, todas convergen en un punto común, esto es, el «impulso procesal»¹⁸⁸. Como veremos más adelante, a propósito de cada requisito que en particular la legislación chilena exige para omitir o eliminar antecedentes penales¹⁸⁹, las normas de antecedentes penales son consistentes en reconocer que, tanto la modificación (omisión o eliminación), como el requerir esta información al Registro Civil, dependen siempre del impulso del sujeto (hasta ahora no identificado) para su concreción. Por tanto, podemos establecer que, en primer lugar, tanto la modificación como el requerimiento de antecedentes penales responden, en principio, al impulso otorgado por un sujeto –aun– no determinado.

En segundo lugar, y en atención a la naturaleza de la información objeto de análisis (antecedentes penales), resultan plenamente aplicables las disposiciones sobre la ley N° 19.628 sobre protección a la vida privada¹⁹⁰. En lo que aquí importa, podemos mencionar que el artículo segundo de la citada ley entrega distintas definiciones terminológicas que sirven de complemento a la protección de datos relativos a antecedentes penales. Por un lado, la ley N° 19.628 entiende por «titular de datos» a la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal¹⁹¹. Esta definición responde a que si, en lo sustancial, la ley protege los datos de carácter personal, es consecuente reconocer la titularidad de ellos a la persona natural a la que se refieren, y no a quien los someta a tratamiento¹⁹². En el caso concreto, esto implica la titularidad de los antecedentes penales almacenados en el Registro Civil le corresponden al individuo al cual estos se refieren y no al Registro en sí, lo que es coherente con reconocer el derecho a la autodeterminación informativa

¹⁸⁷ Esta práctica del Registro Civil está contenida en su página web en la que además, reconocen que un tercero con mandato especial también estará facultado para realizar esta solicitud: http://www.registrocivil.cl/PortalOI/Servicios/servicios/html/Cod_Clase_3/Cod_SubClase_6/tramite_142.html.

¹⁸⁸ MÁRTINEZ MERCADO, Fernando. (2008), p.45.

¹⁸⁹ Sobre esto, ver recuadro de normas contenido en el punto 2.8 de este capítulo.

¹⁹⁰ Los pormenores de esta ley, así como sus disposiciones en torno a la omisión de antecedentes penales, serán estudiados más adelante, a propósito de la legislación nacional en materia de antecedentes penales. Por ahora, basta decir que el legislativo quiso regular con mayor rigurosidad la protección de datos personales contenidos en archivos, registros, bases de datos y ficheros, materias en las cuales la presente ley pretende ser un complemento a la protección normativa de información. Para más detalles, ver Historia de la ley N° 19.628, p. 7.

¹⁹¹ Ley N° 19.628, art. 2 letra ñ).

¹⁹² Historia de la ley del artículo 2 de la ley 19.628, p. 38.

y su resguardo al flujo de información relacionada con los antecedentes penales, como forma de protección a la vida privada. Por otro lado, la misma ley definió como «datos sensibles» a todos aquellos datos personales referidos a las características físicas o morales de las personas, o a hechos o circunstancias de su vida privada e íntima¹⁹³. En este sentido, los antecedentes penales de las personas coinciden con la definición entregada por la ley N° 19.628, lo que queda de manifiesto al recurrir a la historia de la ley, la cual, a propósito de la definición de datos sensibles, encontró su fundamento directo en la protección a la intimidad y la vida privada de las personas. La propuesta legislativa buscó establecer mecanismos de protección frente a intromisiones ilegítimas de las que pudiera ser objeto la vida privada de las personas y el uso que terceros pudiesen hacer de datos de carácter personal¹⁹⁴. Para cumplir con tal objetivo, y dado el espíritu de la legislación en esta materia, quedaría incluida también la información relativa a condenas dentro del concepto de dato sensible, como un mecanismo de protección a la intimidad y la vida privada de las personas. En efecto, si la información contenida en los antecedentes penales es considerada como dato sensible perteneciente a su titular, es consecuente sostener que respecto de ella se debe adoptar máxima precaución, tanto en su tratamiento como en su distribución, toda vez que las consideraciones hechas por el legislador tuvieron como prioridad la protección de la vida privada e íntima del individuo.

Finalmente, y de acuerdo a lo hasta aquí analizado, es razonable concluir que la práctica del Registro Civil de entregar los certificados de antecedentes penales solo a su titular encuentra un fundamento normativo en leyes complementarias a la legislación penitenciaria. En particular, gracias a los elementos terminológicos entregados por la ley N° 19.628 y a lo discutido sobre el derecho a la autodeterminación informativa, a propósito de la confidencialidad de la información tratada por el Registro Civil. En definitiva, el certificado de antecedentes penales es la vía legal que usa el Registro Civil, a determinadas personas o instituciones, si un individuo –en caso de tener prontuario penal– registra o no anotaciones judiciales a su haber.

La información expedida por el Registro Civil puede ser modificada por un conjunto de normas¹⁹⁵ destinadas a eliminar u omitir prontuarios o antecedentes penales según corresponda. La forma en que actúa la legislación nacional en esta materia es diversa, y a continuación

¹⁹³ Ley N° 19.628, art. 2 letra g).

¹⁹⁴ Historia de la ley del artículo 2 de la ley 19.628, disponible en:
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=141599>.

¹⁹⁵ Compendio de normas aparece en el recuadro insertado en el punto 2.8 de este capítulo.

analizaremos los distintos requisitos y efectos que cada una de ellas contempla para incidir en la mantención de antecedentes penales.

2. Legislación nacional sobre eliminación y omisión de antecedentes penales.

En esta materia los principales cuerpos legales que establecen requisitos y procedimientos para acceder a estos derechos de eliminación y omisión de antecedentes penales son el Decreto Ley N° 409 del año 1932 –en adelante, DL 409– y el Decreto Supremo N° 64 del año 1960 –en adelante, DS 64–, los cuales permanecen sin reformas sustanciales hasta la fecha. Sin perjuicio de ello, con posterioridad a su dictación, se han publicado una serie de normas complementarias a los mencionados decretos con el objeto de regular este ámbito.

En efecto, además del Decreto Ley N° 409 y el Decreto Supremo N° 64 que regulan de manera general los requisitos para acceder al derecho de eliminación y omisión de antecedentes penales, podemos añadir a la ley N° 18.216 contempla mecanismos jurídicos de eliminación y omisión de antecedentes penales solo respecto de aquellas personas sometidas a medidas alternativas a las penas privativas de libertad; la ley 19.628 sobre Protección a la Vida Privada, que legisla sobre el acceso a la información almacenada en bancos de datos y el derecho a la privacidad, dentro del contexto de la era digital; la ley N° 19.902 que permite la eliminación de anotaciones en el Registro Nacional de Conductores de Vehículos Motorizados; la ley N° 19.962 que establece la eliminación de anotaciones penales recaídas entre los años 1973 y 1990, con ocasión de sentencias condenatorias por infracción a determinadas leyes¹⁹⁶; la ley N° 20.084 permite la omisión de antecedentes relativos a procesos o condenas de menores de edad por infracción a la ley penal, salvo en aquellos casos que la información tenga como destinatario ciertas instituciones públicas¹⁹⁷.

2.1 Decreto Ley N° 409 que establece normas relativas a los reos (18 de agosto de 1932).

2.1.1 Objetivos

En el año 1932 se dictó el Decreto Ley N° 409 –en adelante DL 409–, que tiene por objeto la reinserción y reintegración¹⁹⁸ del individuo en sociedad una vez que ha cumplido

¹⁹⁶ Ley de Seguridad del Estado, ley sobre Control de Armas y Explosivos y ley Antiterrorista entre otras.

¹⁹⁷ La excepción contempla aquellos casos en que los certificados se emitan para ingresar a Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile y Policía de Investigaciones.

¹⁹⁸ Para efectos del presente trabajo, se usará indistintamente el concepto de *reinserción* con el de *reintegración*, ya que ambos suponen un proceso sistemático de acciones que se inician desde el ingreso de una

satisfactoriamente su condena, mediante la eliminación de todos sus antecedentes penales¹⁹⁹. Si bien no existen referencias exactas sobre el contexto que dio origen a la elaboración de este decreto, llama la atención que su promulgación haya sido solo siete años después de la creación del Registro General de condenas, de 1925. De la lectura de los considerandos que componen el DL 409, es posible intuir que el legislador fue previsor ante la implementación de un sistema registral penal, y trató de mitigar los posibles efectos negativos derivados del registro de antecedentes penales, previniendo consecuencias discriminatorias en la mantención de tales anotaciones²⁰⁰. En cuanto a la estructura del decreto se aprecian dos partes diferenciadas: una primera parte compuesta por considerandos, y una segunda integrada por los artículos que establecen los requisitos y procedimientos para acogerse al decreto.

Los considerandos y el espíritu de la ley.

En su inicio, la norma posee cinco «considerandos» dedicados a enunciar los objetivos del decreto y su relación con la eliminación de antecedentes penales. Estas consideraciones son realizadas sobre los efectos negativos que implica la mantención de anotaciones penales, y parten por reconocer que gran parte del trabajo de reinserción realizado durante la fase de ejecución de penas se ve afectado por el hecho de que el penado, incluso luego de cumplir su condena de manera satisfactoria, queda marcado para toda su vida con el estigma de haber sido presidiario²⁰¹. En efecto, los antecedentes penales pueden convertirse en insuperables barreras para la reinserción post penitenciaria, especialmente en relación a la obtención de trabajo, daño moral de la familia e incluso el derecho a votar²⁰². Por ello, esta norma cobra gran importancia para generar la expectativa al ex penado de que, una vez una vez finalizada la fase de ejecución de penas, pasará a formar parte de la sociedad en las mismas condiciones que los demás miembros de ella y de que no quedará registro de su paso por prisión²⁰³.

persona a la cárcel y continúan con posterioridad a su retorno a la vida libre. Para más información sobre la terminología sugiero revisar la publicación de Villagra Pincheira, Carolina, *Hacia una política postpenitenciaria en Chile* Carolina Villagra Pincheira. editores - CESC, año 2008. Disponible en: http://www.cesc.uchile.cl/serie_estudios_18.htm. Última vez visto el 6 de enero de 2016.

¹⁹⁹ Decreto Ley N° 409, art. 1.

²⁰⁰ Ibídem, considerandos N° 1, 3 y 5.

²⁰¹ Ibídem, considerando N°1.

²⁰² Human Rights Watch (2004), No Second Chances: People with criminal records denied Access to public housing.

²⁰³ Decreto Ley N° 409, considerando N°4.

En su considerando tercero, el DL 409 califica como innecesaria la mantención de anotaciones penales de aquellos ex penados que han demostrado fehacientemente estar reintegrados a la vida social luego de terminar la fase de ejecución de penas²⁰⁴. Esto demuestra una coherencia interna entre los considerandos del decreto, según los cuales la mantención de los antecedentes penales carece de sentido, en relación a los fines de reinserción²⁰⁵ y evitación de efectos negativos²⁰⁶ una vez cumplida satisfactoriamente la condena²⁰⁷. Sin embargo esta coherencia no se expresa en los procedimientos establecidos por el mismo decreto para la consecución de este fin. Como veremos más adelante, la mantención de anotaciones penales, calificada de «innecesaria» por el DL 409, puede prolongarse —en caso de que la persona se acoja a este derecho— durante dos o cinco años incluso luego de terminada la fase de ejecución de penas. Solo si el usuario cumple con una serie de requisitos exigidos por el decreto, este podrá eliminar sus antecedentes. En consecuencia, no existe armonía entre los criterios que inspiran al DL 409, que consideran innecesaria la mantención de antecedentes penales a etapas posteriores a la ejecución de penas y sus procedimientos, ya que se exige —al menos— el transcurso de dos o cinco años además de diversos requisitos.

Tal como podemos apreciar, el DL 409 constituye un importante instrumento de reinserción post penitenciaria con un mensaje claro: la reinserción del individuo es un deber del Estado, quien «debe velar porque los egresados de las prisiones que estén sin trabajo no carezcan de techo ni de alimentación, y se les ayude en toda forma, como una medida de protección del individuo y de defensa de la sociedad»²⁰⁸. Sin embargo, el espíritu normativo del decreto contenido en sus considerandos sugiere una contradicción con el sistema que el mismo decreto establece.

2.1.2 Requisitos y procedimiento.

En su primer artículo el DL 409 establece, como requisito general para la eliminación de antecedentes penales, un control temporal del egresado mediante una firma mensual ante el Patronato Local de Reos, tarea que actualmente le corresponde a los Centros de Ayuda para la Integración Social —en adelante CAIS—. El período de tiempo que el postulante deba asistir a

²⁰⁴ *Ibidem*, considerando N°3.

²⁰⁵ *Ibidem*, considerando N° 4.

²⁰⁶ *Ibidem*, considerando N° 1 y N° 2.

²⁰⁷ *Ibidem*, considerando N° 3.

²⁰⁸ Decreto Ley N° 409, considerando N°5.

firmar será de dos años en caso de ser su primera condena, o de cinco años en caso de haber sido condenado en dos o más oportunidades²⁰⁹.

Gendarmería de Chile es la institución que, por mandato legal, está a cargo de la aplicación y control del DL 409 a nivel nacional²¹⁰. De acuerdo al Decreto N° 522 del 28 de febrero de 2014, se deroga el Decreto N° 522 de 1943 que regulaba la orgánica y función del Patronato Nacional de Reos, institución que, hasta entonces, estaba a cargo de controlar y sistematizar la aplicación del DL 409. En consecuencia, es ahora Gendarmería de Chile, a través de su Subdirección Técnica Post Penitenciaria, la institución encargada de la eliminación de antecedentes penales en los términos establecidos por el DL 409. El Centro de Ayuda de Integración Social, durante el año 2014, contabilizó un total de 12.419 personas que adscribieron, durante ese año, al procedimiento de eliminación de antecedentes penales²¹¹. Esta proyección se mantendría durante el año 2015 ya que, hasta el mes de septiembre de ese año, el CAIS registraba 8.234 usuarios integrados al sistema²¹². Sin embargo, llama la atención que durante el año 2014 y 2015, dicha institución registrara un total de 4.153 y 2.622 respectivamente, de personas que abandonaron el proceso de eliminación de antecedentes penales, es decir, cerca de un 33% de deserción²¹³.

En cuanto a los otros requisitos que deben satisfacerse, además del tiempo de control correspondiente, el DL 409 en su artículo segundo exige: a) Haber observado muy buena conducta en la prisión o en el lugar en que cumplió condena; b) Conocer bien un oficio o profesión; c) Haber cursado a lo menos cuarto año de educación básica; d) No haber sufrido ninguna condena hasta la fecha que se emita el decreto; y e) Haberse sometido exitosamente al control temporal explicado anteriormente. La única excepción en cuanto al cumplimiento de los requisitos son aquellos contemplados en las letras b) y c) del artículo 2 del DL 409, respecto de «las personas que por su edad o físico, según certificado médico, no estén en condiciones de

²⁰⁹ Decreto Ley N° 409, art. 2 letra d).

²¹⁰ La ley N° 20.426 dispuso una nueva estructura orgánica para Gendarmería de Chile, asignando a la Subdirección Técnica de la institución la función de gestionar los planes y programas de asistencia de las personas que han cumplido sus condenas.

²¹¹ Esta información consta en el requerimiento de información vía ley N° 20.285 sobre «acceso a la información pública» que realicé a Gendarmería de Chile el 26 de agosto del 2015, y que fue respondido por dicha institución el 23 de septiembre de 2015 mediante carta N° 2995/15.

²¹² *Ibíd.*

²¹³ *Ibíd.* De acuerdo a las cifras expuestas, durante el 2014 el nivel de abandono del procedimiento llegó al 33,4%, mientras que durante el 2015 (hasta septiembre) registró un 31,84%.

estudiar o de trabajar, en cuyos casos (...) será facultativo del Presidente de la República, otorgarles o no los beneficios»²¹⁴.

2.1.3 Efectos de acogerse al DL 409.

El DL 409 satisface la necesidad de eliminar de manera definitiva las anotaciones penales contenidas en el extracto de filiación – incluso su destrucción material – que derivan de la imposición de una pena. Es decir, el usuario logrará que se le considere como si nunca hubiere delinquirido para todos los efectos legales y administrativos y se le indulte todas las penas accesorias a las que estuviere condenado²¹⁵. Al cumplir con los requisitos legales, de acuerdo a lo señalado por el DL 409, el derecho se otorga mediante un Decreto Supremo de carácter confidencial²¹⁶, lo que en la práctica se realiza a través de una Resolución Exenta emitida por el Secretario Regional Ministerial de Justicia de la Región Respectiva²¹⁷.

2.1.4 Situaciones especiales: Eliminación de antecedentes penales relativos a condenas por delitos sexuales contra menores de edad y recuperación de la ciudadanía.

Tal como vimos a propósito del Registro General de Condenas y su registro especial de inhabilidades para ejercer funciones en ámbitos educacionales con menores de edad²¹⁸, el legislador también ha hecho distinciones en los requisitos considerados para eliminar antecedentes penales cuando se trata de delitos sexuales contra menores de edad. El DL 409, reformado por la ley N° 20.685²¹⁹, establece que, en el caso de los condenados por delitos sexuales contra menores de edad, solo se podrá eliminar sus antecedentes penales cuando hayan transcurrido diez años desde el cumplimiento de la condena, sin importar el número de condenas que dicha persona tuviere²²⁰.

Otra situación especial se produce respecto de quienes, producto de la imposición de una condena, pierden la calidad de ciudadanos²²¹. Para ellos, el inciso 3 del artículo 1 del DL 409,

²¹⁴ Decreto Ley N° 409, art. N° 4.

²¹⁵ Decreto Ley N° 409, arts. N° 1, inciso 1.

²¹⁶ Decreto Ley N° 409, art. N° 1.

²¹⁷ MÁRTINEZ MERCADO, Fernando. (2008), p. 47.

²¹⁸ Decreto Ley N° 645, art. 6 bis.

²¹⁹ Ley N° 20.685 que «agrava penas y restringe beneficios penitenciarios en materia de delitos sexuales contra menores de edad» (20 de agosto de 2013).

²²⁰ Decreto Ley N° 409, art. 1, inc. 2.

²²¹ Constitución Política de la República, art. 17: «La calidad de ciudadano se pierde:

1º.- Por pérdida de la nacionalidad chilena;

2º.- Por condena a pena aflictiva, y

establece que «El Decreto que concede este derecho se considerará como una recomendación del Supremo Gobierno al Senado para los efectos de la rehabilitación a que se refiere el número 2º del artículo 9 de la Constitución Política de la República». Dicha referencia, que corresponde a la antigua Constitución Política de 1925, hoy debe entenderse hecha al artículo 17 N°2 y N°3, en relación al artículo 49 N°4 de la actual Constitución Política de la República²²².

2.2 Decreto Supremo N° 64, de Justicia, Sobre Prontuarios Penales y Certificados de Antecedentes (27 de enero de 1960).

2.2.1 Objetivos

Desde la dictación del DL 409 en el año 1932, el Decreto Supremo N° 64 – en adelante DS 64 – es la primera promulgación que se realizó en materia de eliminación de antecedentes penales, luego de 28 años. El mismo cuerpo legal menciona la necesidad de tener un solo grupo de normas administrativas relacionadas con prontuarios penales, eliminación de los mismos, certificados de antecedentes y facultades para omitir una o más anotaciones judiciales²²³. En consecuencia, el DS 64 complementa lo regulado por DL 409, al entregar definiciones conceptuales, agregar normas en materia de eliminación de anotaciones prontuariales y conferir al Director del Servicio de Registro Civil e Identificación la facultad de omitir algunas anotaciones en los certificados de antecedentes, sin que ello implique su eliminación²²⁴.

Si bien el DL 409 representa una normativa orientada a la reinserción social post penitenciaria mediante la eliminación de antecedentes penales, no es claro sobre la documentación que se busca eliminar. En este sentido, el DS 64 sí entrega definiciones normativas de los conceptos de prontuario penal y el certificado de antecedentes y les otorgó a ambos la calidad de «documento público», con todo lo que ello implica²²⁵. Tal como vimos antes, podemos apuntar aquí las primeras diferencias entre ambos documentos: mientras que el prontuario penal es

3º.- Por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva.

Los que hubieren perdido la ciudadanía por la causal indicada en el número 2º, la recuperarán en conformidad a la ley, una vez extinguida su responsabilidad penal. Los que la hubieren perdido por las causales previstas en el número 3º podrán solicitar su rehabilitación al Senado una vez cumplida la condena».

²²² RÍOS, Cristián. (1999), p. 30 y siguientes.

²²³ Decreto Supremo N° 64.

²²⁴ MÁRTINEZ MERCADO, Fernando M. (2008), p.49 y siguientes.

²²⁵ Al ser considerados «documentos públicos», tanto el prontuario penal como el certificado de antecedentes, quedan circunscritos a los artículos 193 y siguientes del Código Penal relativos al delito de falsificación de instrumento público. Esto, en concordancia con lo dispuesto en el artículo N° 12 del Decreto Ley N° 26 de 1924.

definido como un documento que da fe sobre la identidad de una persona y las anotaciones judiciales que registra²²⁶, el certificado de antecedentes se limita a acreditar si una persona determinada registra anotaciones judiciales en su prontuario²²⁷.

2.2.2 Procedimiento

El procedimiento contemplado en el DS 64 es un trámite de naturaleza administrativa y de acuerdo a las facultades conferidas al Director del Registro Civil por la citada norma, este puede disponer que: i) Se borre del prontuario penal una o más anotaciones; ii) Se destruya el prontuario penal; iii) De oficio eliminar la anotación referente a ciertas condenas; y iv) Se omitan antecedentes penales.

i) Eliminación de una o más anotaciones del prontuario penal.

El concepto «eliminación» no es definido por el decreto, pero la ley N° 19.628 sobre protección a la vida privada sí lo hace. Lo define como la destrucción de los datos almacenados en registros o bancos de datos, cualquiera fuere el procedimiento empleado para ello²²⁸. En este sentido, ya sea que la eliminación se refiera a una anotación prontuarial en particular²²⁹, o a la destrucción del prontuario penal en su totalidad²³⁰, queda claro que la acción de eliminar o destruir, tiene efectos permanentes en los antecedentes del individuo, ya que estos dejan de existir. Si bien el DS 64 no realiza ninguna prevención sobre el uso de términos empleados en sus artículos, este decreto emplea de manera indistinta, las palabras «destruir», «eliminar» o «borrar», por lo que debe entenderse que su significado y efectos son equivalentes.

De acuerdo con lo establecido por el DS 64, el Director del Registro Civil se encuentra facultado para borrar, a solicitud de parte, una o más anotaciones en casos taxativos contemplados por la norma²³¹: a) Cuando se haya dictado una sentencia absolutoria ejecutoriada; b) Cuando se haya sobreseído definitivamente por resolución ejecutoriada, salvo que ese sobreseimiento se haya pronunciado en causa terminada por sentencia condenatoria y se hubiese fundado en la extinción de la responsabilidad penal por el cumplimiento de la condena, indulto o prescripción de la pena; c) Cuando se haya dictado a favor del interesado sobreseimiento temporal

²²⁶ Decreto Supremo N° 64, art. 1.

²²⁷ *Ibidem*, art. 11.

²²⁸ Ley N° 19.628, art. 2 letra h).

²²⁹ Decreto Supremo N° 64, art. 8.

²³⁰ *Ibidem*, art. 9.

²³¹ Decreto Supremo N° 64, art. 8.

ejecutoriado, fundado en las causales de los números 1 y 2 del artículo 409 del Código de Procedimiento Penal; d) Cuando el prontuario sea favorecido con una ley de amnistía respecto del delito a que se refiere la anotación; e) Cuando existan anotaciones manifiestamente erróneas en el prontuario penal; f) Cuando se trate de faltas respecto de las cuales hayan transcurrido tres años desde el cumplimiento de la condena, siempre que se trate de la única anotación del prontuario; g) Cuando se trate de personas sancionadas por cuasidelito, simple delito o crimen al que se le haya sancionado con multa o con pena corporal no superior a tres años, siempre que ésta sea su única anotación y hayan transcurrido a lo menos diez años de cumplida su condena, si es un crimen, o más de cinco años en los casos restantes siempre que se trate de la única anotación del prontuario; y h) Cuando se trate de condenados menores de dieciocho años de edad que haya cumplido pena no aflictiva (hasta tres años), podrán eliminar la anotación inmediatamente de cumplida la condena; en cambio, si la condena fue aflictiva se eliminará la anotación después de transcurridos tres años y siempre que se trate de la única anotación.

ii) Destrucción del prontuario penal.

El DS 64 también contiene hipótesis en las cuales se procede a la destrucción material del prontuario penal²³²: a) Cuando todas las anotaciones hayan sido eliminadas²³³; b) Cuando el prontuario sea favorecido con los beneficios del DL 409; y c) Por la muerte del prontuario. En cuanto a los efectos que producen esta hipótesis, es muy similar a aquel que resulta del DL 409 en cuanto a la eliminación todos los antecedentes penales que ostente el sujeto. Sin embargo, se diferencian en que el DL 409, explícitamente señala que se considerará como si el individuo jamás hubiese delinquido, lo que incluye la eliminación de penas accesorias²³⁴. En este aspecto, el DS 64 no realiza ninguna referencia explícita a las penas accesorias y, por tanto, no sería extensivo a este ámbito.

iii) Eliminación de antecedentes de oficio.

Para su procedencia, el DS 64 establece en su artículo 8 que «transcurridos veinte años o más desde el cumplimiento de la pena, el Director del Servicio podrá eliminar de oficio la anotación referente a algunas de las condenas indicadas en las letras f), g) y h) siempre que se cumpla con la última condición indicada en el inciso anterior». Se trata entonces de hipótesis que

²³² *Ibídem*, art. 9.

²³³ Eliminadas de acuerdo a las hipótesis contenidas en el número i) del punto 2.2.2 antes analizado.

²³⁴ Decreto Ley N° 409, art. 1 inc. 1.

comparten dos características: pueden ser eliminadas por el solo transcurso del tiempo y, además, deberá tratarse de una sola anotación²³⁵. Cabe recalcar que la eliminación de oficio por parte del Director del Servicio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 8, constituye una facultad, más no una obligación de eliminar la anotación judicial.

iv) Omisión de antecedentes.

De acuerdo al DS 64, una de las alternativas planteadas a la eliminación de antecedentes penales es su omisión. Valga al respecto introducir la distinción entre eliminación y omisión de antecedentes penales. A diferencia de la eliminación, la omisión no implica una destrucción permanente de las anotaciones prontuariales, o del prontuario penal, sino que opera exclusivamente al momento de solicitar un certificado de antecedentes penales y permite, al solicitante, obtener que el certificado no contenga una o más anotaciones prontuariales, las que sí seguirán existiendo en su prontuario penal.

De esta forma, el DS 64 contempla en su artículo 13 la posibilidad de que a solicitud del interesado y previo informe interno del Servicio disponga, en casos calificados y por resolución fundada, que «se omitan en los certificados de antecedentes una o más anotaciones prontuariales que se refieran a condenas ya cumplidas o indultadas»²³⁶. Los requisitos que hacen procedente esta omisión se encuentran regulados en el DL 3.482 de 1980, el cual indica que debe tratarse de anotaciones por faltas o simples delitos; que la pena no haya sido mayor a tres años de presidio; que hayan pasado cinco años desde la condena; y que sea la única anotación en el prontuario penal²³⁷.

2.3 Ley N° 20.603 que modifica a la Ley N° 18.216 sobre Medidas Alternativas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad (14 de mayo de 1983).

La ley N°18.216 regula las medidas alternativas a la reclusión, entre las que podemos mencionar la remisión condicional, reclusión parcial, libertad vigilada, expulsión y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad²³⁸. Con la introducción de las modificaciones contempladas en la Ley N° 20.603 del 12 de junio de 2012, se indican nuevas hipótesis que dan

²³⁵ RÍOS, Cristián (1999), p. 36.

²³⁶ MÁRTINEZ MERCADO, Fernando. (2008), p. 53.

²³⁷ Decreto Ley N° 3.482, art. 9.

²³⁸ Ley 18.216, art. 1.

origen a casos de omisión y eliminación de antecedentes penales en situaciones expresamente reguladas.

2.3.1 Ámbito especial de aplicación: la omisión de requisitos para sujetarse a penas sustitutivas.

Para sujetarse a las medidas alternativas a las penas privativas de libertad, la ley 18.216 contempla distintos requisitos que varían dependiendo del régimen al cual se esté optando, ya sea remisión condicional²³⁹, reclusión parcial²⁴⁰ o libertad vigilada²⁴¹, entre otros. Respecto de las tres alternativas mencionadas anteriormente, todas poseen un requisito común para su procedencia: El penado que busca sujetarse a cualquiera de estas medidas no debe haber sido condenado anteriormente por crimen o simple delito²⁴². No obstante ello, una de las modificaciones realizadas por la ley 20.603 señala que para los efectos de la sujeción a las medidas contempladas en la ley 18.216 no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito²⁴³. En otras palabras, se establece una excepción a la regla general en materia de penas sustitutivas (según la cual la pena sustitutiva solo es procedente en caso de los denominados “primerizos”), ya que la misma ley admite su aplicación en casos de personas con condenas anteriores y omite, de facto, las sentencias por crímenes o simples delitos que cuenten con el transcurso de tiempo indicado.

Cabe señalar que en el caso de la reclusión parcial se establece una contraexcepción a esta omisión, ya que no se admite su procedencia si dentro de los diez o cinco años anteriores, según corresponda, a la comisión del nuevo crimen o simple delito, al individuo le hubieren sido impuestas dos reclusiones parciales²⁴⁴.

2.3.2 Ámbito especial de aplicación: la omisión en la imposición de penas sustitutivas.

Otra hipótesis de omisión que contenida en la ley N° 18.216, se hace en relación a la imposición de una medida alternativa a las penas privativas de libertad. En efecto, la ley señala que cuando se imponga por sentencia ejecutoriada alguna de las penas sustitutivas establecidas en esta ley a quienes no hubieren sido condenados anteriormente por crimen o simple delito tendrá mérito suficiente para la omisión, en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a que

²³⁹ Ley N° 18.216, art. 4.

²⁴⁰ *Ibíd*em, art. 7.

²⁴¹ *Ibíd*em, art.14.

²⁴² *Ibíd*em, art. 4 letra b); art.8 letra b); y art. 15 N° 1, sobre remisión condicional, reclusión parcial y libertad vigilada respectivamente.

²⁴³ *Ibíd*em, art. 1, inc. 5.

²⁴⁴ *Ibíd*em, art. 8, letra b).

diere origen la sentencia condenatoria²⁴⁵. Esto quiere decir que en el caso de que el individuo no registre condenas anteriores al momento de ser sentenciado a una pena sustitutiva, esta será omitida del certificado de antecedentes correspondiente. La práctica de esta omisión recae, exclusivamente, en el tribunal competente²⁴⁶, quien deberá oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación para que efectúe la omisión correspondiente ante una eventual solicitud de certificado de antecedentes penales del condenado²⁴⁷.

Si bien la hipótesis de omisión aludida en la ley exige como requisito que el individuo, para optar a este derecho, no hubiere sido condenados anteriormente por crimen o simple delito, esto debe entenderse al tenor de lo indicado en el artículo primero de esta norma: para los efectos de esta ley, no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito²⁴⁸. Por tanto, se puede ser titular de este derecho incluso registrando condenas a su haber, siempre y cuando tales sentencias se encuentren dentro del plazo de diez o cinco años, en caso de crimen o simple delito, que establece la ley para no considerarlas.

2.3.3 La eliminación de la anotación de la pena sustitutiva.

La gran innovación que presenta la modificada ley 18.216 reside en la posibilidad de omitir o eliminar, según corresponda, la anotación a la que diera origen la pena sustitutiva. Según ya analizamos, la imposición de una sentencia ejecutoriada de cualquiera de las medidas establecidas en la referida ley, a quienes no hubieren sido condenados anteriormente por crimen o simple delito²⁴⁹ tendrá mérito suficiente para la omisión, en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a las que diere lugar la sentencia condenatoria²⁵⁰. En este caso, podemos notar que se trata de una omisión que no exige como requisito que la pena sustitutiva esté cumplida, lo que es consecuente con el régimen de penas sustitutivas y la posibilidad de reintegración social que estas generan incluso durante su ejecución.

²⁴⁵ *Ibidem*, art. 38.

²⁴⁶ La ley 18.216 no especifica cuál es el tribunal competente, lo que puede llevar a confusión dada la inexistencia de tribunales de ejecución de penas. Sin embargo, es el Tribunal de Garantías quien oficia al Registro Civil ya que, en la práctica, dicho tribunal se encarga de todos los asuntos relativos a la etapa de ejecución de condenas.

²⁴⁷ Ley N° 18.216, art. 38, inc. 1.

²⁴⁸ *Ibidem*, art. 1 inc. 5.

²⁴⁹ Sobre este requisito también rige la omisión señalada en el artículo 1, inc.5 de la Ley N° 18.216, respecto de los crímenes o simples delitos cumplidos, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito.

²⁵⁰ Ley N° 18.216, art. 38 inc.1.

Sin embargo, si además quienes cumplen de manera satisfactoria cualquiera de las penas sustitutivas señaladas en el artículo primero de la ley 18.216, y si el individuo no registra condenas anteriores por crimen o simple delito, tendrá mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedentes prontuarios²⁵¹. De esta forma, una vez cumplida la pena sustitutiva, el tribunal que la declare cumplida deberá oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación, para que practique la eliminación correspondiente²⁵².

En consecuencia, en la modificada ley 18.216 podemos distinguir un régimen autónomo de las otras normas ya estudiadas, y señala distintas hipótesis que darán lugar a la omisión de antecedentes penales o bien a su eliminación definitiva si es procedente.

2.3.4 Procedimiento para la omisión y/o eliminación de antecedentes penales de la ley N° 18.216

El régimen contemplado en la ley N° 18.216 sobre omisión y eliminación de antecedentes penales tiene una aplicación especial: solo es procedente respecto de aquellas personas sometidas a medidas alternativas a penas privativas de libertad. Consecuente con ello, la ley también se encarga de señalar de qué manera las personas, que estén en condiciones de hacerlo, podrán omitir o eliminar sus antecedentes penales según corresponda.

En cuanto a la omisión establecida en favor de quienes no registren condenas anteriores²⁵³ y queden sujetos a una de las penas sustitutivas mediante sentencia condenatoria, la ley N° 18.216 señala que dicha hipótesis *tendrá mérito suficiente* para la omisión en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a las que diere origen la sentencia condenatoria²⁵⁴. Además, agrega que el tribunal competente será el encargado de oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación para que la omisión tenga efecto²⁵⁵.

Si además la persona, que no registra condenas anteriores, logra el cumplimiento satisfactorio de alguna de las penas sustitutivas²⁵⁶, ello tendrá el mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedentes prontuarios. En este caso, para hacer efectiva la eliminación, el tribunal que declare cumplida la

²⁵¹ *Ibidem*, art 38, inc. 3.

²⁵² *Ibidem*, art 38, inc. 3.

²⁵³ El hecho de no poseer condenas anteriores a la imposición de una pena sustitutiva, debe entenderse de acuerdo a lo establecido por el artículo 1 inc. 5 de la ley N° 18.216.

²⁵⁴ Ley N° 18.216, art. 38 inc. 1.

²⁵⁵ *Ibidem*, art 38 inc. 1.

²⁵⁶ La referencia es a cualquiera de las medidas contempladas en el artículo 1 de la ley N° 18.216.

respectiva pena sustitutiva deberá oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación para que practique la eliminación correspondiente²⁵⁷.

En consecuencia, tanto para la omisión como para la eliminación de antecedentes penales contemplados en la ley N° 18.216, se establece un régimen especial y autónomo, distinto al contenido en el DL 409 o en el DS 64. Constituye un régimen especial ya que la ley se encarga de establecer cuáles son las hipótesis en las cuales será procedente hacer la omisión o eliminación, según sea el caso, pero siempre dentro del ámbito de aquellas personas sujetas a medidas alternativas a las penas privativas de libertad. Por otro lado, el procedimiento que hace efectivo la omisión o eliminación de estas anotaciones judiciales es distinto a otros cuerpos normativos en la misma materia ya que, al no requerir el impulso del condenado, insta a los tribunales de justicia a oficiar al Registro Civil para concretar la omisión o eliminación de la anotación penal, según sea el caso. Si bien, en concreto, es el Registro Civil quien realiza la omisión o eliminación, la ley N° 18.216 introduce una vía judicial para la eliminación de antecedentes penales en Chile, circunstancia que lo convierte no solo en un sistema autónomo respecto de otros cuerpos normativos sino que también es único en esta materia.

2.4 Ley N° 19.628 Sobre Protección de la Vida Privada (28 de agosto de 1999).

Esta norma viene a llenar un vacío en la legislación nacional sobre la adecuada protección al derecho a la privacidad de las personas ante eventuales intromisiones ilegítimas²⁵⁸, y lo hace desde una perspectiva moderna e innovadora: la informática.

En el contexto de la era digital todos los detalles de nuestra vida privada se encuentran archivados en más de una plataforma virtual, engrosando así voluminosos bancos de datos²⁵⁹. Nombre, edad, estado civil, direcciones particular y profesional, integrantes del grupo familiar, sus identidades y colegios donde estudian; enfermedades que han tenido los componentes de la familia, actividades deportivas, culturales y recreativas habituales; ingresos económicos del grupo familiar, antecedentes penales y, en general, los detalles más importantes de nuestras respectivas personas y familias están expuestos hoy a su manipulación por parte de terceros, situación que debe ser regulada por ley²⁶⁰.

²⁵⁷ Ley N° 18.216, art. 38, inc. 3.

²⁵⁸ Historia de la ley N° 19.628.

²⁵⁹ Historia del artículo 2 de la ley 19.628, p. 5.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 5.

En su aspecto teórico, cabe mencionar que la discusión que rodeó la elaboración de la ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, tuvo a la autodeterminación informativa como criterio orientador para regular el flujo y acceso de terceros a información privada²⁶¹. En este sentido, el legislador consideró que el contexto actual de la era digital fortalece la difusión global de información en la sociedad, y esta cultura informativa debe estar al servicio de las personas y su desarrollo deberá realizarse siempre respetando el derecho a la vida privada²⁶². De esta forma, el principal objetivo de la ley N° 19.628 es la protección de la vida privada e intimidad mediante la regulación del flujo de información de carácter personal que existe entre los distintos organismos, públicos o particulares, dedicados al almacenamiento y distribución de datos²⁶³.

En cuanto a sus bases normativas, la ley N° 19.628 se encarga de entregar algunas definiciones sobre distintos conceptos que son materia de regulación tales como, «titular», «datos sensibles» o «destrucción de datos», entre los ya estudiados²⁶⁴. En consecuencia, si bien el objetivo primordial de la ley es la protección de la vida privada e intimidad de las personas, es innegable su valor complementario a la legislación en materia de antecedentes penales mediante la incorporación de conceptos que suplen un vacío terminológico con ciertas definiciones. Sin embargo, esta ley no solo posee aportes complementarios al sistema de antecedentes penales en cuanto a teoría y terminología, sino que también contiene un aporte directo mediante el establecimiento de una hipótesis de omisión de antecedentes penales distinta de aquellas contenidas en los cuerpos normativos ya analizados.

2.4.1 La hipótesis de omisión de la ley N° 19.628.

En lo que aquí interesa, la referida ley define a los datos de carácter personal o datos personales como aquellos «relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables»²⁶⁵, definición que resulta de total aplicación para entender la naturaleza de la información contenida en los antecedentes penales y que, como veremos más adelante, son objeto de protección de la presente ley.

En su calidad de datos personales, la ley N° 19.628 establece que «los organismos públicos que sometan a tratamiento datos personales relativos a condenas por delitos, infracciones

²⁶¹ Historia de la Ley N° 19.628. p. 196.

²⁶² *Ibídem*, p. 196.

²⁶³ Ley 19.628, art. 1.

²⁶⁴ *Ibídem*, art. 2.

²⁶⁵ *Ibídem*, art. 2 letra f).

administrativas o faltas disciplinarias, no podrán comunicarlos una vez prescrita la acción penal o administrativa, o cumplida o prescrita la sanción o la pena»²⁶⁶. Es decir, como regla general se establece que los antecedentes penales, al ser considerados datos personales del titular, exigen confidencialidad en cuanto a su distribución, con la sola excepción indicada por la misma ley sobre casos en que la «información les sea solicitada por los tribunales de Justicia u otros organismos públicos dentro del ámbito de su competencia, quienes deberán guardar respecto de ella la debida reserva o secreto (...)»²⁶⁷. En otras palabras, estas disposiciones amplían la hipótesis de omisión en relación a los casos contemplados en el DS 64²⁶⁸ a casos de personas que fueron condenadas a penas privativas de libertad y que las cumplieron de forma satisfactoria²⁶⁹.

En conclusión, cabe destacar los siguientes efectos de esta hipótesis de omisión. En primer lugar, esto constituye la posibilidad de omitir antecedentes penales sin necesidad de actuaciones ni procedimientos ulteriores, más que la sola solicitud del certificado de antecedentes penales por parte del titular. En efecto, el artículo 21 de la ley 19.628 establece una prohibición a los organismos públicos de comunicar información relativa a sentencias condenatorias cuando estas estén cumplidas o prescritas. Así, quien satisfactoriamente cumple su condena está habilitado, de forma automática, para pedir un certificado de antecedentes penales al Registro Civil con las correspondientes omisiones judiciales. En consecuencia, el único requisito para omitir antecedentes penales, en los términos de la ley 19.628, es que la condena esté cumplida o prescrita. En segundo lugar, esto dejaría sin uso práctico a las hipótesis de omisión contempladas en el DS 64. Como analizamos, el DS 64 exige, para que sea procedente la omisión, que se trate de anotaciones por faltas o simples delitos; que la pena no haya sido mayor a tres años de presidio; que hayan pasado cinco años desde la condena; y que sea la única anotación en el prontuario penal²⁷⁰. Ante esta cantidad de requisitos copulativos exigidos por el decreto, la hipótesis de omisión de la ley 19.628 se perfila como la opción más conveniente a quienes quieren hacer uso de este derecho. En la actualidad, el Registro Civil ha optado por emplear la ley 19.628

²⁶⁶ *Ibíd*em, art. 21 inc.1.

²⁶⁷ *Ibíd*em, art. 21 inc.2.

²⁶⁸ Decreto Supremo N° 64, arts. 13, 14 y 15.

²⁶⁹ MÁRTINEZ MERCADO, Fernando M. (2008), pp. 55-56.

²⁷⁰ Decreto Ley N° 3.482, art. 9, que modifica el art. 13 del Decreto Supremo N° 64 sobre las hipótesis de omisión de antecedentes penales.

por sobre el DS 64 en materia de omisión de antecedentes penales ya que exige, como único requisito, la presentación de un certificado de cumplimiento de sentencia para su concesión²⁷¹.

2.5 Ley N° 19.902 que modifica la Ley de Tránsito para permitir la eliminación de anotaciones en el Registro Nacional de Conductores de Vehículos Motorizados (9 de octubre de 2003).

El objetivo de la Ley N° 19.902 que modifica la Ley de Tránsito para permitir la eliminación de anotaciones en el Registro Nacional de Conductores de Vehículos Motorizados fue introducir modificaciones a la ley N° 18.290 de Tránsito para permitir la eliminación de anotaciones que estuviesen vigentes en el Registro Nacional de Conductores de Vehículos Motorizados –en adelante RNVM–, el cual está a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación²⁷². Entre las labores asignadas al RNVM, la ley indica que deberá «registrar las sentencias ejecutoriadas en que se condene a una persona por delitos, cuasidelitos, faltas, infracciones gravísimas o graves, tipificadas en esta ley, sea que tengan o no licencia para conducir»²⁷³.

Para la eliminación de los antecedentes respecto de anotaciones registradas en el RNVM, la ley N° 19.902 señala como único requisito el transcurso de tiempo correspondiente²⁷⁴. Este requisito temporal será de dos años en el caso de infracciones graves y de tres años en hipótesis de infracciones gravísimas. Respecto del inicio del plazo, la ley indica que estos se computarán de manera independiente para cada una de las categorías de infracciones, esto es, infracciones graves e infracciones gravísimas, y se contarán desde la fecha de la anotación de la última infracción de la respectiva categoría²⁷⁵. Finalmente, la ley 19.902 establece que en el caso de las demás anotaciones que también figuren en el Registro General de Condenas, se borrarán, según corresponda, cuando se haya procedido a la eliminación de las anotaciones prontuariales o del prontuario penal mismo, en conformidad con la ley²⁷⁶.

²⁷¹ Actualmente el Registro Civil en su página web sobre consultas para la omisión de antecedentes penales bajo las condiciones de la Ley 19.628, solo exige la presentación del certificado de cumplimiento de sentencia. Más información disponible en <https://www.registrocivil.cl/>, en la sección sobre certificados y trámites. Última vez visto el 8 de diciembre de 2015.

²⁷² Ley N° 18.290, art. 210.

²⁷³ *Ibíd*em, art 211 inc. 2.

²⁷⁴ *Ibíd*em, art 219.

²⁷⁵ *Ibíd*em, art 219.

²⁷⁶ *Ibíd*em, art 219, inc. 2.

2.6 Ley N° 19.962 que dispone la eliminación de ciertas anotaciones prontuariales (25 de agosto de 2004).

El espíritu que inspira la ley 19.962 no es distinto al contenido en la normativa antes estudiada: El legislador considera que las anotaciones prontuariales son consecuencias jurídicas de las sanciones penales, y por su naturaleza favorecen condiciones de estigmatización, discriminación y menoscabo social²⁷⁷. Sin embargo, el contexto que promueve una regulación especial en materia de antecedentes penales sí lo es: la inestabilidad política y jurídica que imperó en Chile durante el período de la dictadura militar dio lugar a numerosas sentencias condenatorias en ausencia de garantías procesales mínimas que aseguraran un debido proceso²⁷⁸.

Así, con el objetivo de desarrollar medidas tendientes a perfeccionar la reparación social que Chile otorga a las víctimas de violaciones a derechos humanos²⁷⁹, esta ley busca reparar jurídica y moralmente el nombre y honor de aquellas personas²⁸⁰ mediante la eliminación automática de anotaciones prontuariales que consten en el Registro General de Condenas respecto de sentencias condenatorias dictadas por tribunales militares u ordinarios por hechos acaecidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990 y sancionado por las leyes de Seguridad del Estado²⁸¹, Control de Armas y Explosivos²⁸², Antiterrorista²⁸³ o en los decretos leyes N° 77 de 1973 sobre la ilicitud y disolución de los partidos políticos existentes al momento del golpe militar, y N° 3.627 de 1981 sobre competencia de los tribunales militares²⁸⁴.

Como requisitos para acogerse a los derechos que esta ley entrega, se mencionan: a) La pena debe estar cumplida o la responsabilidad penal extinguida por cualquier modo²⁸⁵; b) Que la condena no haya sido impuesta por delitos que atenten contra la vida o integridad física de

²⁷⁷ Historia de la Ley N° 19.962, p. 13.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 24.

²⁷⁹ El debido proceso está incluido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1945, en sus artículos 7 y siguientes.

²⁸⁰ Historia de la Ley N° 19.962, p. 5.

²⁸¹ Ley N° 12.927.

²⁸² Ley N° 17.798.

²⁸³ Ley N° 18.314.

²⁸⁴ Ley N° 19.962, art. 1.

²⁸⁵ *Ibidem*, art 1, inc. 1.

terceros²⁸⁶; c) No haber sido condenado por tribunales militares en tiempos de paz por Ley de Control de Armas ni tener condenas por delitos comunes²⁸⁷.

2.7 Ley N° 20.084 sobre la responsabilidad penal de los adolescentes (7 de diciembre de 2005).

Esta ley establece mecanismos jurídico-penales especializados para determinar la responsabilidad penal de los adolescentes por infracciones a la ley penal. La norma, inspirada en la Convención de los Derechos del Niño²⁸⁸, busca construir las bases del debido proceso incorporando el interés superior del adolescente como criterio orientador para todo tipo de actuaciones, tanto judiciales como administrativas²⁸⁹. Así, el infractor penal adolescente cuenta con todas las garantías que inspiran al Código Procesal Penal como lo son la oralidad, transparencia y rapidez en la solución de conflictos²⁹⁰.

Sobre los antecedentes penales, la ley N° 20.084 contempló cambios en la política post penitenciaria e introdujo modificaciones al Registro General de Condenas²⁹¹ añadiendo que, los antecedentes penales relativos a los procesos o condenas de menores de edad, solo podrán ser consignados en los certificados que se emitan para ingresar a las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile y a la Policía de Investigaciones o ante el requerimiento del Ministerio Público, tribunales de justicia o juzgados de policía local²⁹². Esto implica que, en materia de condenas en el ámbito de la responsabilidad penal de los adolescentes, la regla general es la omisión de sus anotaciones prontuariales al momento de expedir el correspondiente certificado de antecedentes. Sin perjuicio de lo anterior, respecto de las instituciones antes mencionadas existe una excepción y se deberán informar las anotaciones penales a las instituciones antes señaladas.

2.8 Conclusiones.

En nuestro país, el sistema de eliminación de antecedentes penales se asocia, por antonomasia, al DL 409, ya sea porque es el cuerpo normativo más antiguo en esta materia²⁹³ o

²⁸⁶ *Ibidem*, art 1, inc. 2.

²⁸⁷ *Ibidem*, art 1, inc. 2.

²⁸⁸ En especial, los artículos 39 y 40 de la Convención establecen que los Estados deberán establecer una serie de garantías procesales y post penitenciarias que fomenten la reintegración del adolescente.

²⁸⁹ Ley N° 20.084, art. 2.

²⁹⁰ Martínez Mercado, Fernando (2008), p. 60.

²⁹¹ Decreto Ley N° 645, art. 2 inc. 4.

²⁹² *Ibidem*; Ley N° 20.084, art. 59.

²⁹³ El DL 409 fue publicado el 18 de agosto de 1932.

por generar efectos absolutos respecto de la eliminación de los antecedentes penales²⁹⁴. Constatamos que en la actualidad el sistema de eliminación y omisión de antecedentes penales cuenta con siete cuerpos legislativos distintos que regulan, desde variadas perspectivas, la posibilidad de eliminar u omitir anotaciones penales, tal como se muestra en el siguiente recuadro:

Norma	Eliminación	Omisión
Decreto Ley N° 409 de 1932.	Sí (eliminación de antecedentes penales).	No.
Decreto Supremo N° 64 de 1960.	Sí (eliminación de anotaciones prontuariales y prontuario).	Sí.
Ley N° 18.216 (Sobre medidas alternativas a las penas privativas de libertad) de 1983.	Sí (anotación prontuarial).	Sí.
Ley N° 19.628 (Sobre la protección de la vida privada) de 1999.	No.	Sí.
Ley N° 19.902 (Que modifica la Ley de tránsito) de 2003.	Sí (infracciones contenidas en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados).	No.
Ley N° 19.962 de 2004.	Sí.	No.
Ley N° 20.084 (Sobre responsabilidad penal de los adolescentes) de 2005.	No.	Sí.

Esta dispersión normativa que caracteriza al sistema de eliminación y omisión de antecedentes penales, lejos de permitir un trato integral de la materia, provoca efectos negativos que obstaculizan los fines del sistema. Por un lado, la falta de armonía entre estas normas queda de manifiesto al no existir ninguna disposición legal que establezca la preeminencia de una norma

²⁹⁴ Decreto Ley N° 409, art. 1.

por sobre la otra. Así, para un mismo supuesto de hecho es posible contar con dos o más procedimientos jurídicos distintos, lo que implica acogerse a requisitos de formales y temporales con notables diferencias, como lo sería optar por la eliminación de antecedentes penales del DL 409 o del DS 64²⁹⁵. Si a la dispersión normativa aquí aludida, añadimos la obsolescencia de las principales disposiciones del sistema de eliminación y omisión de antecedentes penales²⁹⁶, es inevitable que su tramitación se convierta en un obstáculo burocrático no solo para los eventuales usuarios del sistema, sino también para los funcionarios públicos encargados de implementar el procedimiento²⁹⁷.

Por otro lado, a pesar de las distintas normas que se han dictado en esta materia desde el año 1932 hasta la fecha, la mayoría de las normas comparten un denominador común para su consecución: el impulso procesal del usuario. La legislación de antecedentes penales requiere del impulso procesal del sujeto que deberá iniciar por su cuenta el proceso correspondiente para eliminar u omitir sus anotaciones penales. Quienes deseen eliminar u omitir sus anotaciones deben sujetarse a una serie de requisitos que, tal cual se encuentran estructurados hoy, parecen dificultar la adquisición de este derecho.

En resumen, entre los factores analizados en esta investigación y que obstaculizan este sistema, mencionamos a la dispersión normativa, la carencia de reformas que actualicen al sistema dentro del marco jurídico actual y, además, los numerosos requisitos exigidos por ley para acceder a este derecho²⁹⁸. Bajo estas condiciones, la exigencia de un impulso procesal del usuario no parece adecuada si consideramos que el sistema está estructurado sobre la base de una legislación profusa y obsoleta.

²⁹⁵ Para ilustrar lo anterior, podemos señalar que el Decreto Supremo N°64, en su artículo 8 letra g) contempla una hipótesis de eliminación de antecedentes penales en el caso de que un sujeto sea condenado por cuasi delito a multa o pena corporal que no exceda los tres años de privación de libertad. En este sentido, a la luz de lo estudiado, la ley N° 18.216, también establece supuestos que hacen procedente la eliminación o la omisión de antecedentes penales, pero solo respecto de quienes cumple medidas alternativas de libertad. Así, llama la atención que para estos casos señalados, además de otros casos contemplados en las normas ya analizadas, sea aplicable, además, el Decreto Ley N° 409.

²⁹⁶ De acuerdo a la fecha de su publicación, el DL 409 y el DS 64 presentan constantes referencias a instituciones y situaciones jurídicas ya derogadas, sin que hayan sido reformados al respecto. A modo de ejemplo, basta con citar el artículo 2 letra d) del Decreto Ley N° 409, el que todavía hace referencia al inexistente Patronato Local de Reos. O cómo el Decreto Supremo N° 64 realiza numerosas referencias al Código de Procedimiento Penal, derogado desde el año 2004 por el nuevo Código Procesal Penal.

²⁹⁷ MÁRTINEZ MERCADO, Fernando. (2008), pp. 63-64.

²⁹⁸ En este sentido, recordar que el DL 409, en su artículo 2, establece como requisito la firma mensual del usuario por dos o cinco años, según si es reincidente o no, para la eliminación de antecedentes penales.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos mencionar la innovación que ha realizado el legislador con la aplicación de las hipótesis de eliminación y omisión de antecedentes penales contenidos en la ley N° 18.216 sobre Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad – modificada por la ley 20.603– y la ley N° 19.628 sobre Protección a la Vida Privada. En el primer caso, a pesar de que las hipótesis de omisión y eliminación de antecedentes penales establecidos en la ley N° 18.216 tienen un ámbito de aplicación reducido solo a las personas sujetas a medidas alternativas a las penas privativas de libertad, cabe destacar que es el tribunal competente el encargado de oficiar al Registro Civil para que este practique la eliminación u omisión de antecedentes penales, según corresponda y, por ende, prescinde del impulso procesal del usuario para gozar de este derecho. Por tanto, la ley N° 18.216 contempla una eliminación y omisión de antecedentes penales que opera de oficio por el tribunal. En el segundo caso, de acuerdo a la hipótesis de omisión establecida en la ley N° 19.628, si bien es el usuario quien debe presentarse ante el Registro Civil para practicar la omisión correspondiente al momento de solicitar certificado de antecedentes penales, dicho trámite, para su procedencia, ha sido reducido a un solo requisito: el cumplimiento satisfactorio de la condena. Esto sin duda importa un gran avance en materia de omisión de antecedentes penales, en relación al DS 64 que imponía una serie de requisitos que dificultaban el acceso a este derecho.

Finalmente, cabe recordar la finalidad contenida en el sistema de eliminación y omisión de antecedentes penales. A pesar de transcurrido ochenta y tres años desde su publicación, el DL 409, norma fundante de este sistema, realizó un diagnóstico acertado sobre esta materia: el estigma de haber sido ex presidiario²⁹⁹ no debe impedir que el individuo vuelva a formar parte de la sociedad en las mismas condiciones que los demás integrantes de ella³⁰⁰. En efecto, la mantención y distribución de anotaciones penales –que el DL 409 califica de innecesaria³⁰¹– aparece como una barrera a la reinserción para quienes han cumplido, de forma satisfactoria, su condena. En estos términos, no solo el DL 409, sino que toda la legislación post penitenciaria sobre antecedentes penales, debe orientarse a la mitigación de cualquier efecto negativo derivado de un historial criminal. Desde la perspectiva de la informática, el espíritu de la ley N°19.628 refuerza este concepto al dar prioridad a la protección a la privacidad y la consagración de la autodeterminación informativa, como estudiamos en capítulos anteriores. Así, el legislador

²⁹⁹ Decreto Ley N° 409, considerando 1°.

³⁰⁰ *Ibidem*, considerando 3°.

³⁰¹ *Ibidem*, considerando 3°.

moderno reconoce que los avances tecnológicos en la era digital amplían las posibilidades de intromisión de terceros en la esfera íntima de una persona y, por tanto, es necesario resguardar el procesamiento, almacenamiento y distribución de datos sensibles y evitar que dicha información sea empleada para ejercer una discriminación arbitraria e ilegítima.

El tercer capítulo de esta investigación tiene por objeto ahondar en los efectos nocivos que genera el uso de los antecedentes penales y analizar a la era digital como el contexto en que se desarrolla este fenómeno.

Capítulo III: El sistema de distribución de antecedentes penales.

1. Consideraciones previas sobre el uso de antecedentes penales.

El sistema registral penal se encarga de anotar en el prontuario respectivo todas las sentencias condenatorias definitivas y ejecutoriadas sobre toda clase de delitos que recaigan sobre un individuo determinado³⁰². Estas anotaciones, contenidas en el Registro General de Condenas, pueden ser modificadas por una serie de normas³⁰³ que contemplan distintas hipótesis para que los usuarios del sistema de eliminación y omisión de antecedentes penales tengan la opción de eliminar u omitir tal información. No obstante, aún es posible identificar una tercera etapa dentro del sistema de antecedentes penales, la cual no se basa en registrar o modificar la información, sino en su distribución.

Como vimos a propósito de la confidencialidad de los antecedentes penales³⁰⁴, corresponde al Registro Civil dar a conocer, a requerimiento de particulares u organismos públicos³⁰⁵, la información contenida en su Registro General de Condenas sobre las sentencias condenatorias penales que posea un individuo determinado. Así distinguimos que, por un lado, el Registro Civil debe realizar una comunicación de estos datos al Ministerio Público, a los tribunales con competencia en lo criminal o a los juzgados de policía local, cuando estos lo requieran, para finalidades procesales³⁰⁶. Y, por otro lado, se encarga de entregar a particulares la información contenida en el Registro General de Condenas ya que, de acuerdo a lo previsto en el DS 64, el Registro Civil está facultado para acreditar, mediante un certificado de antecedentes penales, si una persona registra o no anotaciones judiciales en su prontuario³⁰⁷. Esta transmisión de información sobre los antecedentes penales, ya sea a particulares u organismos públicos, es lo que conforma el sistema de distribución de antecedentes penales.

El objetivo en este capítulo de investigación se limita a analizar la entrega de certificados de antecedentes penales a particulares y su correspondiente uso dentro de nuestra sociedad. He

³⁰² Decreto Ley N° 645, art. 3. Sobre este tema, ver *infra*, capítulo I, apartado 3 y siguientes de esta investigación.

³⁰³ De acuerdo al cuadro incluido en *infra*, capítulo II, punto 2.8

³⁰⁴ *Infra*, capítulo I, apartado 3.2.3.

³⁰⁵ Decreto Ley N° 645, art. 2 y Ley N° 19.628, art. 21. El acceso a la información de particulares e instituciones públicas al Registro General de Condenas, es tratado en detalle en *infra*, capítulo I apartados 3.23, capítulo II apartado 1 de esta investigación.

³⁰⁶ Decreto Ley N° 645, art. 2.

³⁰⁷ Decreto Supremo N° 64, art. 11.

dejado de lado el análisis del uso de antecedentes penales por parte de organismos públicos ya que, como bien establece el DL N° 645, este se restringe a finalidades de administración de justicia³⁰⁸.

2. Particulares y los antecedentes penales.

Vale recordar que los particulares están habilitados³⁰⁹ para exigir al Registro Civil un documento público que acredite si una persona posee o no anotaciones judiciales en su prontuario. Esto es lo que se conoce como certificado de antecedentes penales³¹⁰. De esta forma, los certificados de antecedentes penales se convierten en el vehículo jurídico del que disponen las personas para acceder a la información contenida en su prontuario penal y certificar las anotaciones penales existentes o bien la falta de ellas, de acuerdo a la finalidad particular de cada sujeto.

En torno a los antecedentes penales, hemos notado una estricta normativa de secreto absoluto que impide a los registros responsables de su almacenamiento distribuir al público libremente su contenido³¹¹. Sin embargo, esta regulación estricta sobre la publicidad de los antecedentes penales solo se limita a su etapa de registro y distribución. No existe en Chile ninguna disposición legal que regule el uso de los antecedentes penales una vez que estos han sido comunicados a su titular por medio del certificado correspondiente. En efecto, si consideramos que la información referida a sentencias condenatorias penales constituye un dato sensible de cada sujeto³¹², sería adecuado que la ley, sobre todo la legislación post penitenciaria de esta materia, contemplara criterios que orienten el uso de los antecedentes penales que resguarden a los individuos titulares de dicha información respecto de finalidades ilegítimas y arbitrarias.

³⁰⁸ El art. 2 del Decreto Ley N° 645 reconoce que « Sin perjuicio de lo dispuesto en el ley N° 19.806 artículo 21 de la ley N° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal, el Servicio de Registro Civil e Identificación comunicará al Ministerio Público, a los tribunales con competencia en lo criminal o a los juzgados de policía local, en su caso, los datos que soliciten *para comprobar la reincidencia de los imputados*».

³⁰⁹ Sobre quién estaría habilitado para solicitar certificados de antecedentes penales ver *infra*, capítulo II, apartado 1.

³¹⁰ Decreto Supremo N° 64, art. 11.

³¹¹ Decreto Ley N° 645, art. 6.

³¹² Ley N° 19.628, art. 2 letra g). Sobre las implicancias de considerar a los antecedentes penales como «dato sensible» ver *infra*, capítulo II, apartado 1.2.1.

2.1 La discriminación a particulares con antecedentes penales.

El DS 64 reconoce cuatro tipos de certificados por los cuales particulares pueden acceder a sus antecedentes penales³¹³. Entre ellos podemos mencionar, certificados para conducir vehículos motorizados³¹⁴, certificados para ingresar a determinadas instituciones públicas³¹⁵, certificados para fines particulares³¹⁶ y certificado para fines especiales³¹⁷. Del DS 64 podemos desprender que solo el certificado para fines particulares no lleva intrínseca una finalidad determinada, de forma que el uso del certificado de antecedentes penales, en teoría, se debiese restringir a cualquiera de las hipótesis antes señaladas por la ley. Pero, en la práctica, el uso de los antecedentes penales –sobre todo el certificado solicitado para fines particulares– se ha convertido en un obstáculo para su titular en la etapa post penitenciaria de reinserción a la sociedad. ¿Existe algún límite para el uso de antecedentes penales luego de la entrega a su titular? En Chile, como ya está dicho, no existe ninguna. Sin perjuicios de lo anterior, es posible reconocer algunas áreas en las cuales su uso ha sido objeto de discusión.

2.2 El uso de antecedentes penales en el ámbito laboral.

La libertad de trabajo y su protección tienen la calidad de derecho fundamental en Chile³¹⁸. La Constitución Política de la República prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal del individuo³¹⁹. En esta misma línea, el Código del Trabajo reconoce la función social que cumple el trabajo y califica como «contrario a las leyes laborales» cualquier acto de discriminación en el ejercicio de esta actividad³²⁰. Sin embargo, pese al reconocimiento constitucional y legal del derecho a no ser discriminado, la interpretación práctica de este principio a la luz del uso de los antecedentes penales no ha sido pacífica.

La Dirección del Trabajo, en su dictamen N°3840/194 de noviembre del año 2002 se pronunció a favor del uso de antecedentes penales como factor de discriminación laboral, bajo ciertas condiciones. En el contexto del dictamen, la Fundación Corporación de Ayuda al Niño

³¹³ Decreto Supremo N° 64, art. 12.

³¹⁴ *Ibíd*em, art. 12, letra a).

³¹⁵ *Ibíd*em, art. 12, letra b).El artículo menciona a instituciones como la administración pública, municipal, Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, entre otras.

³¹⁶ *Ibíd*em, art. 12, letra c).

³¹⁷ *Ibíd*em, art. 12, letra d). Estos fines especiales no están considerados por el DS 64, sino que se deberá solicitar este certificado especial cuando las leyes especiales o reglamentos así lo exijan.

³¹⁸ Constitución Política de la República, art. 19 N° 16.

³¹⁹ *Ibíd*em, art. 19 N°16, inc. 3.

³²⁰ Código del Trabajo, art. 7, inc. 3.

Lisiado (Coanil) exigía a los postulantes a puestos de trabajo la presentación de un certificado de antecedentes penales. En el dictamen, la Dirección del Trabajo reconoció que la exigencia de un certificado de antecedentes penales a los postulantes a puestos de trabajo de dicha institución se ajusta a derecho, pero solo respecto del caso de trabajadores cuya función principal y directa sea la atención y cuidado de niños, y queda, en principio, impedida legalmente de exigir y considerar dicha circunstancia respecto del resto de los trabajadores, de acuerdo al derecho a la no discriminación laboral consagrada en la Constitución y la ley³²¹. La licitud de la discriminación, en el caso concreto, se fundamentaría en las cualidades específicas del trabajo –el trabajo directo y regular con niños– y en la facultad constitucional que tiene el empleador de discernir sobre la capacidad e idoneidad del postulante. No obstante, en el citado dictamen no se fundamenta de qué manera la capacidad e idoneidad del postulante se vinculan a la ausencia de antecedentes penales.

Por otro lado, con fecha 30 de enero de 2010, el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago³²² resolvió la indemnización de perjuicios a favor de la persona con iniciales C.M.S, quien fue, en un principio, contratado por la empresa con iniciales C.C. pero luego fue despedido al enterarse el empleador que C.M.S. poseía antecedentes penales. El tribunal determinó que, dado el sistema jurídico vigente en Chile, se les reconoce a las personas el derecho constitucional en el ámbito laboral a no ser objeto de discriminaciones arbitrarias, esto es, según señala el propio precepto del texto fundamental, cualquier discriminación que no diga relación con la idoneidad o capacidad personal³²³. Cabe añadir que la empresa en cuestión, dentro de su estatuto interno, exigía la presentación de un certificado de antecedentes penales para postular al trabajo. Ante esta exigencia, el tribunal estimó que el único caso en que debe admitirse como lícito la exigencia de un certificado de antecedentes penales corresponde a aquellas tareas o funciones que, por su naturaleza, exijan de modo indubitado, como parte de capacidad o idoneidad para su ejecución o desarrollo, la ausencia de antecedentes criminales o penales³²⁴.

De lo expuesto, llama la atención cómo la Dirección del Trabajo y la jurisprudencia, a pesar de reconocer el rango constitucional del derecho a la no discriminación en materia laboral,

³²¹ Dictamen N°3840/194 de noviembre del año 2002. Dirección del Trabajo. Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-63542.html>. Última vez visto el 29 de septiembre de 2015.

³²² En causa RIT T-60-200, RUC 09- 4-0026870-0.

³²³ Considerando duodécimo de la sentencia en causa RIT T-60-200, RUC 09- 4-0026870-0.

³²⁴ *Ibidem*.

coinciden que tal garantía fundamental puede ser vulnerada –aunque de manera excepcional– para dar lugar a la libre contratación sobre la base de la idoneidad y capacidad del individuo, cuando estas dependan de la ausencia de antecedentes penales. Sin embargo, en ambas instancias existe un vacío argumentativo sobre de qué manera la idoneidad de la persona se fundamenta en la existencia o no de anotaciones penales. Situación que, tratándose de un derecho fundamental como lo es el derecho a no ser discriminado, merece una fundamentación ulterior.

Tal como hemos esbozado, la regulación en el uso de antecedentes penales solo se ha tratado indirectamente en el ámbito laboral cuando es usado como factor de discriminación. Sin embargo, al estudiar la confidencialidad de los antecedentes penales, también analizamos la situación especial compuesta por el sistema de búsqueda de causas del Poder Judicial por medio del RUT de las personas³²⁵. Esta forma de libre acceso al sistema de causas que llevan los tribunales de justicia también fue usada como criterio en la toma de decisiones de índole laboral y comercial³²⁶. De esta forma, el escenario que rodea al uso de los antecedentes penales es adverso y no sólo se restringe al ámbito laboral, sino que es posible identificar casos de discriminación a nivel comercial, familiar y social³²⁷, entre otros.

Si uno de los objetivos principales de la política criminal estatal es la reinserción social, es necesario garantizar que quienes egresen del sistema penitenciario se encuentren libres de impedimentos adicionales para integrarse a la sociedad³²⁸. El recuerdo de su paso por el sistema penal y el temor a no ser reconocido como un individuo reinserido en sociedad constituyen obstáculos que afectan de manera objetiva y subjetiva el proceso de reinserción post penitenciaria³²⁹. Además de lo ya señalado, en cuanto a los aspectos negativos de los antecedentes

³²⁵ En *infra*, capítulo I, apartado 3.4.

³²⁶ <http://goo.gl/sO9LCw>.

³²⁷ En un estudio realizado para determinar cuál es la principal motivación que tienen los usuarios para eliminar sus antecedentes penales, el (35,3%) de las mujeres y el (40,1%) de los hombres encuestados reveló que su principal razón era optimizar las oportunidades laborales. Sin embargo, las mujeres señalaron en mayor proporción a la familia como motivación esencial (29,4%) y en tercer lugar atribuyeron importancia a limpiar su imagen (23,5%), razón que también puede ser vinculada con preocupaciones familiares. Los hombres mencionaron en segundo término limpiar la imagen (33,1%) y en tercer lugar a su familia (14%). Esto demuestra las distintas dimensiones de influencia de los antecedentes penales. Para más información, ver MARTÍNEZ, MERCADO, Fernando. (2008) p. 165.

³²⁸ ESPINOZA MAVILA, Olga; MARTÍNEZ MERCADO, Fernando. 2009. Políticas de reinserción post penitenciaria. Eliminación de antecedentes penales en Chile (Investigación), p. 121.

³²⁹ *Ibidem*, p. 122.

penales, la necesidad de una regulación sobre su uso queda en evidencia dentro de un contexto en el cual, lejos de disminuir, los antecedentes penales son cada vez más utilizados.

3. La masificación y diversificación del uso de los antecedentes penales.

La masificación de los antecedentes criminales subyace a un sistema penal que se alimenta a sí mismo: mientras más personas son arrestadas, perseguidas y condenadas, sobre todo encarceladas, mayor es el número de individuos estigmatizados como «delincuentes» y que, al quedar fuera de toda oportunidad legítima de reinserción, optan por continuar una carrera delictual y reforzar el ciclo criminal mediante su eventual encarcelamiento³³⁰.

El fenómeno en la proliferación de estos antecedentes, tanto en su generación como en su uso se explica sobre la base de dos importantes factores: i) El incremento en las tecnologías disponibles que operan en el proceso global de registros criminales; ii) La alta demanda que existe actualmente por contar con este tipo de información;

3.1 La era digital y el acceso a los antecedentes penales.

El contexto de la masificación de los antecedentes penales es sin duda la era digital, que ha posicionado a la información y las comunicaciones en las piedras angulares para el desarrollo político y económico de la sociedad moderna. El avance exponencial de las tecnologías informativas permite reducción de los costos de recolección, almacenamiento y búsqueda de antecedentes penales. El nuevo escenario del siglo XXI permite encontrar, por un lado, un excedente de información accesible a quien quiera disponer de ella y, por otro lado, esta información en su mayoría se encuentra almacenada de manera perpetua en registros digitales tales como internet o redes institucionales. Dicha accesibilidad ha sido bien recibida por numerosos sectores de la sociedad: organizaciones tanto públicas como privadas e individuos particulares utilizan de manera constante los antecedentes penales bajo la creencia de que ellos son relevantes para sus operaciones y decisiones³³¹. En la experiencia comparada, el caso de Estados Unidos en relación a los delitos sexuales constituye un claro ejemplo de este vínculo moderno que existe entre antecedentes penales y la accesibilidad a esta información. Desde la

³³⁰ JACOBS, James. 2011. Mass Incarceration and the Proliferation of Criminal Records. University of St. Thomas Law Journal, vol. 3, no 3, p. 2. Disponible en: <http://ir.stthomas.edu/ustlj/vol3/iss3/2>.

³³¹ SOLOVE, Daniel J. 2004. The digital person: Technology and privacy in the information age. NyU Press, pp. 20-21.

aprobación de la ley Megan³³² por el Congreso de los Estados Unidos en el año 1996, las autoridades estatales tienen el deber de llevar una lista de libre acceso al público a través de internet sobre la identidad de los delincuentes sexuales y su residencia con la finalidad de ejercer de manera permanente un control sobre estas personas incluso una vez que han cumplido su condena³³³.

3.2 La demanda en el uso de los antecedentes penales.

La herramienta informativa que entrega la tecnología nos lleva al segundo factor: la demanda y uso que hacemos de los antecedentes penales. Frente a la comisión de delitos no solo el reproche jurídico se ha intensificado,³³⁴ sino que también el reproche moral ha llegado a formar parte del colectivo social, expresado en una desconfianza absoluta de todos aquellos que tuvieron contacto con el sistema penal. El daño colateral que sufren quienes fueron condenados se expresa en la clara desventaja que generan los antecedentes penales, tales como dificultad para conseguir empleo, postular a créditos comerciales, y en general, reinsertarse en sociedad³³⁵. En este sentido, y tal como analizamos a propósito de la discriminación laboral y el uso de los antecedentes penales, los empleadores muchas veces asocian las personas con historial penal con irresponsabilidad, desconfianza y peligrosidad. Además, muchos empleadores se sienten responsables por los posibles daños que pudiera cometer un empleado cuyos antecedentes criminales sabía o debió haber sabido al momento de contratarlo³³⁶. La demanda de antecedentes penales aumenta conforme cada vez más individuos consideran que la revisión de registros criminales es un factor de discriminación necesario para adoptar decisiones informadas.

³³² Esta ley fue bautizada así en memoria de Megan Kanka, una niña de New Jersey que fue violada y asesinada por un condenado por delito sexual en el ejercicio de su libertad condicional, quien residía en el mismo vecindario que Megan Kanka. Esto motivó a sus padres a promover una medida especial en contra de los delincuentes sexuales en cuanto a que cierta información relativa a la identidad y desplazamientos de estas personas debiese ser de dominio público.

³³³ WACQUANT, Loïc. 2010. Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social. Gedisa: España, p. 303.

³³⁴ En este sentido, la agenda legislativa chilena contempla un endurecimiento de las penas, en especial, respecto de los delitos contra la propiedad: <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/seguridad-ciudadana/planes-antidelincuencia/corte-suprema-critico-con-dureza-el-proyecto-que-endurece-las-penas-por-robo-y-hurto/2015-03-12/183441.html>. Última vez visto el 20 de abril de 2015.

³³⁵ En el caso norteamericano, podemos apreciar que los antecedentes penales tienen una incidencia negativa mayor que en Chile, al cubrir ciertos beneficios estatales, subsidios habitacionales, becas educacionales, entre otros. En Chile, solo hemos podido constatar una discriminación laboral, comercial y social en relación a los antecedentes penales, tal como se abordó en el punto 2 de este capítulo. Para más información sobre el uso negativo de los antecedentes penales en el sistema Norteamericano, ver JACOBS, James (2007).

³³⁶ JACOBS, James. (2007), p. 177.

Estos juicios discriminatorios sobre la base de antecedentes penales se suman como un perjuicio adicional a la ejecución de condenas, la cual, incluso una vez cumplida de manera satisfactoria, amenaza con prolongarse a la vida post carcelaria, poniendo en riesgo la reintegración a la sociedad de ex convictos³³⁷. Por un lado, la discriminación vía antecedentes penales no solo es aceptada, sino que incluso deseada: desde instituciones estatales, hasta empleadores y oficinas bancarias entre otros, consideran que, en muchos casos, esta información constituye fiel evidencia sobre la personalidad, confiabilidad y sentido de la responsabilidad de la persona en cuestión. Por otro lado, dicha discriminación tiene un efecto devastador en quienes recuperan su libertad al generar un «currículum vitae negativo»³³⁸ con gran incidencia para la reintegración y constituye un impedimento para la obtención de trabajo e incluso participar de la vida democrática mediante el ejercicio de su ciudadanía³³⁹.

3.3 Efectos de la masificación del uso de los antecedentes penales.

El aumento en la tecnología en materia de almacenamiento y distribución de antecedentes penales así como también su creciente demanda constituyen un arma de doble filo: si bien permiten que los usuarios de esta información puedan obtener una representación de la realidad acorde a sus expectativas, también es cierto que quienes son objeto de dicha información puede sufrir consecuencias estigmatizantes una vez que han errado su conducta.

Dentro de un Estado de Derecho, la sociedad se articula en torno a un conjunto de conductas que se agrupan entre aquellas permitidas, prohibidas y obligatorias. Sin embargo, de todas ellas, reconocemos que la sociedad ha encargado al derecho penal un reproche más intenso a la infracción de normas que refuerzan ciertas expectativas de conducta. La ofensa, como una transgresión a ciertas reglas determinadas, es considerada como el ejercicio de una primera violencia por parte del ofensor, ya sea por acción y omisión. En consecuencia, el castigo –

³³⁷ La discriminación basada en antecedentes penales, considerada como una extensión de la pena que atenta en contra de la reinserción laboral, ha sido cuestionada arduamente en Estados Unidos, país en el cual muchas de las ciudades más importantes han adoptado importantes políticas en materia de contratación laboral para evitar que la selección de personal se haga únicamente bajo la idea de existencia o ausencia de antecedentes penales. Para más información sobre estas medidas, ver: <http://nelp.org/content/uploads/2015/03/Bantheboxcurrent.pdf?nocdn=1>.

³³⁸ JACOBS, James; CREPET, Tamara. (2011) p. 177.

³³⁹ La imposición de la condena puede implicar la pérdida de la calidad de ciudadano de acuerdo a lo establecido en la Constitución Política de la República, la cual en su artículo 17 N°2 señala que la calidad de ciudadano se pierde (...) N°2: Por condena a pena aflictiva y; 3° Por condena que por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva.

mediante la imposición de una pena— es una segunda violencia que tiene como consecuencia la eliminación de la primera, considerando al castigo no solo justo, sino que necesario³⁴⁰. En otras palabras, lo que busca satisfacer el castigo es la *re-acción* exigida por la relación víctima-daño y, asimismo, servir para confirmar los parámetros sociales que constituyen las expectativas de la comunidad, siendo útil para esta³⁴¹.

Si la intervención del derecho penal se justifica como respuesta a la infracción de aquellas normas de conductas transgredidas por el ofensor, ¿De qué manera podemos legitimar la extensión que existe en la imposición de la pena cuando esta ya se encuentra cumplida? Lo cierto es que, actualmente, el reproche como acción comunicativa está más cerca de servir como elemento discriminador, que como reproche a la negación de la norma. Quienes han sufrido y cumplido condenas bien saben de estos estigmas modernos³⁴². El acceso a la información y la retención de la misma —relativo a los antecedentes penales— conspiran contra una sociedad integradora y formativa para quienes han cometido errores en el pasado y desean reintegrarse a la comunidad como ciudadanos. La sociedad en su conjunto depende de los individuos que la integran, que son capaces de formular planes de vida, desarrollar pensamientos críticos, tomar iniciativas y decisiones dentro de un marco socio-económico determinado. Pero sin duda que quienes exhiben antecedentes penales se encuentran en una desventaja comparativa respecto del resto de los integrantes de la sociedad que no han delinquido —incluso después de saldar penalmente su deuda— lo que genera un peligroso círculo vicioso. La falta de posibilidades de reinserción dentro de la sociedad es un escenario que propicia que aquellos individuos excluidos por sus errores vuelvan a infringir la norma como una respuesta a la falta de oportunidades que enfrentan una vez cumplida su condena. Porque si el reproche es una acción comunicativa por parte del Estado, la negación del derecho también lo es. Quien infringe la norma no solo expresa su disconformidad con ella, sino que también expresa que la estructuración del sistema, tal y cual se encuentra ahora, no lo integra ni permite albergar para él posibilidades de desarrollarse como individuo en sociedad debiendo, en consecuencia, buscar alternativas extra jurídicas para satisfacer sus necesidades.

³⁴⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. 2012. Principios de la filosofía del derecho. Sudamericana, p. 124.

³⁴¹ PEREIRA Fredes, Esteban (2010):“El castigo como problema normativo”, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, No. 28, p.242.

³⁴²SCHWARTZ, Richard D.; SKOLNICK, Jerome H. 1962. Two studies of legal stigma. Social Problems, vol. 10, no 2, pg. 133-142. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/799046>

4. El derecho al olvido.

Hasta ahora hemos visto como el contexto de la era digital llevó a replantear el escenario jurídico respecto al uso de datos personales³⁴³. Esto representa una serie de desafíos para la protección de la privacidad de las personas la que, desde luego, afecta también al uso de los antecedentes penales. Ya no solo existe multiplicidad de accesos a la información –tanto privada como pública– sino que la tecnología actual permite almacenar dichos datos de manera indefinida en registros, redes sociales y buscadores de internet. Bajo este ambiente surge en los sistemas de derecho comparado el llamado «right to be forgotten» o «derecho al olvido», como reacción ante los ataques que experimenta la privacidad en la era digital.

El «derecho al olvido» puede ser definido como la facultad de un individuo para eliminar determinada información y evitar la intromisión de terceros en su vida privada³⁴⁴. Este derecho responde a la urgencia que suscita la protección de la privacidad en la era digital: hoy, es muy difícil escapar del pasado en internet dado que fotos, comentarios e mails, entre otros, son almacenados de forma indefinida en la web³⁴⁵. La existencia en los sistemas comparado de este derecho no es uniforme y existen visiones diametralmente opuestas al problema en Europa y Norteamérica.

4.1 El derecho al olvido en el sistema europeo continental.

En el derecho europeo, el «derecho al olvido» es considerado como integrante del derecho de la personalidad, junto con el derecho al honor, a la dignidad y el derecho a la vida privada³⁴⁶. Así, el sustrato doctrinario del «derecho al olvido» se encuentra en *le droit à l'oubli* o «derecho a ser olvidado» contenido en la legislación francesa. En Francia, este derecho permite que, una vez cumplida la sentencia penal y la persona esté inserta en sociedad, el individuo con antecedentes penales pueda solicitar la remoción de todas las publicaciones relativas a los hechos de su investigación penal y de la posterior ejecución de su pena³⁴⁷. En cuanto a su base normativa, cabe prevenir que no existe ningún reconocimiento jurídico explícito a este «derecho al olvido»³⁴⁸. Sin

³⁴³ El contexto de la era digital en la regulación del derecho a la vida privada de las personas fue considerado, por ejemplo, a la hora de discutir la ley N° 19.628 sobre protección a la vida privada. Para más información sobre las consideraciones del legislador en relación a la era digital, ver Historia de la Ley N° 19.628.

³⁴⁴ WEBER, Rolf H. 2011. The right to be forgotten: ¿More than a Pandora's box? p. 121.

³⁴⁵ ROSEN, Jeffrey. 2012. The right to be forgotten. Stanford law review online, vol 64, p. 88.

³⁴⁶ WEBER, Rolf H. (2011), p. 121.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 88.

³⁴⁸ FELLNER, Robert. 2014. The right to be forgotten in the European Human Rights Regime, p, 5. Disponible en: <http://www.uhrsn.org/wp-content/uploads/formidable/Fellner-Right-to-be-Forgotten.pdf>.

embargo, de la Directiva de Protección de Datos 95/46/EC emitida por el Parlamento Europeo y la Comisión Europea en 1995, se desprende un reconocimiento indirecto del «derecho al olvido» al establecer que los Estados miembros de la Unión Europea dispondrán que los datos personales sean adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente³⁴⁹. Esto, además, se encuentra reforzado por la Convención Europea de los Derechos Humanos, la cual reconoce expresamente el derecho a la vida privada³⁵⁰. En este sentido, y bajo la discusión de la Reforma a la Protección de Datos de la Unión Europea, se ha debatido la inclusión explícita del «derecho al olvido» en la regulación europea al reconocer que, si un individuo no desea que su información personal sea procesada o almacenada por controladores de datos y sí, además, no existe ninguna razón legítima que justifique su mantención, dicha información debiese ser eliminada del sistema³⁵¹.

Estas disposiciones que rigen al continente europeo, sumado al reconocimiento interno que cada país tiene respecto del derecho a la privacidad, honor y dignidad en sus respectivas legislaciones, crean una amplia práctica judicial disponible que se encarga de delinear, por un lado, en qué medida internet tiene un derecho propio a revelar información acerca de una persona específica y, por otro lado, en qué términos los individuos gozan de un derecho a la protección de la vida privada³⁵².

Como ejemplo, la Corte Federal Suiza ha lidiado con números casos de personas con antecedentes penales que buscaban evitar que información relacionada con su pasado criminal fuese hecha pública después de cumplir su condena. En este sentido, la Corte Federal Suiza estimó que, dado que los criminales no son de público interés de manera indefinida, el público no debiese tener acceso a los antecedentes penales del individuo luego de transcurrido una cantidad de tiempo razonable³⁵³, reconociendo así un «derecho al olvido» de las personas con antecedentes penales. Este criterio basado en un *tiempo razonable* transcurrido desde la comisión del delito y, por tanto, desde que la intervención delictiva se vuelve de interés público es bastante discrecional. Al

³⁴⁹ Directiva de Protección de Datos 95/46/EC, art. 6 (1) letra c) y art. 12 letra b).

³⁵⁰ Convención Europea de los Derechos Humanos, art. 8.

³⁵¹ REDING, Viviane. 2012. The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the standard setter for modern data protection rules in the digital age. En Innovation Conference Digital, Life, Design Munich. Disponible en: europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/26&format=PDF

³⁵² WEBER, Rolf H. (2011), p. 258-286.

³⁵³ Corte Federal Suiza, BGE 122 III, 29 de julio de 1996. Citada en WERRO, Franz. (2009), pie de página 24, p. 290.

respecto, la jurisprudencia Suiza ha optado por ponderar, caso a caso, las hipótesis en que dicha información ya no sería de interés público en atención a las metas de reinserción post penitenciarias de la persona en cuestión³⁵⁴.

4.2 El derecho al olvido en el sistema norteamericano.

En la primera enmienda, la Constitución de Estados Unidos señala que el Congreso no deberá elaborar leyes que coarten la libertad de expresión o la libertad de prensa³⁵⁵. A diferencia del sistema europeo, la libertad de expresión se encuentra arraigada constitucionalmente en el sistema legal norteamericano, y se muestra a favor de la difusión de información fidedigna y de interés público sobre personas con antecedentes penales³⁵⁶. Resulta inevitable advertir una intrínseca colisión del «derecho al olvido» con el derecho a la libertad de expresión o la libertad de prensa. Así, la práctica jurisprudencial de los Estados Unidos en esta materia ha razonado que una restricción al derecho de libre expresión –en relación al «derecho al olvido»– invita a la timidez y a la autocensura, y llevaría a la supresión de un sinnúmero de hechos que, de otra manera, serían publicados para la disposición del público³⁵⁷.

La Corte Suprema de Norteamérica ha sido consistente en su desarrollo jurisprudencial, y existen numerosos casos que consagran el derecho a la libertad de expresión. En el caso *Smith v. Daily Mail Publishing Co.*, un menor de edad sospechoso de homicidio demandó a un periódico por publicar su nombre, invocando una violación al Estatuto de West Virginia que prohíbe a los diarios publicar los nombres de menores de edad involucrados en cualquier proceso penal³⁵⁸. El diario accedió a esta información mediante la entrevista de testigos, policías y el asistente del fiscal del caso. Sin embargo, la Corte Suprema se abstuvo de declarar responsable al periódico. En relación al referido Estatuto de Virginia, la Corte Suprema declaró que la finalidad de mantener bajo secreto la identidad de los jóvenes infractores de la ley penal no tenía fuerza constitucional y, por tanto, no resulta un vínculo jurídico suficiente para establecer responsabilidad civil en relación a libertad de prensa, que sí goza de tutela constitucional.

³⁵⁴ WERRO, Franz. (2009), p. 290.

³⁵⁵ Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Primera enmienda. Disponible en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-CONAN-1992/pdf/GPO-CONAN-1992-10-2.pdf>.

³⁵⁶ Weber, Rolf H. (2011), p. 122.

³⁵⁷ Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. *Cox Broadcasting v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975).

³⁵⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. *Smith v. Daily Mail Pub. Co.*, 443 U.S. 97 (1979). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/443/97/case.html>.

Así también, en el caso *Florida Star v. B.J.K.*, en primera instancia, la corte del Estado de Florida sentenció al diario de dicha localidad –*The Florida Star*– a indemnizar los perjuicios sufridos por una víctima de delitos sexuales, al publicar los datos de la víctima mientras la investigación penal todavía estaba en desarrollo. No obstante ello, la Corte Suprema revirtió el fallo, argumentando que el hecho de sancionar la difusión realizada por un medio de comunicación no constituye una medida de protección a la identidad de las víctimas de abusos sexuales que justifique mermar la libertad de prensa para publicar³⁵⁹.

4.3 ¿Derecho al olvido en Chile?

Hasta aquí se ha expuesto que la era digital constituye el contexto que da origen a este derecho *sui generis* –derivado del derecho a la privacidad– llamado «derecho al olvido». También hemos notado que la inclusión de este derecho implica, desde una perspectiva informativa, la colisión entre el derecho a la privacidad y el derecho a la libertad de expresión, tal cual se ha desarrollado en Europa y Norteamérica con disímiles resultados. En Chile, esta doctrina no ha sido discutida, al menos no de forma directa, pero sí es posible apreciar un acercamiento a este derecho y el uso de los antecedentes penales.

4.3.1 La ley N° 19.628 y el derecho al olvido.

Al recurrir a la ley N°19.628 sobre protección a la vida privada, es posible constatar que el legislador asumió, de manera acertada, a la era digital como el entorno que rodea a la privacidad³⁶⁰ y, por tanto, su protección debía ser hecha desde una perspectiva informática³⁶¹.

El modelo original de la ley N° 19.628, en su artículo 1, establecía que «esta ley asegura el derecho de autodeterminación informativa de las personas respecto de los datos personales tratados en bancos de datos (...)»³⁶². Esta consagración expresa de la autodeterminación informativa fue inspirada en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán

³⁵⁹ Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. *Florida Star v. B. J. F.*, 491 U.S. 524 (1989). Citado en WERRO, Franz. (2009), p. 295.

³⁶⁰ Historia de la Ley N° 19.628, p. 7.

³⁶¹ Sobre este tema ver *infra*, capítulo II, apartado 2.4.

³⁶² Historia de la Ley N° 19.628, p. 181. El artículo 1 completo disponía: «Esta ley asegura el derecho de autodeterminación informativa de las personas respecto de los datos personales tratados en bancos de datos, automatizados o no, o registrados en soportes físicos que puedan ser objeto de tratamiento automatizado o no, como asimismo, mediante otras técnicas, con el fin de garantizar el pleno respeto y ejercicio de los derechos fundamentales».

en 1983³⁶³. En lo sustancial, el citado fallo declaró inconstitucional una ley sobre «censo demográfico» debido a la cantidad de información solicitada a los ciudadanos para su realización. En palabras del tribunal, quien no pueda estimar con suficiente seguridad qué informaciones sobre sí mismo son conocidas en determinadas esferas de su medio social, y quien no pueda de algún modo valorar el conocimiento previo que los posibles interlocutores tienen de uno mismo, puede verse restringido esencialmente en su libertad para planear o decidir con base en su propia autodeterminación³⁶⁴. Además, la comisión redactora de la ley N° 19.628 destaca que, en el mismo fallo, el tribunal estimó que, conforme al reconocimiento de la autodeterminación, el Estado no tiene el derecho a penetrar la esfera protegida de la privacidad por medio de un completo registro de los asuntos personales de sus ciudadanos. Y, en consecuencia, debe dejar al individuo un espacio interior destinado al desarrollo libre y responsable de su personalidad. Dentro de este espacio, el individuo es su propio dueño³⁶⁵.

Sin perjuicio de la explícita influencia que tuvo la jurisprudencia alemana en la comisión redactora sobre el concepto de autodeterminación informativa, este precepto no fue incluido de manera expresa en la ley N° 19.628, como sí estaba contemplado en un inicio. El objetivo del artículo primero era delimitar el ámbito de aplicación de la ley³⁶⁶, y la comisión estimó que el reconocimiento expreso a la autodeterminación informativa contenida en el artículo primero del proyecto, no cumplía tal propósito ya que, además, suscitaba el problema de reconocer —previamente—quién era el titular de este derecho³⁶⁷. En consecuencia, la comisión optó por evitar la consagración expresa del derecho a la autodeterminación informativa por no ser un concepto doctrinario con suficiente arraigo en nuestra tradición³⁶⁸, sin perjuicio de reconocer a la autodeterminación informativa como la línea fundamental del proyecto.³⁶⁹

A lo largo de la discusión de la ley N° 19.628 existe una clara tendencia a proteger la vida privada desde la autodeterminación informativa. Si bien no se logró su consagración expresa, como sí lo contenía el proyecto en sus inicios, la constante referencia a la autodeterminación

³⁶³ *Ibidem*, p. 263.

³⁶⁴ Tribunal Constitucional Federal Alemán, sentencia BVerfGE 65, 1, en Schwabe, Jürgen. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, p. 94. Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf.

³⁶⁵ Historial de la Ley N° 19.628, p. 264.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 262.

³⁶⁷ Historia de la Ley N° 19.628, p. 265.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 265.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 320.

informativa muestra un interés explícito del legislador por reconocer al titular de la información la potestad de establecer límites sobre la distribución de su información privada a terceros³⁷⁰. Estas consideraciones realizadas por la comisión redactora sobre el control de la información que debiese tener el titular, representan una cercanía con la versión europea del «derecho al olvido», el cual, según señalé, busca proteger al individuo inserto en la era digital, al reconocer un derecho activo de controlar y borrar información indeseada para evitar la intromisión de terceros.

4.3.2 El Decreto Ley N° 645 y el derecho al olvido.

Una importante reforma que experimentó el Registro General de Condenas –regido por el DL 645– fue la creación del Registro de Inhabilidades mediante la ley N° 20.594 de 19 de junio de 2012, que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece el registro de dichas inhabilidades³⁷¹. Cabe recordar que, en lo que concierne a las reformas al Registro General de Condenas, el objetivo de esta ley no solo se remitía a registrar las inhabilidades accesorias a las sentencias condenatorias por delitos sexuales contra menores, sino que también crear un registro especial y de acceso público para dicha información³⁷².

De esta forma, en su versión original, la ley N° 20.594 pretendía modificar el artículo primero del Decreto Ley N° 645, mediante la inclusión del siguiente inciso: *«Asimismo, el Registro tendrá una sección especial, accesible vía internet, denominada «Inhabilitaciones impuestas por Delitos de Connotación Sexual cometidos contra Menores de Edad», en la cual se registrarán todas las inhabilitaciones establecidas en el artículo 39 bis del Código Penal y que hayan sido impuestas por sentencia ejecutoriadas»*³⁷³.

El objetivo detrás de la publicidad de este registro especial era otorgar a la ciudadanía un canal abierto de información para garantizar un control social sobre el cumplimiento de penas e inhabilidades y, de paso, reducir las posibilidades de reincidencia en materia de delitos sexuales contra menores³⁷⁴. Así, en sus argumentos iniciales, la comisión sostuvo que la publicidad de este registro no vulneraría los derechos de los condenados por esta clase de delitos, ya que no es una

³⁷⁰ *Ibíd*em, p. 196.

³⁷¹ Sobre este tema en específico, ver *infra*, capítulo II, apartado 3.3.

³⁷² Historia de la ley 20.594, p. 38.

³⁷³ *Ibíd*em, p. 8.

³⁷⁴ *Ibíd*em, p. 44.

información personal ni un dato sensible, al ser una sentencia ejecutoriada dictada por un tribunal de la República en un juicio público³⁷⁵.

Sobre la publicidad y el libre acceso a este registro especial, la comisión sostuvo un arduo debate en torno a la protección de intereses vinculados al honor y la intimidad y, por otro lado, sobre el control social en el cumplimiento de la pena³⁷⁶. En primer término, se argumentó, bajo consideraciones de la ley N°19.628³⁷⁷, que un dato personal no pierde tal condición por la lectura pública de la sentencia en un tribunal oral, ya que la publicidad del proceso penal tiene por objeto asegurar a los intervinientes la imparcialidad del tribunal y evitar arbitrariedades³⁷⁸. Además, la comisión reconoció que el libre acceso a la información conlleva la divulgación arbitraria de antecedentes penales y la estigmatización del condenado³⁷⁹. En cuanto al control social de la pena, la principal objeción se fundamentó en que al Estado, como titular de la acción penal, también le corresponde verificar el cumplimiento de las penas³⁸⁰. Así, otorgar el acceso a particulares implica transferir las iniciativas de seguridad y control y responsabilidad en la implementación de este sistema de seguridad a la ciudadanía³⁸¹.

Finalmente, y luego de varias modificaciones, la publicidad del registro de inhabilidades que lleva el Registro General de Condenas fue morigerada, y el acceso a esta información quedó supeditado a lo siguiente: *«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»*. Como se desprende de la lectura del actual artículo 6 bis del Decreto Ley N° 645, el acceso al registro de inhabilidades exige dos requisitos copulativos: la identificación previa del requirente y una finalidad específica, relacionada al ámbito laboral.

En la formulación inicial del proyecto, la publicidad del Registro de Inhabilidades se asemeja más a la protegida libertad de información que subyace al sistema norteamericano, que al «derecho al olvido» del sistema europeo. Incluso la comisión hace una referencia expresa al

³⁷⁵ *Ibíd*em, p. 22.

³⁷⁶ *Ibíd*em, p. 40.

³⁷⁷ Ley N° 19.628 art. 2 letras f) y g) y art. 21.

³⁷⁸ Historia de la Ley 20.594, p. 45.

³⁷⁹ *Ibíd*em, p. 58.

³⁸⁰ *Ibíd*em, p.80.

³⁸¹ *Ibíd*em, p. 130.

sistema penal norteamericano y la publicidad que existe sobre los registros de infractores de delitos sexuales en Estados Unidos^{382 383}. Finalmente, 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 a los efectos estigmatizantes que pudiese causar el uso arbitrario de estos antecedentes penales.

4.3.4. Jurisprudencia en Chile sobre el derecho al olvido.

De lo expuesto podríamos sostener que en Chile la recepción del derecho al olvido resulta dudosa al encontrar argumentos normativos que, indirectamente, acogen o rechazan este derecho. Sin embargo, a pesar de la vacilante posición legislativa sobre la materia, con fecha 21 de enero de 2016 en causa ROL 22.243-2015, la Corte Suprema acogió el recurso de protección y ordenó eliminar de los motores de la versión digital de un medio de comunicación las noticias relacionadas sobre un hecho delictivo publicado hace más de una década³⁸⁴.

Lejos de constituir un tibio acercamiento al derecho al olvido, la Corte Suprema realiza una aplicación directa de este derecho. En su considerando tercero, y luego de reflexionar sobre la normativa constitucional y legal que protege la vida privada, la corte concluye que sin dudas es posible sostener que nuestro ordenamiento jurídico sí protege el honor y vida privada de las personas y que, sistemáticamente, ha recogido la tendencia mundial que reconoce el derecho al olvido respecto de conductas reprochables de las personas –sean éstas penales, civiles o comerciales– después de un lapso de un tiempo, como una forma de reintegrarlas al quehacer social³⁸⁵.

En cuanto al contenido del derecho al olvido, la Corte Suprema reconoce que este constituye un medio de protección al derecho a la integridad síquica y a la honra personal y familiar, frente al derecho de informar y de expresión³⁸⁶ que prevalece, por ejemplo, en la legislación norteamericana. Así, tanto el derecho a la vida privada como el derecho a informar

³⁸² *Ibidem*, p. 35.

³⁸³ La publicidad que el legislador buscó tiene una clara influencia anglosajona. En especial, podemos mencionar la Ley Megan (Megan's Law) vigente en Estados Unidos. Dicha ley exige que cada condenado por delitos sexuales, deba registrarse como «delincuentes sexuales», ante las autoridades estatales correspondientes. De esta forma, cada Estado hace pública esta información –mediante boletines informativos o páginas web- para advertir a los ciudadanos sobre el paradero e identidad de estas personas.

³⁸⁴ La noticia sobre el citado fallo se encuentra disponible en: <http://goo.gl/LBfMej>. Última vez visto el 1 de febrero de 2016.

³⁸⁵ Corte Suprema, causa ROL 22.243-2015, considerando 3°.

³⁸⁶ *Ibidem*, considerando 5°.

tienen una esfera de acción propia que puede llegar a superponerse durante un tiempo, en el que es necesaria y útil la información pública frente al derecho personal que pueda invocarse, pero que decae con la extensión de dicho transcurso de tiempo³⁸⁷. En este punto, el razonamiento empleado por la Corte Suprema mantiene una estrecha similitud con la jurisprudencia de la Corte Federal Suiza³⁸⁸, y agrega que «el lapso de más de diez años transcurridos desde la fecha de la noticia –período suficiente para la prescripción penal de la mayoría de los delitos más graves– resulta más que suficiente para resolver provisoriamente y en cautela de las garantías constitucionales antes mencionadas, que debe procurarse el *olvido* informático de los registros de dicha noticia(...)³⁸⁹».

En síntesis, en una primera etapa en Chile el «derecho al olvido» no había penetrado de forma categórica en nuestro ordenamiento jurídico. El legislador realizó ciertos acercamientos a este derecho, tal como vimos a propósito de la autodeterminación informativa como principio rector en la elaboración de la ley N°19.628 y la protección a la vida privada. Sin embargo, sobre las reformas introducidas al Registro General de Condenas, en un principio, el legislador mostró una clara preferencia por el derecho a la información en materia de antecedentes penales, al contemplar la publicidad del Registro de Inhabilidades. Si bien dicha iniciativa no prosperó, los rasgos de publicidad que hoy en día mantiene ponen en peligro el derecho a la vida privada, derecho a la honra y el derecho a la no discriminación del titular. Esta contradicción entre los criterios utilizados para la elaboración de ambas leyes revela a nivel legal un complejo escenario ante una eventual acogida del «derecho al olvido» en Chile. Sin embargo, si bien la Corte Suprema en la causa ROL 22.243-2015 del 21 de enero de 2016 reconoce que «en nuestro ordenamiento jurídico nacional no existe, por ahora, una solución legislativa expresa sobre este tema (...)»³⁹⁰ también agrega que a pesar de esta carencia legislativa, «no resulta difícil advertir en él (ordenamiento jurídico) su compromiso con la protección del honor, la dignidad y vida privada de las personas»³⁹¹. Las repercusiones de este fallo a nivel político y legislativo son aun inciertas, pero sin duda constituye un precedente en materia de protección de la privacidad, y un avance en relación a los antecedentes penales y sus condiciones de uso.

³⁸⁷ *Ibidem*.

³⁸⁸ Ver *infra*, apartado 4.1 de este capítulo.

³⁸⁹ Corte Suprema, causa ROL 22.243-2015, considerando 6°.

³⁹⁰ *Ibidem*, considerando 1°.

³⁹¹ *Ibidem*.

4.3.5 El derecho al olvido y el uso de antecedentes penales.

El «derecho al olvido» se funda en la necesidad de los individuos de determinar el desarrollo de su vida personal de manera autónoma, y evitar la estigmatización constante y permanente como consecuencia de acciones específicas realizadas en el pasado³⁹². Así, el «derecho al olvido», dentro del marco de la era digital, ha experimentado recientes formulaciones que lo proponen como un derecho fundamental, dentro del derecho a la privacidad³⁹³. Sin embargo, ¿resulta aplicable esta doctrina al uso de antecedentes penales?

Hasta ahora, hemos usado un concepto jurídico de antecedentes penales, definiéndolos como aquellas anotaciones judiciales almacenadas en el Registro General de Condenas respecto de todas las sentencias condenatorias definitivas y ejecutoriadas sobre toda clase de delitos que recaigan sobre un individuo determinado³⁹⁴. Pero la influencia de los medios de comunicación, desarrollo de redes sociales, y acceso libre a la información sugieren replantear este concepto. Como analizamos en relación al sistema de eliminación y omisión de antecedentes penales, este sistema tiene como fundamento evitar la estigmatización y ayudar a la reinserción del individuo una vez que ha cumplido su condena³⁹⁵. Sin embargo, bajo el contexto tecnológico de hoy, resulta cuestionable que el actual sistema de eliminación y omisión de antecedentes penales asegure a los ex condenados una protección adecuada ante tratos discriminatorios durante el proceso de reintegración a la comunidad. Sobre todo si tenemos en cuenta la ausencia de una legislación que regule el uso de los antecedentes penales.

En efecto, un concepto moderno de antecedentes penales no puede restringirse solo a las anotaciones que lleva el Registro General de Condenas. Bajo la era digital una detención, ser sujeto de medidas cautelares y, en general, cualquier contacto con el sistema penal, amenaza con convertirse en un factor de discriminación que puede seguir a una persona de manera indefinida dado el actual acceso que existe a la información³⁹⁶. De esta forma, parece interesante el concepto norteamericano de antecedentes penales, definido como toda aquella información recolectada por

³⁹² FELLNER, Robert. (2014), p. 4.

³⁹³ WEBER, Rolf H. (2011), p. 120.

³⁹⁴ Decreto Ley N° 645, art. 3. Sobre este tema, ver *infra*, capítulo I, apartado 3 de esta investigación.

³⁹⁵ Al no existir una normativa uniforme en materia de eliminación y omisión de antecedentes penales, la única referencia a los principios que subyacen a este sistema los encontramos en los considerandos del Decreto Ley N° 409.

³⁹⁶ CAREY, Corinne A. 2004. No second chance: people with criminal records denied access to public housing. U. Tol. L. Rev., vol. 36, p. 1.

agentes de justicia penal sobre cualquier individuo, consistente en identificaciones descriptivas y anotaciones de arresto, detenciones, acusaciones u otros cargos criminales, y cualquier disposición que surja, por tanto, de ellos, tales como la absolución, la sentencia condenatoria, entre otros³⁹⁷.

Como resultado, es posible distinguir dos conceptos de antecedentes penales. Un primer concepto viene dado por el contenido jurídico del mismo, es decir, la imposición de una sentencia penal condenatoria por los tribunales de la República, en los términos que señala el DL N°645³⁹⁸. Esto constituye una noción de antecedentes penales en sentido estricto, limitado a las anotaciones judiciales que lleva el Registro General de Condenas. Como segundo concepto, la definición extensiva que realiza el sistema penal norteamericano tiene como prioridad el historial penal del individuo, que comprende desde la fase investigativa hasta una eventual sentencia. Esto es un concepto de antecedentes penales en sentido amplio. Ahora, en relación al vínculo que pudiese existir entre el «derecho al olvido» y los antecedentes penales puedo señalar lo siguiente.

Los antecedentes penales, en sentido estricto, se encuentran regulados en todas las fases del sistema de antecedentes penales en Chile. La primera fase está compuesta por el sistema registral penal, que se encarga de regular qué actuaciones deben registrarse³⁹⁹ y cuáles son los órganos responsables de llevar su tratamiento⁴⁰⁰. Es decir, en sentido jurídico, este sistema crea⁴⁰¹ los antecedentes penales mediante su registro y mantención. Luego de su registro, dicha información es susceptible de ser modificada mediante su eliminación u omisión. Aquí interviene el sistema de eliminación de antecedentes penales el cual contempla distintas hipótesis que hacen procedente el acceso a este derecho. La tercera fase corresponde al sistema de distribución de antecedentes penales. Sobre este último sistema solo podemos mencionar el acceso que los particulares tienen al Registro General de Condenas mediante el certificado de antecedentes

³⁹⁷ Government Publishing Office (GPO), 42 U.S.C. 14616 (4). Disponible en: <http://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2010-title42/USCODE-2010-title42-chap140-subchapII-sec14616>. Última vez visto el 1 de octubre de 2015.

³⁹⁸ Decreto Ley N°645, art. 3.

³⁹⁹ *Ibidem*, art. 3.

⁴⁰⁰ Ley N° 19.477, art. 4.

⁴⁰¹ Podría discutirse si los registros crean o no los antecedentes penales ya que, en estricto rigor, su labor solo se limita a constatar una situación jurídica derivada de los tribunales penales, quienes de facto dictan la sentencia condenatoria. Sin embargo, a criterio de este investigador, atribuyo al sistema registral la creación de antecedentes penales y no al ejercicio de la potestad punitiva estatal dado que, si bien se dicta una sentencia, esta puede –en teoría- seguir dos caminos: Registrarse, como de hecho ocurre en nuestra legislación, o no registrarse nunca. En este sentido, la labor de registrar las anotaciones judiciales penales, está contenida en la misma orgánica del Registro General de Condenas –DL 645-, y no en otro cuerpo normativo lo que fundamenta la tesis de que los antecedentes penales se crean con su correspondiente registro.

penales⁴⁰², y las vías de comunicación para quienes quieran acceder al Registro de Inhabilidades⁴⁰³. En consecuencia, el sistema de antecedentes penales limita su regulación a estos tres subsistemas, quienes de acuerdo a sus funciones especiales, tratan desde una perspectiva jurídica a los antecedentes penales.

Sin embargo, la ley carece de una regulación apropiada sobre el uso posterior de los antecedentes penales. A lo ya expuesto hasta aquí sobre los estigmas y efectos negativos que experimentan los ex condenados al momento de su reinserción, creo que una consecución real de los objetivos post penitenciarios de integración del individuo a la comunidad y la no discriminación debe incorporar una perspectiva informativa. En este sentido, parece atinente la adopción de un concepto amplio de antecedentes penales para proteger a las personas respecto de usos arbitrarios y discriminadores sobre quienes poseen un historial penal. En el escenario actual, los medios de comunicación, portales de búsqueda en internet y redes sociales abren nuevos debates sobre la protección al derecho a la vida privada, la honra y la dignidad de la personas. Bajo esta discusión, el «derecho al olvido» aparece como un criterio moderno que permitiría una protección adecuada a la vida privada en general y al uso de antecedentes penales en particular.

El «derecho al olvido» se basa en la autonomía que posee cada individuo de convertirse en titular de la información personal una vez transcurrido cierto periodo de tiempo. Mientras más antiguos sean los orígenes de la información, mayor sentido cobra la prevalencia de los intereses personales por sobre los intereses públicos sobre la disponibilidad de esta información⁴⁰⁴. Así, la relación propuesta por este «derecho al olvido» entre la información y el sujeto al cual esta se refiere, plantea importantes desafíos en la legislación moderna de la protección de la privacidad, la que, por supuesto, debería referirse al uso de los antecedentes penales. Así, una regulación apropiada sobre el uso de los antecedentes penales debe abarcar, desde una perspectiva jurídica, en qué situaciones es legítima la exigencia de un certificado de antecedentes penales, sobre todo pensando en la proyección laboral de los ex condenados. Por otro lado, desde una perspectiva informática, se hace necesaria una disposición legal que reconozca de manera expresa la titularidad de los antecedentes penales al sujeto sobre el cual esta se refiere y, consecuente con ello, se proteja

⁴⁰² Decreto Supremo N° 64, art. 12.

⁴⁰³ Decreto Ley N°645, art. 6 bis.

⁴⁰⁴ WEBER, Rolf H. (2011), p. 121.

al titular contra la difusión abusiva y arbitraria de su historial penal. Para estos fines, el criterio a recordar es el «derecho al olvido».

Capítulo IV: Consideraciones sobre la pena y antecedentes penales

1. Reflexiones elementales.

Analizar el concepto de antecedentes penales presupone la existencia de un momento previo constituido por la anotación y registro de aquellas resoluciones adjudicadas mediante el proceso penal. De esta forma, existe un vínculo explícito entre la pena y los antecedentes penales a los cuales su imposición da lugar⁴⁰⁵. Las consecuencias de este nexo aún no han sido abarcadas en este texto.

El hecho punible, como acto expresivo, implica que el infractor de la norma penal manifiesta, a través de su comportamiento, que la norma que prohíbe dicha conducta no vale para él⁴⁰⁶. Así, el proceso de adjudicación cumple con una función expresiva ya que, como reacción al quebrantamiento culpable de la norma penal, el reproche manifiesta la desaprobación a esa falta de reconocimiento de la norma y que de no ser punitivamente cancelada, valdría⁴⁰⁷. En este sentido, tanto la imposición como la ejecución de la pena han de verse como la materialización de ese reproche sobre el condenado⁴⁰⁸.

El marco contextual entregado por la imposición de una sanción penal abre interrogantes en relación a los antecedentes penales: si la anotación de resoluciones jurídico-penales en el prontuario del condenado es una consecuencia inevitable del proceso de adjudicación de la pena como expresión de reproche, ¿cabe considerar a los antecedentes como un elemento integrado al concepto pena?, ¿o son estos un elemento autónomo? A continuación se intentará demostrar que la imposición de la pena como momento institucional del derecho penal determina la naturaleza jurídica de los antecedentes penales; desde su origen, durante su mantención y finalmente con su –eventual– modificación.

⁴⁰⁵ En este sentido el Decreto Ley N° 645, que regula la actividad del Registro General de Condenas, establece en su artículo 3° que la actividad de tal institución consiste en la inscripción de todas las sentencias condenatorias, por delitos o simples delitos, así como también la forma en que fue cumplida la pena o las causas por qué no se cumplió en todo o en parte de ella.

⁴⁰⁶ MAÑALICH, Juan Pablo. 2005a. Pena y ciudadanía. Revista de Estudios de la Justicia, vol. 6, p. 64.

⁴⁰⁷ MAÑALICH, Juan Pablo. 2010c. Retribución como coacción punitiva. Derecho y humanidades, vol. 1, no 16, p.

50

⁴⁰⁸ MAÑALICH, Juan Pablo.(2005a), p. 75.

2. Noción de «pena».

«Pena» puede definirse como la irrogación de un mal en tanto expresión de la desaprobación de un comportamiento previo defectuoso⁴⁰⁹. No he abordado en esta ocasión las implicancias de dicha definición sobre la concepción de derecho penal⁴¹⁰ y teorías de la pena⁴¹¹, y solo me remitiré a ellas en lo pertinente a los antecedentes penales. La adopción de esta definición busca utilizar un concepto que reúna todos los elementos asociados a la institución de la pena⁴¹². Esto debido al ejercicio metodológico de análisis que pretendo exponer sobre la relación que existe entre la estructura de la pena y los antecedentes penales. Para ello preferí optar por una definición de pena y no por una teoría de su justificación. Hechas las prevenciones correspondientes, de la definición de «pena» podemos distinguir tres elementos que la componen: la pena como irrogación de un mal, la pena como expresión de desaprobación y la pena como expresión ante un comportamiento previo y defectuoso.

2.1 La «pena» como la irrogación de un mal.

La imposición de un castigo implica la irrogación de un mal impuesto al ofensor que consiste en un estado de cosas que se traduce en dolor o sufrimiento para él⁴¹³. Así, en su

⁴⁰⁹ KINDHAÜSER, Urs. 2010. Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal. *Derecho y Humanidades*, vol. 1, no 16, p. 31.

⁴¹⁰ La determinación de qué entendemos por derecho penal lleva implícita la respuesta a la pregunta de qué entendemos por pena. La cuestión puede ser planteada de la siguiente forma: ¿Es la finalidad de la pena la que determina la concepción de qué entendemos por derecho penal o es el derecho penal el que determina qué entendemos por pena? Estas concepciones implicarían asumir que el derecho penal es una rama del derecho caracterizada por su «función» (pena) y, por lo tanto, responde a la pregunta de «¿por qué se imponen penas?»; o por otro lado, el derecho penal es una rama del derecho determinada por cierta propiedad «estructural» y responde a la pregunta de «¿qué cuenta cómo pena?». Sobre las implicancias entre un Derecho Penal funcional o estructural, ver MOORE, Michael S. 2010. *Placing blame: A general theory of the criminal law*. Oxford University Press; MOORE, Michael S. 1992. *Law as a functional kind*; MAÑALICH, Juan Pablo. 2007. La pena como retribución. *Estudios Públicos*, no. 108, p. 117-206.

⁴¹¹ Determinar la función que cumple la pena es objeto de discusión entre las distintas teorías que justifican su imposición. Hoy en día la doctrina se reúne en torno a dos principios de justificaciones alternativos: El de retribución y el de prevención. A su vez, cabe distinguir entre quienes defienden a uno de estos dos principios como el único justificador de la pena o si, en cambio, defienden alguna combinación de estos dos, lo que da lugar denominadas teorías monistas y teorías pluralistas de la pena. Para una visión crítica de estas teorías, ver ROXIN, Claus. 1976. Sentido y límites de la pena estatal. *Problemas básicos del Derecho Penal*, p. 12; LESCH, Heiko H. 1999. La función de la pena. Dykinson.

⁴¹² MAÑALICH, Juan Pablo. 2009. *Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena*. Kindhäuser/Mañalich: Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho, Ara Editores, Lima, p. 45

⁴¹³ RABOSI, Eduardo A. 1970. La justificación moral del castigo. En *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, en homenaje al profesor Luis Giménez de Asúa. p.185. El debate moral sobre la justificación del castigo gira en torno a la validación de esta práctica. Por un lado, la teoría retribucionista buscan responder ¿por qué se castiga?, mientras que la teoría utilitarista plantea la interrogante ¿para qué se castiga? Ambas teorías buscan determinar cuál es la función del castigo como institución moral al plantear

formulación penal, esta irrogación de un mal como consecuencia jurídica de lo que se entiende como «pena» puede ser de distinta naturaleza según afecte a la vida, al cuerpo, a la estima o al patrimonio del sujeto⁴¹⁴. En este sentido, la pena ejerce coacción jurídica sobre quien recae y obliga a quien la sufre a comportarse de conformidad con una voluntad ajena, sea en la forma de una coacción a hacer o en la forma de una coacción a omitir⁴¹⁵.

En lo que aquí importa para el análisis que más adelante tiene lugar sobre la relación entre pena y antecedentes penales, debemos concluir que independiente de la teoría de la pena que se siga, toda teoría que pretenda justificar la imposición de una pena parte sobre la base de que la irrogación de un mal constituye una propiedad estructural de lo que cabe entender por pena⁴¹⁶. En otras palabras, la inflicción de consecuencias dañosas en el condenado constituye un elemento básico en la naturaleza de la pena⁴¹⁷. La pena es coacción.

2.2 La «pena» como expresión de desaprobación

Del segundo elemento de la definición de pena, se sigue que la irrogación de un mal se hace con una finalidad: «expresar desaprobación». Como presupuesto de análisis para este elemento estructural de la definición de pena, haré referencia a la doctrina de filosofía penal angloamericana defendida por Joel Feinberg, quien atribuye a la «pena» una dimensión expresiva en su imposición⁴¹⁸.

En la literatura norteamericana, *punishment* ha sido definido comúnmente como la imposición de un *hard treatment* (o *tratamiento severo*) por una autoridad, a una persona por su conducta previa y defectuosa (en relación a una infracción a una norma de conducta)⁴¹⁹. Tal como la definición de pena que hemos usado hasta ahora, la doctrina norteamericana coincide en que

distintas interrogantes. Sin embargo, ambas posturas se estructuran sobre la base común de que el castigo constituye la irrogación de un mal al ofensor.

⁴¹⁴ DIDEROT, Denis, et al. 1970. La enciclopedia. Guadarrama, p. 133.

⁴¹⁵ MAÑALICH, Juan Pablo. (2010c), p. 57.

⁴¹⁶ MAÑALICH, Juan Pablo. (2009), p. 45.

⁴¹⁷ GREENAWALT, Kent. 1983. Punishment. *Journal of criminal law and criminology*, p. 344.

⁴¹⁸ Esta postura fue promovida por el norteamericano Joel Feinberg, en su célebre obra «Doing & Deserving». En Chile, el profesor Dr. Juan Pablo Mañalich ha incorporado el elemento expresivo de la «pena» defendido por J. Feinberg, para postular una versión expresiva del retribucionismo. Para más información, ver FEINBERG, Joel. 1970. *Doing & deserving; essays in the theory of responsibility*; MAÑALICH, Juan Pablo. (2009). *Acerca de la función comunicativa de la pena*. Kindhäuser/Mañalich: Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho, Ara Editores, Lima, 2009.

⁴¹⁹ FEINBERG, Joel. (1970), p. 95.

punishment o sanción punitiva implica irrogación de un mal (o *hard treatment*), por una conducta previa y defectuosa al infractor.

Sin embargo, Feinberg advierte que dicha definición sobre qué debemos entender por *punishment* o sanción penal, parece incluir también a otras categorías de sanciones no penales, denominadas *penalties*⁴²⁰. En este sentido, la definición tradicional de *punishment* sería también compatible con un concepto de sanción jurídica en sentido amplio, dado que la irrogación de un mal por una autoridad ante el quebrantamiento de una norma de conducta es un presupuesto común a la mayoría de las sanciones contempladas en los ordenamientos jurídicos⁴²¹. Si como resultado de la definición tradicional de *punishment*, resulta adecuado entender que la relación entre *penalty* y *punishment* es de género-especie, entonces ¿cuál es el elemento distintivo del *punishment*, o «pena», respecto de otras sanciones?

Ante esta pregunta, Feinberg responde que la sanción punitiva posee un significado expresivo y simbólico del cual el resto de las sanciones carece: la pena, como irrogación de un mal, constituye un dispositivo convencional para la expresión de actitudes de resentimiento e indignación, así como juicios de desaprobación y reprobación, ya sea en nombre de la propia autoridad o a nombre de aquellos en cuyo nombre la pena es impuesta⁴²². Entendido así, la sanción punitiva posee una determinada característica funcional que no es posible encontrar en otras sanciones⁴²³: la pena es símbolo de desaprobación. Por tanto, de acuerdo a Feinberg, una adecuada definición de *punishment* debe incorporar no solo la irrogación de un mal, sino también la carga expresiva que su imposición conlleva⁴²⁴.

Constar este carácter simbólico de la pena permite, en principio, distinguir que ella se compone de un aspecto expresivo que puede ser diferenciado de la irrogación de un mal: la desaprobación de un comportamiento defectuoso puede ser en sí dolorosa, sin que necesariamente esté acompañada de la irrogación de un mal con posterioridad a su reproche⁴²⁵.

⁴²⁰ El concepto de *penalty*, puede ser traducido como «sanción». Según Feinberg las «*penalties*» constituyen precios o tasas (emplea el vocablo «*pricetags*») para la realización de una determinada actividad. En otros casos las «*penalties*» serían sanciones por quebrantar una norma de conducta, tales como multas administrativas o partes municipales entre otros. FEINBERG, Joel. (1970), p. 95 y ss.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 96.

⁴²² *Ibidem*, p. 98.

⁴²³ *Ibidem*, p. 98.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 115.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 98.

De acuerdo a esta distinción conceptual entre el componente expresivo de la pena y la irrogación de un mal en su imposición, sería posible admitir la existencia de formas de expresión de desaprobación que no conlleven la irrogación de un mal, así como la existencia de formas de irrogar un mal que no conlleven una carga expresiva⁴²⁶. Sin embargo, lo frecuente es que la irrogación de un mal exprese, en sí mismo, reproche, lo que equivale a aseverar que existen ciertas formas de irrogar un mal que se han convertido en símbolos inequívocos de reprobación institucionalizada⁴²⁷.

El elemento distintivo de la pena respecto de otras sanciones es su simbolismo como la forma de reproche más intensa que contempla el ordenamiento jurídico⁴²⁸. En este sentido, la carga expresiva intrínseca en la pena permite atribuirle una propiedad funcional, dado que de su imposición se sigue no solo la irrogación de un mal al ofensor, sino que constituye un vehículo convencional de reproche y desaprobación. Como veremos más adelante, la distinción de esta carga expresiva tiene gran incidencia en la naturaleza de los antecedentes penales.

2.3 La «pena» como expresión ante un comportamiento previo y defectuoso.

El tercer y último elemento de estudio de la definición de pena constituye un presupuesto necesario para su interposición: la pena, como acto expresivo de desaprobación mediante la irrogación de un mal, constituye una reacción frente al hecho punible⁴²⁹. Sin embargo, previo al análisis del «comportamiento previo y defectuoso» aludido por el concepto de pena, es necesario realizar algunas consideraciones previas.

Dentro de un sistema jurídico, es posible reconocer dos tipos de reglas distintos. Por un lado, están las reglas básicas o primarias que imponen deberes de seguimiento al establecer parámetros de conductas sobre lo que las personas deben o no deben hacer. Por otro lado, las reglas secundarias —que dependen de las primarias—, determinan condiciones bajo las cuales los individuos pueden introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguirlas, modificarlas o, incluso, controlar los diversos efectos que ellas producen. Así, las reglas primarias imponen ciertos

⁴²⁶ MAÑALICH, Juan Pablo. (2009), p. 51.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 51.

⁴²⁸ Sobre este punto, y en palabras de Feinberg, tanto la irrogación del mal como la función reprobativa de la «pena», debiesen ser considerados como elementos autónomos de una definición legal de *punishment* o sanción punitiva. FEINBERG, Joel. (1970), 95 y ss.

⁴²⁹ MAÑALICH, Juan Pablo. (2005a), p. 64.

deberes a sus destinatarios, mientras que las reglas secundarias confieren potestades, ya sean públicas o privadas⁴³⁰.

2.3.1 Normas de comportamiento y normas de sanción.

La sociedad se estructura sobre la base de normas que configuran directivas de conducta e implican, para sus destinatarios, una razón para la acción, en el sentido de que dicha norma busca evitar, intencionalmente, determinadas formas de comportamiento⁴³¹. En este sentido, la norma de comportamiento, en su función prospectiva, estructura mediante reglas prescriptivas o prohibitivas y reglas permisivas dirigidas a los destinatarios de la norma lo que se *debe* hacer o dejar de hacer; o lo que se *puede* hacer o dejar de hacer⁴³². De esta forma, las normas de comportamiento constituyen reglas de carácter primario al establecer un estándar categórico de aquello que es jurídicamente correcto pues configuran una sociedad en torno al criterio jurídico de lo que un individuo puede, debe y no debe hacer⁴³³. Este estándar de conducta deseado que fijan las normas de comportamiento no se encuentra formulado, necesariamente, de manera expresa en la ley, sino que se infiere de las normas de sanción penal⁴³⁴.

A diferencia de las normas de comportamiento, las normas de sanción constituyen una regla condicional y retrospectiva. El objetivo de la norma de sanción es contemplar la aplicabilidad de consecuencias jurídicas frente a la eventual realización un comportamiento punible, que encuentra su correlato en una formulación invertida de su correspondiente norma de comportamiento⁴³⁵. En este sentido, por ejemplo, la descripción «el que mate a otro...» contenido en una norma de sanción, es la formulación invertida de la norma de comportamiento que establece la «prohibición de matar a otro ser humano»⁴³⁶. En consecuencia, la norma de sanción se articula como una regla secundaria que permite la irrogación de un mal frente a la realización del

⁴³⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus; CARRIÓ, Genaro R. 1980. El concepto de derecho. Editora Nacional, p. 101.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 56.

⁴³² HRUSCHKA, Joachim; SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. 2009. Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación. B de F, p. 28.

⁴³³ ROBINSON, Paul H. 1990. Rules of Conduct and Principles of Adjudication. The University of Chicago Law Review, p. 731.

⁴³⁴ MAÑALICH, Juan Pablo. 2010b. Norma e imputación como categorías del hecho punible. Revista de Estudios de la Justicia, vol. 12, p. 167.

⁴³⁵ MAÑALICH, Juan Pablo. 2011b. El delito como injusto culpable: Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. Revista de derecho (Valdivia), vol. 24, no 1, p. 90 a p. 91.

⁴³⁶ *Ibidem*, p.90 a p.91.

tipo delictivo («el que mate a otro») descrito en la norma de sanción, como contradicción a la norma primaria de comportamiento que prohíbe matar a otro ser humano.

2.3.2 El hecho punible como acto previo y defectuoso.

La configuración de la comunidad en torno a estas normas de comportamiento se explica sobre la base de la coordinación requerida para el libre desenvolvimiento de los individuos en sociedad, ya que la norma de comportamiento debe asegurar la compatibilidad de la libertad de cada uno de sus miembros con la libertad de otros y obtener así la mayor ventaja para todos⁴³⁷. Esta característica «ventajosa» de la norma se fundamenta en reconocer como indispensable el seguimiento de la misma: en la medida que los destinatarios obedezcan la norma, esta asegurará a todos ellos condiciones ventajosas para desenvolverse en sociedad⁴³⁸. Aquí no solo se admite que la vigencia de la norma constituye un estado de cosas importante para la organización de una sociedad, sino que se reconoce que su vigencia es beneficiosa en cuanto exista la confianza de que todos sus destinatarios serán leales a ella⁴³⁹.

A través del hecho punible, esto es, el quebrantamiento de la norma comportamiento, el autor del delito expresa a través de su conducta una falta de reconocimiento de la norma como una razón eficaz para la acción⁴⁴⁰. El infractor no reconoce como vinculante la norma conducta transgredida y se aprovecha del seguimiento que el resto de la comunidad realiza a la norma, y obtiene así un beneficio ilegítimo para él a costa los demás⁴⁴¹. Ese aprovechamiento injusto de las condiciones ventajosas para la comunidad es lo que justifica un reproche de culpabilidad⁴⁴². De esta forma, el hecho punible se articula sobre la contradicción a la norma que implica el

⁴³⁷ Este concepto de legitimidad de normas de comportamiento se denomina «principio de la estricta universalización», de acuerdo al cual la norma puede ser considerada como justa, en la medida que su observancia sea ventajosa para todos sus destinatarios, al actuar como ente coordinador de esferas de libertad al interior de la sociedad. KINDHAÜSER, Urs. (2010), p. 33.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 34.

⁴³⁹ *Ibidem*, p.35.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p.55.

⁴⁴¹ Esta situación es la llamada «inestabilidad de la norma». Las normas ventajosas son inestables *per se* ya que, al limitar la acción de sus destinatarios, es individualmente más ventajoso quebrantarlas que seguirlas. Sin embargo, si todos infringen la norma, entonces cada individuo perdería la ventaja que conlleva el seguimiento de la norma, de lo que resulta un escenario peor al de la fidelidad a la norma. De esta forma, el infractor a la norma ha sido caracterizado como el «free rider» quien obtiene un beneficio ilegítimo al ampliar su libertad a costa de que el resto mantenga su lealtad a la norma. Por tanto, en el mundo en que la norma ventajosa es beneficiosa para todos, el «free rider» como opción individualmente ventajosa a costa de otros, resulta excluido mediante la imposición de una pena. Sobre esto, ver KINDHAÜSER, Urs. (2010), p. 35 y ss.

⁴⁴² Mañalich, Juan Pablo. (2009), p. 55.

comportamiento punible, como realización de la conducta descrita en la norma de sanción y la norma de conducta quebrantada con dicho comportamiento.

En conclusión, la relación entre la norma de sanción, como regla secundaria, y la norma de comportamiento, como regla primaria, se puede resumir de la siguiente forma: la norma de sanción constituye una regla que habilita a la imposición de una pena como reacción jurídica a la contravención de una norma que fundamenta una obligación, como lo es la norma de comportamiento⁴⁴³. Así, ante el hecho punible, la pena expresa desaprobación y reproche frente a este comportamiento previo e incorrecto que le es imputable al autor del delito⁴⁴⁴ y, como resultado, la irrogación de un mal a quien comete el delito constituye la materialización de ese reproche mediante la imposición de una pena.

3. Los antecedentes penales y la pena. La inclusión normativa y expresiva de los antecedentes penales.

Hasta ahora hemos visto que la «pena» constituye la irrogación de un mal con el propósito de expresar desaprobación ante el comportamiento defectuoso del autor del delito. De acuerdo a la primera pregunta planteada al comienzo de este capítulo ¿de qué forma los antecedentes penales son incluidos en esta estructura? La respuesta es dual⁴⁴⁵. Por un lado, los antecedentes penales son consecuencia directa del registro de anotaciones judiciales como resultado de la imposición de una pena. Esto se deriva de la función que desempeña el Registro General de Condenas, cuya actividad principal es llevar la inscripción de todas las sentencias condenatorias definitivas y ejecutoriadas sobre toda clase de delitos, así como también registrar la forma en que fue cumplida la pena o las causales de su cumplimiento parcial o total⁴⁴⁶. De forma que los antecedentes penales, como consecuencia del proceso de adjudicación, son incluidos de manera normativa al concepto de pena. Sin embargo, del análisis tripartito de la definición de pena se vislumbra, además, una inclusión expresiva de los antecedentes penales.

Tal como se ha argumentado hasta ahora, el elemento distintivo de la pena respecto de otras sanciones jurídicas no penales es la carga expresiva contenida en la irrogación de un mal como

⁴⁴³ MAÑALICH, Juan Pablo. (2010b), p. 168.

⁴⁴⁴ MAÑALICH, Juan Pablo. (2009), p. 58.

⁴⁴⁵ Tanto la pregunta como la respuesta sobre la inclusión de los antecedentes penales en la estructura de la pena, constituyen un análisis personal desarrollado este investigador y no responden a un concepto asentado en doctrina.

⁴⁴⁶ Decreto Ley N° 645, art. 3.

forma de expresar desaprobación frente al hecho punible. Esta carga simbólica que conlleva la imposición de la pena, se articula como un dispositivo convencional de reproche, lo que hace posible entender que la sanción punitiva sea el símbolo institucional de reprobación por antonomasia. Si lo que caracteriza a la pena como tal es su carga expresiva mediante la irrogación de un mal de una forma particular, esto se debe a que su imposición genera una serie de consecuencias que ninguna otra sanción dentro de un ordenamiento jurídico es capaz de producir tales como la privación de libertad y el registro de esta privación en los antecedentes del condenado.

3.1 La irrogación de un mal en los antecedentes penales.

En este punto, retomar lo ya dicho sobre la definición de pena puede resultar útil. La pena, como irrogación de un mal, consiste en un estado de cosas que se traducen en dolor y sufrimiento para el ofensor. Registrar la pena, como consecuencia de su imposición y acto constitutivo de los antecedentes penales, es parte de ese estado de cosas que perjudican al condenado: los antecedentes penales se convierten en un atributo del condenado que lo categorizan como alguien antisocial, peligroso e indeseable para la comunidad⁴⁴⁷. Este conjunto de atributos negativos, es lo que se denomina «estigma»⁴⁴⁸. Como vimos a propósito sobre el uso y masificación de los antecedentes penales⁴⁴⁹, el estigma de ser ex presidiario constituye un factor de discriminación que afecta al individuo para su reinserción laboral y social⁴⁵⁰ y representa una dificultad que, incluso, puede extenderse a su círculo familiar⁴⁵¹. En este sentido, el estigma

⁴⁴⁷ GOFFMAN, Erving. 2009. *Stigma: Notes on the management of spoiled identity*. Simon and Schuster, p. 3.

⁴⁴⁸ «Estigma» es un término usado para denotar un atributo personal negativo de un individuo, cuyos efectos lo sitúan en una posición de desventaja dentro de un determinado círculo social. Entre las causas que dan origen a estigmas, estas pueden sistematizarse bajo tres criterios: Aquellos basados en el aspecto físico de la persona (*abomination of the body*), los relativos a las creencias religiosas, raza o nacionalidad del individuo y, finalmente, aquellos que se originan por «manchas» (*blemishes*) del sujeto por hechos conductuales tales como determinados tipos de adicción, condición sexual o registrar antecedentes penales. Esta posesión de una determinada característica que, convencionalmente, tiene una connotación negativa marca diferencia y distancia entre sus portadores y quienes no los poseen. Para una mirada sociológica sobre los «estigmas» y sus efectos, ver. GOFFMAN, Erving. (2009).

⁴⁴⁹ Ver *infra*, capítulo III, apartado 3 y siguientes.

⁴⁵⁰ En países como Estados Unidos, en donde el acceso a los antecedentes penales está garantizado por distintos actores (ya sean entidades públicas o privadas, como se estudió en el punto 1.1 de este trabajo) más del 80% de los empleadores verifican si los postulantes a trabajos poseen o no antecedentes penales, lo que constituye una barrera infranqueable para quienes buscan reinsertarse luego de haber sido condenados por algún delito. Para más información sobre el impacto laboral que tienen los antecedentes penales en Estados Unidos, ver: BLUMSTEIN, Alfred; NAKAMURA, Kiminori. 2009. *Redemption in the Presence of Widespread Criminal Background Checks*. *Criminology*, vol. 47, no 2, p. 328.

⁴⁵¹ MARTÍNEZ MERCADO, Fernando. (2008), p. 165.

derivado de los antecedentes penales también ha de considerarse como un mal infligido al ofensor, dado que tal condición genera un impacto negativo para su reintegración a la sociedad⁴⁵².

3.2 La expresión de desaprobación en los antecedentes penales.

La calidad de «estigma» que poseen los antecedentes penales queda en evidencia si volvemos al segundo elemento de la definición de pena, esto es, como expresión de desaprobación. Ya analizamos que la pena es tal debido al carácter simbólico de reprobación que acompaña su imposición y, por tanto, prioriza una función expresiva que predomina frente a la irrogación de un mal, circunstancia que la distingue del resto de las sanciones jurídicas no penales⁴⁵³. En otras palabras, la pena posee una carga expresiva de reprobación, y la irrogación de un mal constituye un medio para expresar ese reproche. Como resultado, los antecedentes penales son el registro de ese reproche en el prontuario del condenado. Apuntar a la función expresiva de la pena genera una importante consecuencia en los antecedentes penales: si la pena, como símbolo de reproche, constituye un medio de desaprobación frente al hecho punible, los antecedentes penales, como consecuencia del proceso de adjudicación penal, no son indiferentes a esta expresión de desaprobación. En efecto, si la pena no fuese lo que es –la irrogación de un mal como expresión de desaprobación– los antecedentes penales no podrían considerarse como estigma y, por ende, como irrogación de un mal en los términos que hasta aquí se ha planteado. De esta forma, el elemento expresivo de la pena es transferido a los antecedentes penales, lo que permite fundamentar los efectos negativos derivados de su registro.

En consecuencia, la función expresiva de la pena dota de contenido –expresivo– a los antecedentes penales, los cuales, como registro de este reproche, son considerados estigmas y, como resultado, se incorporan a las formas particulares que posee la pena para irrogar un mal como modo de reprobación. En este sentido, si bien el acceso de esta información está restringida solo a su titular de acuerdo a la confidencialidad del Registro General de Condenas⁴⁵⁴, en la práctica distintas personas pueden exigir la presentación de un certificado de antecedentes penales a quien pretende postular a determinadas actividades laborales o sociales⁴⁵⁵ y, de esta manera, el titular se convierte en un intermediario entre el Registro Civil y el tercero para acceder a esta

⁴⁵² JACOBS, James; CREPET, Tamara. (2007), p. 178.

⁴⁵³ MAÑALICH. Juan Pablo (2009), p. 51.

⁴⁵⁴ Sobre esto se analizó con detalle en *infra*, Capítulo I, apartado 3.2 y Capítulo II, apartado 1.2.

⁴⁵⁵ Ver *infra*, Capítulo III, apartado 2.

información⁴⁵⁶. En esta misma línea, el Registro de Inhabilidades, registro especial encargado de almacenar todas las penas accesorias con ocasión de una sentencia condenatoria en materia de delitos sexuales contra menores de edad, solo exige, a cualquier persona que quiera acceder a la información contenida en el registro, su identificación previa (o enrolamiento) y acreditar un interés legítimo que fundamente su acceso al registro⁴⁵⁷. Así, es posible notar que la sociedad posee distintos canales para acceder a esta información y, por ende, para materializar la expresión de reproche contenida en los antecedentes penales. Por tanto, a la pregunta sobre de qué forma los antecedentes penales son incluidos en la estructura de la pena, cabe responder que, además de su inclusión normativa, existe una inclusión expresiva de los antecedentes penales que se fundamenta, por un lado, en la carga simbólica de la pena y su transferencia a los antecedentes penales como consecuencia del registro de este reproche y, por otro lado, la propiedad estigmatizante de estos antecedentes que cuentan como una forma particular que tiene la pena de irrogar un mal al ofensor.

Que la pena sea una forma de irrogar un mal como medio de expresión de actitudes de desaprobación e indignación, conlleva a reconocer que los antecedentes penales, de acuerdo a su inclusión normativa, perpetúan esta carga expresiva de reprobación de manera indefinida en el prontuario de su titular⁴⁵⁸. Además, si reconocemos una determinada propiedad funcional a la pena sobre la base de su función expresiva, también es posible atribuir a los antecedentes penales una característica funcional mediante el registro de dicha función expresiva. Así, en palabras de Feinberg, quien ingresa a prisión sufre, de forma inevitable, la vergüenza e ignominia que implican el encierro y el estigma derivado de sus antecedentes penales⁴⁵⁹. En consecuencia, los antecedentes penales no solo registran la función expresiva de la «pena», sino que también son parte de ella.

3.3 El comportamiento previo y defectuoso en los antecedentes penales.

En relación a este punto, hemos sostenido que el «comportamiento previo y defectuoso» contenido en la definición de pena resulta una condición necesaria para el reproche penal. La irrogación de un mal como expresión de desaprobación se explica como una re-acción ante la defraudación de la confianza que se deposita, *ex ante*, sobre la base de que los destinatarios serán

⁴⁵⁶ Por estas situaciones, en esta investigación se ha planteado la necesidad de regular el uso de antecedentes penales.

⁴⁵⁷ Ver *infra*, Capítulo I, apartado 3.3 y Capítulo III, 4.3.2.

⁴⁵⁸ Es indefinida porque, como se ha visto, la eliminación u omisión de antecedentes penales dependen del usuario. Ver *infra*, capítulo II, 2.8.

⁴⁵⁹ FEINBERG, Joel. (1970), p. 100.

leales a la norma de comportamiento. Quien transgrede la norma se beneficia injustamente de las ventajas que su seguimiento generalizado asegura a la sociedad, lo que sitúa al reproche penal en el plano del quebrantamiento de la norma como respuesta al hecho punible⁴⁶⁰.

Como pudimos advertir, existe una inclusión expresiva de los antecedentes penales dentro del concepto de pena: los antecedentes penales no constituyen un medio autónomo y disociado de la pena como forma de irrogar un mal sino que se encuentran incluido en él. Esto se fundamenta en la carga expresiva implícita en la pena y en el registro de esa carga expresiva en el prontuario del condenado. Más que un simple registro de anotaciones judiciales, ello convierte a los antecedentes penales en un estigma y, por tanto, en una consecuencia gravosa que sufre el sujeto del reproche penal.

Esta inclusión es aún más explícita si establecemos que el «comportamiento previo y defectuoso» es un presupuesto necesario para ambos. Frente al hecho punible, la norma de sanción habilita la irrogación de un mal como consecuencia jurídica de la realización –imputable– de la conducta que contraviene lo dispuesto en la norma de comportamiento⁴⁶¹. En otras palabras, si el hecho punible es presupuesto necesario para la imposición de la pena como reacción frente a un comportamiento jurídicamente reprochable, esto implica, a su vez, la procedencia de los antecedentes penales con ocasión del mismo hecho punible.

En relación a la pregunta planteada al comienzo de este capítulo sobre si los antecedentes penales son parte integral de lo que cabe entender por «pena» o son un elemento autónomo respecto de esta, cabe responder que, sobre la base de la inclusión expresiva de los antecedentes penales dentro de la pena, estos se encuentran presentes en cada una de las estructuras que comprende la pena. En suma, los antecedentes penales, como consecuencia de la imposición de una sentencia condenatoria, deben considerarse parte de la irrogación de un mal como expresión de desaprobación por un comportamiento previo y defectuoso.

3.4 La conservación de los antecedentes penales.

La inclusión de los antecedentes penales, dentro del concepto de pena es –tan solo– temporal. La expresión del reproche merecido tiene lugar en dos momentos paradigmáticos en el

⁴⁶⁰ MAÑALICH, Juan Pablo (2007), p. 166.

⁴⁶¹ MAÑALICH, Juan Pablo. (2010b), p. 169.

ejercicio del *ius puniendi* estatal⁴⁶²: la imposición y la –posterior– ejecución de la pena. Imponer una sentencia condenatoria implica el ejercicio exitoso de la acción penal que determina la satisfacción de condiciones de las cuales depende, por un lado, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado y, por otro, el correlativo deber del condenado de soportar las consecuencias jurídicas contenidas en la norma de sanción, como prestación retributiva por la comisión del delito⁴⁶³. La imposición de la pena fija cuáles serán las consecuencias jurídicas que en definitiva deberá soportar el condenado y, de este modo, la ejecución de la «pena» se muestra como el momento en que las consecuencias jurídicas establecidas en la sentencia condenatoria se materializan sobre el condenado⁴⁶⁴.

Visto así, la sanción penal es la reacción retributiva en la cual se expresa reproche al condenado mediante la imposición de una pena, y la «pena», como materialización del reproche a través de la irrogación de un mal, es la pena ejecutada⁴⁶⁵. No obstante lo anterior, que la imposición de la pena y su ejecución sean los momentos de materialización del reproche culpable como repuesta de la norma de sanción, implica que la irrogación del mal como expresión de desaprobación se limita a estas dos instancias del ejercicio de la potestad punitiva estatal. Dada esta premisa, entonces ¿de qué manera se justifica la irrogación de un mal cuando la ejecución de la pena se encuentra cumplida?

La inclusión expresiva de los antecedentes penales dentro del concepto de pena se sustenta en que el registro de la carga expresiva del reproche en el prontuario del condenado, convierte a los antecedentes penales en parte de la irrogación de un mal que sufre el ofensor. Esta consideración permite reconocer que los antecedentes penales, lejos de constituir un simple registro de anotaciones judiciales, poseen efectos negativos para su titular, que aquí hemos denominado como «estigma».

⁴⁶² Cabe recordar que la teoría moderna penal presupone tres momentos distintos de legitimación del ejercicio de la potestad punitiva estatal: La conminación penal, la imposición judicial de la pena y la ejecución de la pena. Sobre este tema se volverá *supra*, apartado 4.1.1 de este capítulo. En general ver ROXIN, Claus. 1976. Sentido y límites de la pena estatal en Problemas Básicos del Derecho Penal. trad. De Diego Manuel Luzón Peña. Ed. Reus, Madrid.

⁴⁶³ MAÑALICH, Juan Pablo. 2011a. El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos. Derecho y Humanidades, no 18, p. 172.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 172.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 172.

La unidad entre «pena» y antecedentes penales pierde cohesión y coherencia cuando los antecedentes penales se mantienen vigentes a pesar de que el condenado haya cumplido de forma satisfactoria su condena⁴⁶⁶. De esta forma, la inclusión de los antecedentes penales en la pena como expresión de reproche es solo sustentable hasta finalizada la etapa de ejecución de condena. Su subsistencia en etapas posteriores constituye la irrogación de un mal autónomo, conceptualmente diferente de la pena y carente de justificación.

4. La irrogación de un mal post penitenciario.

Si durante el capítulo anterior justificamos de qué forma los antecedentes penales están incluidos –de forma expresiva– dentro de la «pena», el siguiente análisis irá dirigido a demostrar que su operación, fuera del marco de los momentos paradigmáticos del ejercicio del poder punitivo estatal, los convierte en un foco autónomo e indefinido de irrogación de un mal a quienes ya han cumplido con la etapa de ejecución de condena.

4.1.1 La etapa «post penitenciaria».

Como consideración preliminar, debemos señalar que la doctrina ha concebido tres momentos institucionales del derecho penal: i) el momento de la «conminación penal», caracterizado por actos institucionales de promulgación y publicación de normas penales a través de la función pública que ejerce el legislador; ii) el momento de la «imposición de la pena», dominado por el acto institucional de la sentencia penal y la labor del juez, quien determina la responsabilidad por quebrantamiento culpable de una norma de conducta; y por último, iii) el momento de la «ejecución de la pena», caracterizado por el cumplimiento de la sanción previamente definida por el adjudicador a cargo usualmente del respectivo aparato administrativo, en el caso chileno, Gendarmería⁴⁶⁷.

Dentro de esta comprensión tripartita, los antecedentes penales se originan en la culminación del segundo momento paradigmático del *ius puniendi*, al finalizar el proceso

⁴⁶⁶ Tal como se analizó en *infra*, capítulo II, en general la normativa está determinada a funcionar de acuerdo al impulso del titular ya sea para eliminar u omitir antecedentes penales. La excepción a la regla sería la ley N° 18.216 sobre medidas alternativas a las penas restrictivas de libertad, la ley N° 19.962 que elimina ciertas anotaciones penales entre los años 1973-1990 y la ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente. Sin embargo, como lo evidencia el título de las leyes, estas poseen una aplicación restringida y, por tanto, no constituyen la regla general en la legislación de eliminación y omisión de antecedentes penales.

⁴⁶⁷ SÁNCHEZ ROSSI, Carlos. 2013. Problemas de determinación de la pena en la ley N° 20.393, Memoria de prueba para la obtención del grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago. Passim.

adjudicativo mediante la imposición de una sentencia penal condenatoria. Constatar este hecho nos permite identificar el origen institucional de los antecedentes penales dentro del ejercicio del poder punitivo estatal, pero no su fin. En este sentido, los antecedentes penales comienzan con la adjudicación de una sentencia penal, se mantienen en el prontuario del individuo durante la etapa de ejecución de penas y perduran a etapas posteriores al cumplimiento satisfactorio la sentencia⁴⁶⁸. A este momento posterior le denominaremos etapa «post penitenciaria».

El concepto de post penitenciario puede definirse como el conjunto de acciones que favorecen la integración jurídica, ciudadana y social de las personas que han cumplido su condena⁴⁶⁹. De esta manera, el concepto «post penitenciario» se muestra como una organización de medios hacia un fin, representado por la integración del condenado. Lo post penitenciario, como etapa cronológica, no mantiene una estructura rígida que necesariamente comienza al terminar la fase de ejecución de penas sino que, más bien, se inicia una vez que el condenado logra ser titular de derechos progresivos que le permiten vincularse con el medio libre, con miras a su pronta excarcelación⁴⁷⁰. En cuanto a su extensión esta etapa duraría, al menos, hasta los primeros tres meses una vez recuperada la libertad, período de tiempo que es consignado como momento crítico en materia de reinserción en donde el individuo enfrenta posibilidades reales de materializar su integración a la sociedad⁴⁷¹.

El hecho de que la etapa post penitenciaria no constituya un momento institucional propio del ejercicio del ius puniendi merece las siguientes apreciaciones⁴⁷²: i) Si la pena constituye

⁴⁶⁸ Esto constituye la regla general en esta materia, salvo las normas enunciadas en el pie de página 464.

⁴⁶⁹ MARTINEZ MERCADO, Fernando. (2008), p. 38.

⁴⁷⁰ El decreto N° 518 de Establecimientos Penitenciarios establece en sus artículos 92 y siguientes, que «Los permisos de salida son *beneficios* que forman parte de las actividades de reinserción social y confieren a quienes se les otorgan gradualmente, mayores espacios de libertad» entre los cuales se me mencionan, salida esporádica, dominical, de fin de semana y controlada al medio libre. Este investigador ha evitado referirse a estos derechos como «beneficios intrapenitenciarios» como comúnmente se les conoce, dado que la palabra «beneficio» evoca una mejora o recompensa que la autoridad penitenciaria confiere al interno cuando, en estricto rigor, este constituye un derecho al que, cumpliendo determinados requisitos, el interno puede acceder.

⁴⁷¹ AGUILAR, L., et al. 2010. Volver a Confiar, caminos para la integración postcarcelaria. Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, p. 92. Acá decidí emplear este periodo de tiempo para mostrar al lector que la etapa post penitenciaria tendría una duración que se prolonga, al menos según el estudio empírico citado, por tres meses luego de cumplida la pena. Este límite temporal de la etapa post penitenciaria, es una directriz entregada por los resultados empírico contenidos en el trabajo citado pero no constituye un criterio asentado en doctrina que la extensión de esta etapa tenga, como máximo, una duración de tres meses la que, desde luego, podría ser incluso más extensa dependiendo del trabajo de inserción social y/o laboral que requiera el ex condenado.

⁴⁷² Para efectos de este capítulo, solo pretendo resaltar que el ejercicio del derecho penal, como actividad sancionatoria, se limita a estos tres momentos institucionales paradigmáticos de la actividad punitiva estatal.

la materialización de un reproche mediante la irrogación de un mal, entonces la pena *es* la pena ejecutada⁴⁷³. Así, la ejecución de la pena se presenta como *el* momento de realización de la pretensión punitiva del Estado –y no otro– como respuesta al quebrantamiento culpable de una norma de conducta⁴⁷⁴. Por tanto, la ejecución de la pena constituye el tercer y último estadio de realización del derecho penal⁴⁷⁵; ii) Esto implica que los arreglos normativos e instituciones que legitiman la práctica punitiva estatal tienen, como presupuesto, la intervención jurídico penal del Estado dentro de estos tres momentos; iii) En consecuencia, cualquier irrogación de un mal que cuente como expresión de desaprobación por un comportamiento previo y defectuoso –es decir como *pena*– fuera de estos tres momentos institucionales del derecho penal, carece de legitimación.

4.1.2 La norma penal como afectación a los derechos fundamentales.

En la compleja relación que existe entre el ejercicio del *ius puniendi* estatal y los derechos fundamentales en un Estado democrático, subyace una tensión que resulta explícita en la formulación estándar del discurso jurídico-penal, según el cual el derecho penal protege derechos fundamentales a través de la lesión de derechos fundamentales⁴⁷⁶. Desde esta perspectiva, el derecho penal cumple con el objetivo de proteger determinados bienes jurídicos⁴⁷⁷ frente a lesiones o puestas en peligro a través de la amenaza de una pena, cuya finalidad se alcanza mediante la irrogación de un mal como reproche merecido ante el hecho punible.

Durante el proceso de «conminación», al establecer el legislador una norma penal para la protección de bienes jurídicos, el Estado produce una doble afectación a los derechos fundamentales: en tanto norma de comportamiento y como norma de sanción. La norma de comportamiento implica, para su destinatario, la abstención de una acción prohibida o la

No se pretende aquí argumentar una extensión del derecho penal a un –hipotético– cuarto momento, como se podría inducir por la referencia post penitenciaria realizada acá. Por ahora, basta con constatar la existencia de límites institucionales al ejercicio de la potestad sancionatoria penal del Estado.

⁴⁷³ MAÑALICH, Juan Pablo. (2005a), p. 172.

⁴⁷⁴ Ibidem p. 174

⁴⁷⁵ ROXIN, Claus. (1976), p 31.

⁴⁷⁶ MAÑALICH, Juan Pablo. 2005b. La prohibición de la infraprotección como principio de fundamentación de las normas punitivas: ¿Protección de los derechos fundamentales mediante el derecho penal? Derecho y Humanidades, no 11. P. 246.

⁴⁷⁷ Por «bienes jurídicos», entendemos que constituyen propiedades de seres humanos, cosas e instituciones que sirven al libre desenvolvimiento individual y que resultan merecedoras de protección penal, bajo el principio de la coexistencia de libertad ventajosa para todos. KINDHAÜSER, Urs. (2010), p. 34.

ejecución de una acción ordenada, según se trate de una prohibición o de un mandato⁴⁷⁸. En este sentido, la norma de comportamiento, como una razón para la acción, vinculante para sus destinatarios, constituye una restricción de alternativas de conducta y, por ende, una sustracción de autonomía⁴⁷⁹. De esta forma el establecimiento de normas de comportamiento determina un conjunto de acciones y omisiones que conforman un estándar categórico de conductas jurídicamente correctas a los cuales sus destinatarios deben someterse⁴⁸⁰.

Por otro lado, la norma de sanción, como regla secundaria, determina la irrogación de un mal como consecuencia jurídica de la realización (imputable) del correspondiente tipo delictivo⁴⁸¹. La sanción constituye un reproche cuya aplicación conlleva una afectación de derechos fundamentales distinta y adicional a la restricción de libertad que se deriva de una norma de comportamiento⁴⁸². En este sentido, como norma sancionatoria, esta afectación de derechos fundamentales se da en dos etapas: i) Al momento de la «imposición de la pena», que incluye a los actos procesales penales preliminares a la adjudicación penal⁴⁸³ y; ii) En la etapa de «ejecución de penas».

Sin embargo, esta afectación de derechos fundamentales es particularmente intensa en el caso de la pena como clase especial sanción, ya que su ejecución, como momento de realización del derecho penal, puede derivar en una la lesión prolongada del derecho constitucional a la libertad ambulatoria⁴⁸⁴ en el caso de las penas privativas de libertad, una afectación patrimonial al

⁴⁷⁸ MAÑALICH, Juan Pablo. (2011b), p. 91.

⁴⁷⁹ BASCUÑAN R., Antonio. 2007. Derechos fundamentales y derecho penal. Revista de Estudios de la Justicia, no 9, p. 58.

⁴⁸⁰ MAÑALICH, Juan Pablo. (2011b), p. 91.

⁴⁸¹ MAÑALICH, Juan Pablo. (2010b), p. 173.

⁴⁸² BASCUÑAN R, Antonio. (2007), p. 58.

⁴⁸³ La imposición de una sentencia condenatoria supone una serie de actos previos que posibilitan ejercer el reproche merecido al ciudadano mediante la adjudicación penal y que afectan los derechos fundamentales de quien está siendo imputado por la comisión de un delito. Tal es el caso de las medidas cautelares, las cuales, durante el proceso penal, constituyen instrumentos para contrarrestar el riesgo de que durante el transcurso del proceso el sujeto pasivo pueda realizar actos o adoptar conductas que impidan o dificulten gravemente la ejecución de una eventual sentencia condenatoria. En especial, las medidas cautelares personales son aquellas medidas restrictivas o privativas de libertad que el tribunal puede decretar, contra el imputado, durante el proceso penal para asegurar la realización exitosa del proceso penal, tales como la citación, la detención, la prisión preventiva o la concesión de otras medidas cautelares personales que sirvan para el efecto. Así, las medidas cautelares personales importan una privación o restricción al derecho fundamental de la libertad personal, entendida esta como libertad ambulatoria. Para más detalle sobre el concepto de medidas cautelares dentro del proceso penal, ver: HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. 2002. Derecho procesal penal chileno. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 341 y siguientes.

⁴⁸⁴ Constitución Política de la República de Chile, art. 19, n° 7 letra A).

derecho de propiedad⁴⁸⁵ en el caso de las penas patrimoniales, y una restricción al derecho a la libertad económica⁴⁸⁶ en casos de prohibiciones de ejercer determinadas actividades lucrativas, entre otros.

4.1.3 Los antecedentes penales como afectación de derechos fundamentales.

La inclusión de los antecedentes penales dentro del concepto «pena» descansa en consideraciones normativas y expresivas que permiten fundamentar, por un lado, con arreglo a la ley, que los antecedentes penales se inician al momento de la imposición de la sentencia penal, mediante su registro correspondiente en el prontuario del condenado⁴⁸⁷. Por otro lado, desde una perspectiva expresiva, la pena constituye un reproche que expresa desaprobación mediante la irrogación de un mal, y los antecedentes penales son el registro de ese reproche en el prontuario del condenado⁴⁸⁸. Hemos visto durante este trabajo que los antecedentes penales son un foco que posibilitan múltiples lesiones a los derechos fundamentales de su titular tales como el derecho a la privacidad, el derecho a la dignidad, el derecho a la igualdad y el derecho a no ser discriminado, entre otros, y que tienen un impacto negativo en el círculo social, laboral y familiar de la persona que los posee⁴⁸⁹. Esta afectación a derechos fundamentales se explica en que los antecedentes penales son el resultado del registro de la imposición de una pena, y la pena, como ningún otro tipo de sanción, constituye el modo de reprobación más intenso que posee el ordenamiento jurídico. Esta vinculación entre la pena, como símbolo de reprobación, y los antecedentes penales, como registro de esta carga expresiva, dotan a estos últimos del efecto estigmatizante que lesiona estos derechos fundamentales⁴⁹⁰. A diferencia de la pena ejecutada, las consecuencias del registro de esta carga expresiva de la pena no se aprecian sino hasta la etapa post penitenciaria.

Si el concepto «estigma» es un término empleado para denotar un atributo personal negativo de un individuo, cuyos efectos lo sitúan en una posición de desventaja dentro de un determinado círculo social⁴⁹¹, los antecedentes penales necesitarían de interlocutores capaces de acceder a esta información y usarla de manera discriminatoria para afectar los derechos de su titular. Esta circunstancia permite distinguir dos etapas de vulneración. En primer lugar, la

⁴⁸⁵ *Ibidem*, art. 19, n° 24.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, art. 19, n° 16.

⁴⁸⁷ Decreto Ley N° 645, art. 3.

⁴⁸⁸ Ver *infra*, Capítulo I, 3.2.

⁴⁸⁹ Ver *infra*, Capítulo III, 3.

⁴⁹⁰ Ver *infra*, apartado 3.3 de este capítulo.

⁴⁹¹ Ver *infra*, pie de página 446.

privación de libertad es el modo primario de ejercicio del *ius puniendi* estatal y opera tanto en etapas previas a la imposición de la sentencia –con la aplicación de medidas cautelares, por ejemplo– como al momento de su ejecución⁴⁹². Por su parte, los antecedentes penales producen su máximo daño a los derechos fundamentales no al momento de la imposición ni en la posterior ejecución de la pena, donde existe un número acotado de interlocutores con los que el condenado puede interactuar, sino que en la etapa post penitenciaria.

Arribar a esta conclusión permite constatar dos hechos de suma importancia en nuestra investigación: en primer lugar, durante la ejecución de condenas existe un número restringido de interlocutores capaces de dañar al titular. Segundo, en etapas posteriores a la ejecución de la pena el círculo social del condenado puede ampliarse. Esto nos permite afirmar que la afectación de derechos fundamentales producida por los antecedentes penales es progresiva: conserva su mínima expresión al momento la imposición de la condena, pero sus efectos negativos aumentan conforme el titular de estos antecedentes amplía su círculo social.

De acuerdo al carácter progresivo del efecto negativo de los antecedentes penales, estos constituyen una máxima fuente de riesgo para los derechos fundamentales en la etapa post penitenciaria, debido a la sensibilidad que este momento representa para los objetivos de integración a la comunidad⁴⁹³. Si el ejercicio del *ius puniendi* constituye una fuente de peligro para los derechos fundamentales esto implica que la práctica punitiva esté bajo una constante necesidad de legitimación, pero ¿responden los antecedentes penales a esta legitimación como fuente de irrogación de mal durante la etapa post penitenciaria?

La importancia de la ejecución de la pena como tercer y último momento institucional del derecho penal nos permite establecer que el ejercicio del *ius puniendi* se restringe a tres etapas y la ejecución de penas es la última de ellas. Por tanto, si bien los antecedentes penales tienen un origen normativo y expresivo al momento de la imposición de la pena, una vez concluida la etapa de ejecución de condenas estos se transforman en un foco autónomo de riesgo para los derechos fundamentales y, como tal, también se encuentran en necesidad de legitimación.

⁴⁹² BASCUÑAN R, Antonio. (2007), p. 48.

⁴⁹³ AGUILAR, L. et al, (2010), p. 92.

4.2 Una ¿legítima? afectación a los derechos fundamentales.

Que la pena se legitime como medio de protección a través del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, no implica que la legitimidad de la potestad punitiva deba restringirse únicamente al examen de este principio.⁴⁹⁴ Aunque un determinado estado de cosas pueda ser reconocido como valioso o digno de protección, sigue en pie la cuestión sobre cómo justificar las prohibiciones o mandatos de determinadas conductas restrictivas de libertad⁴⁹⁵. Para determinar la existencia y alcance de la coacción jurídica se debe incorporar distintas perspectivas, principios y arreglos institucionales que justifiquen y controlen esta afectación a los derechos fundamentales⁴⁹⁶. De acuerdo a los objetivos de este capítulo, nos restringiremos a analizar la *proporcionalidad* que debe existir entre la intervención punitiva estatal y la afectación de derechos fundamentales, como consecuencia del reproche jurídico penal. La selección de este principio por sobre otros⁴⁹⁷, responde a las siguientes consideraciones analíticas: i) El derecho penal es un derecho de intervención, el cual desde su formulación como norma hasta la ejecución de la pena judicialmente impuesta, importa la irrogación de un mal que lesiona los derechos fundamentales del condenado; ii) Una concepción amplia del principio de proporcionalidad no solo se muestra como el tradicional principio que pondera la gravedad del delito y gravedad de la pena, sino que, además, incorpora otros reconocidos límites materiales al ejercicio del *ius puniendi*⁴⁹⁸. Por ende, este esquema del principio de proporcionalidad permite efectuar un control de validez de la afectación de los derechos fundamentales con ocasión del ejercicio de la potestad punitiva estatal. iii) Finalmente, si los antecedentes penales se encuentran incluidos dentro de la *pena* como irrogación de un mal, su legitimidad también está sujeta a un examen de proporcionalidad. En especial consideraremos su desarrollo en la etapa post penitenciaria, dado que la extensión en la

⁴⁹⁴ Aquí nos referimos al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, según el cual el derecho penal se *limita* a la protección de bienes jurídicos, como criterio que legitima cuándo y cómo debe intervenir el derecho penal. Sobre esto, ver: FRISCH, Wolfgang. 2007. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. En *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Ediciones Jurídicas y Sociales; BASCUÑAN R., Antonio. 2007. Derechos fundamentales y derecho penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, no 9, p. 47-74 y; MAÑALICH, Juan Pablo 2005b. La prohibición de la infraprotección como principio de fundamentación de las normas punitivas: ¿Protección de los derechos fundamentales mediante el derecho penal?. *Derecho y Humanidades*, , no 11.

⁴⁹⁵ FRISCH, Wolfgang (2007), p. 320.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 324.

⁴⁹⁷ Entre algunos principios que la doctrina considera pertinentes para limitar el ejercicio del derecho penal, podemos mencionar el principio de legitimidad, principio de exclusiva protección del bien jurídico, principio de culpabilidad, principio de humanidad, entre otros.

⁴⁹⁸ FRÍAS NAVARRO, Irene. 2010. El principio de proporcionalidad en sentido estricto: 'principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios'. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, no 2, p. 3.

irrogación de un mal a etapas posteriores a la ejecución de la pena parece, en principio, desproporcionada.

4.3 El principio de proporcionalidad.

Que una determinada realidad sea catalogada como bien jurídico puede ser suficiente como punto de partida de consideraciones de legitimación en torno a la justificación y concreción del derecho penal como medio de protección de ese bien jurídico. Sin embargo, este escenario varía cuando se trata de legitimar el derecho penal en cuanto limitación o restricción de libertades individuales que se imponen, coactivamente, sobre una persona⁴⁹⁹.

La Constitución reconoce que la actuación del Estado puede limitar el goce o ejercicio de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, pero también es posible constatar un límite a dicha restricción, dado que la idea bajo la cual los derechos fundamentales poseen un núcleo esencial que no puede ser afectado implica, a su vez, un límite a los límites de derechos constitucionales⁵⁰⁰. Si el punto de partida lo constituye una intervención jurídico-penal destinada a la protección de bienes jurídicos, dicha intervención debe ser, además, *idónea* para tal fin, *necesaria* y, por último, *proporcional* en sentido estricto⁵⁰¹. Por tanto, el principio de proporcionalidad, más que un principio de legitimación material del derecho penal, constituye un principio de control de validez de afectación de derechos fundamentales en la intervención punitiva estatal⁵⁰².

Tal como anticipamos, es posible reconocer tres subprincipios que componen el principio de proporcionalidad. Así, un examen de proporcionalidad sobre la intervención jurídico penal debe responder al:

⁴⁹⁹ FRISCH, Wolfgang. (2007), p. 321-322.

⁵⁰⁰ Constitución Política de la República de Chile, art. 19 N° 26: «La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella autoriza, no podrán afectar los derechos fundamentales *en su esencia*, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio».

⁵⁰¹ FRIAS NAVARRO, Irene. (2010), p.4.

⁵⁰² Por legitimación material, entendemos el contenido de la acción penal que establece el legislador sobre qué es lo que debe proteger el derecho penal y qué no.

i) Principio de idoneidad: El derecho penal puede y debe intervenir solo cuando sea eficaz e idóneo para el fin perseguido y, por tanto, debe evitar su intervención cuando, político-criminalmente, se muestre inoperante, ineficaz o inadecuado⁵⁰³.

ii) Principio de necesidad: Una intervención del derecho penal es innecesaria si el fin de la medida también puede ser alcanzado a través de otro medio igualmente (o más) eficaz que no restrinja o que restrinja en menor medida los derechos fundamentales en cuestión⁵⁰⁴.

Para establecer el contenido de esta *necesidad* la doctrina suele incorporar en él ciertas consideraciones que, en suma, fundamentan el principio de necesidad. Tal es el caso del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y el principio de intervención mínima⁵⁰⁵.

Bajo el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el derecho penal resulta necesario cuando así lo exija la protección de bienes jurídicos penales⁵⁰⁶. Por otra parte, una reacción jurídico penal no se considera necesaria para proteger todos los ataques a bienes jurídicos en general, sino solo ante aquellos que revistan cierta importancia en atención a su gravedad y cuya protección no sea posible de realizar por otros medios, es decir, la actividad punitiva estatal debe responder al principio de intervención mínima⁵⁰⁷. Por tanto, el examen de necesidad que debe superar el derecho penal requiere ponderar tanto el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como el principio de intervención mínima.

iii) Principio de proporcionalidad en sentido estricto: Si la imposición de una pena implica la irrogación de un mal como desaprobación a un comportamiento previo y defectuoso, debe existir una proporción entre la irrogación de ese mal, como reproche merecido, y la realización culpable del hecho punible como objeto del castigo. En sentido, el equilibrio entre gravedad del delito y la severidad de la sanción ha de determinarse mediante un juicio de ponderación entre la carga

⁵⁰³ AGUADO, Teresa. 1999. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, p. 151.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 159.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, p. 160 y siguientes.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, p. 159.

⁵⁰⁷ El principio de intervención mínima se basa, a su vez, en dos principios: El principio de fragmentariedad y el principio de subsidiariedad. Por fragmentariedad del derecho penal, se entiende que los bienes jurídicos tan sólo merecen protección penal frente a aquellos ataques que revistan cierta gravedad; El principio de subsidiariedad, supone que la protección mediante el derecho penal, solo se llevará a cabo cuando no sea posible lograrla por otros medios, jurídicos o extra jurídicos. Sobre los principios integrantes del principio de necesidad, ver AGUADO, Teresa. (1999), p. 159 y ss

coactiva de la pena, como afectación a derechos fundamentales, y el fin perseguido con el establecimiento de la norma penal⁵⁰⁸.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto realiza una ponderación retrospectiva, pues responde a la cuestión de si es proporcionado imponer una pena frente a determinados hechos y con cuánta pena es proporcionado intervenir⁵⁰⁹: la pena constituye una reacción institucional ante el quebrantamiento culpable de la norma penal y, en tal condición, la proporcionalidad de la pena se pondera de manera retrospectiva en función de la realización del hecho punible⁵¹⁰. Esta ponderación retrospectiva de la proporcionalidad en sentido estricto está inserta en la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad en sentido amplio el cual, como principio aglutinador de otros límites al ejercicio del ius puniendi estatal, realiza un test de legitimación prospectivo conforme a la racionalidad de los fines, dado que incluye el examen idoneidad y necesidad de la pena como medio de control social (además de la proporcionalidad en sentido estricto)⁵¹¹. Así, la estructura del principio de proporcionalidad en sentido amplio está orientada a maximizar las libertades de las persona frente a la afectación de derechos fundamentales provocada por el derecho penal⁵¹².

4.4 ¿Proporcionalidad en el registro de antecedentes penales?

Hasta ahora, hemos advertido que los antecedentes penales se inician con la imposición de una sentencia condenatoria penal. A diferencia de esta sanción, el registro de estas anotaciones judiciales mantiene una duración indefinida, dado que su fecha de eliminación depende de la concurrencia de una serie de requisitos con los que debe cumplir el titular, además de las cargas institucionales a las que debe sujetarse⁵¹³. Esto provoca que el registro de los antecedentes penales sea una fuente progresiva de afectación a los derechos fundamentales, cuya máxima expresión – como fuente de vulneración de derechos– se alcance en la etapa post penitenciaria. En consecuencia, el examen de los antecedentes penales a la luz del principio de proporcionalidad se basa en las siguientes consideraciones: i) Los antecedentes penales constituyen, en lo que hasta

⁵⁰⁸ AGUADO, Teresa. (1999), p. 277.

⁵⁰⁹ FRIAS NAVARRO, Irene. (2010), p. 10.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 11.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 15.

⁵¹² *Ibidem*, p. 14.

⁵¹³ Por ejemplo, el Decreto Ley N° 409 establece un periodo de firma mensual de dos o cinco años y, además, la persona debe haber observado muy buena conducta en la prisión; Conocer bien un oficio o profesión; Haber cursado a lo menos cuarto año de educación básica y; No haber sufrido ninguna condena hasta la fecha que se emita el decreto. Sobre esto Ver *infra*, Capítulo II, apartado 2 y siguientes.

aquí se ha analizado, la irrogación de un mal post penitenciario. Sin embargo, también reconocimos que estos antecedentes son el resultado de la actividad punitiva estatal – específicamente la imposición de una sentencia penal condenatoria– la cual se encuentra en constante necesidad de legitimación, debido a que lesiona derechos fundamentales. Si bien se podría sostener que, debido a esta relación accesoria entre la pena y los antecedentes penales originados por su imposición, estos ya estarían incluidos en un examen de legitimidad al igual que la pena, medidas cautelares u otras medidas de intervención del derecho penal, su extensión a etapas posteriores a la ejecución de la pena exigen que, al menos, se considere un nuevo examen para su conservación luego de concluida la etapa de sanción; ii) En la etapa post penitenciaria, los antecedentes penales constituyen un elemento disociado de la pena y se convierten en un foco autónomo de afectación a derechos fundamentales, lo que justifica un análisis de legitimidad circunscrito a los antecedentes penales.

4.4.1 El principio de idoneidad en el registro de antecedentes penales.

Tal como vimos, este principio exige que la intervención penal deba ser apta para la consecución de los fines para los cuales se aplica⁵¹⁴. Esta relación de aptitud del medio como instrumento eficaz para alcanzar un fin es lo exigido por el principio de idoneidad.

El fin perseguido por la actividad registral penal no fue establecido expresamente por el legislador, pero de acuerdo al análisis del Registro General de Condenas, concluimos que su principal función es la de auxiliar a los órganos de justicia penal⁵¹⁵. Esto se fundamenta en el rol protagónico que tienen los antecedentes penales al momento en que el juez realiza la labor de individualizar, judicialmente, el quantum de la pena impuesta en el caso concreto, en atención a si el condenado posee o no condenas anteriores para determinar la aplicación de la agravante de reincidencia delictiva⁵¹⁶. Así, los antecedentes penales cumplen una función auxiliar al ejercicio del ius puniendi en la determinación judicial de la pena, y se muestran como un medio para la aplicación de disposiciones penales pertinentes al momento de imponer una pena⁵¹⁷.

⁵¹⁴ AGUADO, Teresa. (1999), p. 152

⁵¹⁵ Ver infra, Capítulo I, apartado 3.2.2.

⁵¹⁶ MAÑALICH, Juan Pablo (2010a), p. 42 y siguientes.

⁵¹⁷ Código Penal, art. 69, art. 11, art. 12.

En cuanto al Registro de Inhabilidades⁵¹⁸, el registro de antecedentes penales relativos a delitos sexuales contra menores de edad, también constituye una función auxiliar, que pretende garantizar el cumplimiento de las penas de inhabilitación absoluta perpetua o temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad⁵¹⁹. De esta forma, se faculta a quienes tengan un legítimo interés en contratar a una persona para ejercer tales funciones⁵²⁰, y evitar que un individuo perteneciente a este registro pueda quebrantar la inhabilitación.

En menor medida podemos añadir que, de acuerdo la clasificación de certificados de antecedentes penales contenida en la ley⁵²¹, el registro de antecedentes penales constituye un medio para (des) acreditar requisitos respecto de quienes busquen desempeñarse en instituciones como Carabineros de Chile, Fuerzas Armadas, Policía de Investigaciones, entre otros. La ausencia de antecedentes penales constituye un requisito de idoneidad para estas instituciones.

A este rol auxiliar del registro de los antecedentes penales presente en distintos ámbitos le denominaremos *dimensión práctica* y acompaña al ejercicio del ius puniendi en sus distintas etapas. Sin embargo, queda examinar si la conservación de los antecedentes penales en la etapa post penitenciaria constituye un medio idóneo para la satisfacción de sus finalidades auxiliares y que justifiquen la afectación a derechos fundamentales del ex condenado. Dada la importancia del principio de proporcionalidad en sentido amplio para emprender el análisis de idoneidad registral penal, retomaremos este punto luego en el siguiente apartado.

4.4.2 El principio de necesidad en el registro de antecedentes penales.

El examen de necesidad supone determinar si existen medios igualmente (o más) idóneos pero que resulten menos restrictivos de derechos fundamentales. Ya analizada la dimensión práctica del registro de antecedentes penales, cabe responder: ¿es necesaria la conservación de antecedentes penales en la etapa post penitenciaria? La respuesta amerita realizar expresas consideraciones. Los antecedentes penales tienen su origen en la actividad registral, la cual constituye una serie de actos administrativos destinados a registrar la actuación jurídico penal de imponer una sentencia condenatoria. Esto implica que la necesidad detrás de la conservación de

⁵¹⁸ Decreto Ley N° 645, art. 1. Ver *infra*, Capítulo I, apartado 3.3 .

⁵¹⁹ Código Penal, art. 39 bis.

⁵²⁰ Decreto Ley N° 645, art. 6 bis.

⁵²¹ Decreto Supremo N° 64, art. 12.

antecedentes penales deba ser analizada tanto desde una perspectiva administrativa como desde otra jurídico penal debido a la variedad de funciones que cumplen los antecedentes penales. Si bien el foco de investigación de este trabajo se basa en un análisis sobre la conservación post penitenciaria de antecedentes penales desde una óptica jurídico penal, un completo examen de proporcionalidad debe considerar todas sus variantes.

Resulta inevitable observar que, en gran parte, las finalidades en el registro de antecedentes penales están diseñadas para producir efectos en la etapa post penitenciaria. En su rol como auxiliar de justicia durante la determinación judicial de la pena, busca un reproche jurídico penal más severo ante una eventual reincidencia delictiva; asegurar el cumplimiento, perpetuo o temporal, de las penas de inhabilitación respecto de los condenados por delitos sexuales contra menores de edad; y opera como filtro en postulaciones laborales a distintas instituciones públicas que exigen la ausencia de condenas penales anteriores. Todas estas situaciones, en mayor o en menor medida, suponen un individuo con libertad tanto para delinquir como para buscar trabajo, el cual es alcanzado en la etapa post penitenciaria. Por tanto, hasta aquí podría catalogarse que la conservación post penitenciaria de antecedentes penales resultaría, en principio, necesaria para los fines que persigue, debido a que no parecen existir otros medios posibles para evitar la participación del individuo en nuevos eventos delictivos, mantenerlo fuera de establecimientos con menores y fuera de instituciones estatales que requieren la intachabilidad de sus miembros. Sin embargo, el estudio desarrollado a lo largo de esta investigación en relación a la legislación sobre eliminación y omisión de antecedentes penales permiten advertir inconsistencias en cuanto a la satisfacción del principio de necesidad en los términos señalados.

- ¿Necesidad administrativa en el registro de antecedentes penales?

La legislación no solo contempla el registro de las sentencias penales condenatorias, sino que también establece los mecanismos legales que posibilitan su eliminación. En particular, el DL 409 señala ser innecesario conservar la anotación penal en el prontuario de aquellas personas que han cumplido satisfactoriamente su condena⁵²². En este sentido, hemos identificado un conjunto de normas destinadas a eliminar, o al menos a omitir, la existencia de antecedentes penales en etapa post penitenciaria. Tal es el caso de la omisión y –eventual– eliminación de antecedentes penales que contempla la ley N° 18.216 sobre medidas alternativas a las penas privativas de

⁵²² Decreto Ley N°409, considerando 3°.

libertad. En esta ley en particular –que regula los casos de medidas alternativas a las penas privativas de libertad–, la omisión opera durante la fase de ejecución de condenas del individuo de forma automática, al momento de solicitar el certificado de antecedentes penales al Registro Civil⁵²³. Si se cumple de manera satisfactoria la condena, el tribunal de oficio deberá comunicar al Registro Civil el fin de la ejecución de la pena para la eliminación de la anotación judicial a los que haya dado lugar la sentencia penal ya cumplida⁵²⁴. Este análisis nos lleva a dos conclusiones sobre la necesidad post penitenciaria de los antecedentes penales. En primer lugar, el legislador sí vislumbra un escenario post penitenciario sin antecedentes penales. La eliminación y, en menor medida, la omisión evidencian que la *necesidad* de conservar las anotaciones penales a etapas posteriores a la ejecución de la condena no es absoluta, e incluso es reconocido expresamente por el legislador que la integración del individuo a la comunidad en la etapa post penitenciaria pierde gran parte de su eficacia con la conservación post penitenciaria de antecedentes penales dado que la persona, luego de cumplir su condena, queda marcada para toda su vida con el estigma de haber sido condenado⁵²⁵. En segundo lugar, advertimos una tendencia a evitar la conservación de antecedentes penales a etapas post penitenciarias. El legislador en sus más recientes aportes en materia de eliminación y omisión de antecedentes penales como la ley N° 18.216 –reformada por la ley N° 20.603 el año 2012– y la ley N°19.628 del año 1999, facilitan el acceso de los usuarios a la posibilidad de eliminar u omitir sus antecedentes penales. Sobre esto, rescatamos la ya citada ley N° 18.216 que contempla hipótesis de omisión y eliminación que buscan evitar la conservación de antecedentes penales a etapas posteriores a la ejecución de la pena. En el caso de la ley N° 19.628, se establece una hipótesis de omisión al momento de pedir un certificado de antecedentes penales que opera de forma automática una vez cumplida la sentencia penal⁵²⁶. En consecuencia, la tendencia normativa se encamina a restringir el uso de antecedentes penales solo a la etapa de ejecución de la penas.

En conclusión, las señales que entrega el ordenamiento jurídico a través de la normativa sobre eliminación y omisión en la materia permiten sostener que el legislador propicia un escenario jurídico con prescindencia de antecedentes penales en la etapa post penitenciaria para casos particulares. Sobre este punto, mencionamos que algunas leyes especiales han optado por

⁵²³ Ley N° 18.216, art. 38, inc. 1.

⁵²⁴ *Ibidem*, art. 38, inc. 3.

⁵²⁵ Decreto Ley N° 409, considerando 2°.

⁵²⁶ Ley N° 19.628, art. 21. Para un detalle sobre el funcionamiento de esta ley, ver *infra*, Capítulo II, 2.4.

considerar el cumplimiento satisfactorio de la condena como requisito suficiente para eliminar u omitir antecedentes penales y evitar su extensión a etapas post penitenciarias. Por tanto, si la conservación de antecedentes penales responde a una determinada necesidad de acuerdo a su dimensión práctica, hemos visto cómo el legislador –en ciertos casos– optó por facilitar su eliminación u omisión para crear un contexto jurídico con prescindencia de esta información, lo que equivale a decir que su conservación no resulta tan *necesaria* después de todo.

- ¿Necesidad jurídico penal en el registro de antecedentes penales?

Para hacer viable un examen de los antecedentes penales a la luz del principio de necesidad desde una óptica penal debemos realizar la siguiente prevención. El contenido del principio de necesidad responde tanto al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como al principio de intervención mínima. No obstante, en los antecedentes penales solo se reconoce una función auxiliar al ejercicio del ius puniendi como base para la determinación judicial de la pena. Como rol secundario que la ley le otorga, no es posible sostener que estos tengan como objetivo la protección de determinados bienes jurídicos de manera autónoma. A lo sumo, y con miras a un ejercicio analítico, podríamos conceder que bajo una inclusión expresiva de los antecedentes penales en la pena –como irrogación de un mal que expresa desaprobación– los antecedentes penales ayudarían a proteger el bien jurídico lesionado con ocasión de un nuevo quebrantamiento culpable de *esa* norma penal en particular, gracias a su función como agravante de la responsabilidad penal en la determinación judicial de la pena.

En cuanto a la exclusiva protección de bienes jurídicos que justifica la intervención jurídico penal, la etapa post penitenciaria supone el término de la fase de ejecución de penas o, al menos, su pronta culminación, es decir escenarios en los cuales ya se ha materializado el reproche merecido por la lesión al bien jurídico. Si el registro de antecedentes penales contribuye a la protección de bienes jurídicos al momento de imponer una sentencia penal condenatoria, la irrogación de un mal post penitenciario a través de la conservación de los antecedentes penales no responde a esta necesidad de protección de un bien jurídico penalmente tutelado, la cual ya tuvo lugar en actos previos como el de conminación penal, imposición y posterior ejecución de la pena.

Por otro lado, de acuerdo al principio de intervención mínima, el derecho penal debe restringir su intervención a ataques graves a bienes jurídicos de especial importancia⁵²⁷ cuando no existan medios menos lesivos para efectuar la protección del bien jurídico en cuestión⁵²⁸. Sobre este punto, la afectación a derechos fundamentales producida por la conservación post penitenciaria de antecedentes penales no se muestra *necesaria* como reacción ante ataques graves a bienes jurídicos cuando ya se ha cumplido una sentencia condenatoria penal, ni tampoco constituye el medio menos lesivo de protección de dichos bienes, dado que una vez concluida la etapa de ejecución de penas el derecho penal emplea otros medios para la protección de bienes jurídicos, como el establecimiento de normas penales, que si bien constituyen una restricción en la autonomía del individuo, implican una menor afectación a derechos fundamentales en comparación a la conservación post penitenciaria de antecedentes penales.

Por tanto, si bien los antecedentes penales, de acuerdo a su dimensión práctica, estarían en condiciones de aprobar el primer examen de idoneidad, una ponderación bajo el principio de necesidad resulta insostenible.

4.4.3 El principio de proporcionalidad *strictu sensu* en los antecedentes penales.

Los antecedentes penales se muestran como un conjunto de actividades institucionales y normativas agrupadas bajo un sistema de registro, un sistema de eliminación y omisión y un sistema de distribución de esta información. Esto implica que un adecuado examen de proporcionalidad en sentido estricto deba considerar, al menos, dos etapas que merecen especial atención: el registro y la conservación post penitenciaria de antecedentes penales. He escogido estas dos etapas ya que, como se verá adelante, su realización debe estar ajustada al principio de proporcionalidad por constituir una intervención jurídica penal que genera consecuencias negativas en quien las soporta. En el caso de la conservación post penitenciaria de estas anotaciones, esta etapa agrupa tanto a la eliminación-omisión como a la distribución de antecedentes penales dado que, hablar de conservación como irrogación de un mal post penitenciario, implica que esta información no se haya eliminado ni omitido y, por supuesto, haya sido distribuida. En esta línea, analizo la actividad registral de manera independiente a la conservación ya que considero que esta tiene una clara diferenciación respecto del resto de las

⁵²⁷ Aquí se hace alusión al *principio de fragmentariedad* del derecho penal. Sobre esto ver AGUADO, Teresa. (1999), p. 247.

⁵²⁸ Esta noción corresponde al *principio de subsidiariedad* del derecho penal. Sobre esto ver AGUADO, Teresa. (1999), p.243.

actividades antes mencionadas, pues constituye el origen de los antecedentes penales como resultado del proceso de adjudicación penal y, por tanto, merece un análisis especial a la luz de este principio.

Si el principio de proporcionalidad en *strictu sensu* busca el equilibrio entre los presupuestos de la reacción penal y la pena, tiene, por tanto, una naturaleza valorativa innegable y, como todo juicio valorativo, es un juicio en parte impreciso⁵²⁹. Sin embargo, establecer una escala proporcional entre delitos y penas al medir las consecuencias jurídicas contenida en la norma de sanción, desde el principio de proporcionalidad en *strictu sensu*, implica que, al menos, podamos afirmar que, si dos delitos distintos son castigados con la misma pena, el legislador considera ambos delitos de gravedad equivalente; en cambio, si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado por el legislador más grave que el segundo⁵³⁰. En consecuencia, si dos delitos, considerándose uno más grave que el otro, se sancionan ambos con la misma pena o el que se considera más grave se sanciona con una pena menor, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad en sentido estricto⁵³¹.

- Proporcionalidad en el acto de registrar.

Ante la imposición de una sentencia penal condenatoria, desde la perspectiva de la actividad registral pública, el Estado puede tomar tres actitudes: registrar todas las sentencias condenatorias penales dictadas contra una persona; no registrar ninguna sentencia penal condenatoria o; solo registrar algunas sentencias condenatorias penales que al Estado le merezcan especial atención. Así, en los dos primeros casos podríamos afirmar que el legislador no realiza ninguna ponderación entre la gravedad del delito y la anotación (o no anotación) judicial a los que la sentencia penal condenatoria da lugar. Y en el último caso existiría una ponderación entre la anotación judicial, la gravedad del delito y la pena impuesta, sin que podamos calificar dicha ponderación –todavía– como proporcionada.

En Chile, la regla general es registrar todas las sentencias condenatorias penales en el Registro General de Condenas⁵³² con prescindencia del delito cometido. Dado que el sistema de eliminación y omisión de antecedentes penales no prevé una eliminación automática de estos –

⁵²⁹ FRIAS NAVARRO, Irene. (2010), p. 12.

⁵³⁰ AGUADO, Teresa. (1999), p. 281 y ss.

⁵³¹ FERRAJOLI, Luigi. 1995. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, Madrid, p. 402.

⁵³² Decreto Ley N° 645, art. 3.

salvo la excepción de la ley N° 18.216— al terminar la ejecución de la pena, esto implica que la irrogación de un mal en la etapa post penitenciaria recaiga sobre una persona indistintamente del delito por el cual haya sido condenado, lo que equivale a decir que ante delitos de distinta gravedad se está afectando, de igual forma, los derechos fundamentales mediante la conservación de antecedentes penales. Se vulnera así el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Quizás hasta aquí la consideración entre el acto de registrar una anotación judicial y la irrogación de un mal pueda parecer forzada, pero este razonamiento no resulta extraño en la legislación nacional. La valoración o ponderación entre el delito, la pena y sus correspondientes antecedentes penales en el acto de registrar sentencias condenatorias ha sido tratada por el legislador, por ejemplo, en materia de delitos sexuales. En conjunto con el establecimiento de inhabilidades accesorias en materia de delitos sexuales contra menores de edad, la creación de un registro especial para registrar dichas inhabilidades⁵³³ constituye una intervención punitiva estatal más intensa que el reproche penal efectuado al resto de los delitos dado que, tal como se discutió en la elaboración del proyecto de ley, al crear el registro se buscó incrementar las consecuencias jurídicas en materia de delitos sexuales⁵³⁴, situación que además tiene su correlato en el establecimiento en un procedimiento especial de eliminación de antecedentes penales más severo que el resto de los delitos⁵³⁵. Esta situación muestra una valoración negativa del legislador respecto de los delitos sexuales contra menores de edad en atención a la gravedad del ataque y al daño sufrido por la víctima⁵³⁶ pero, desde la perspectiva de la actividad registral penal, no resultaría proporcional registrar y establecer procedimientos especiales de eliminación respecto de una clase de delitos sexuales sin que exista una valoración respecto del resto de los delitos contenidos en el ordenamiento jurídico.

En conclusión, si los antecedentes penales constituyen una fuente de vulneración de derechos fundamentales en la etapa post penitenciaria, el acto de registrar sentencias penales debiese estar sujeto también a un examen de proporcionalidad en sentido estricto. En este sentido, en Chile no existe una ponderación entre la escala de delitos y los antecedentes penales a

⁵³³ *Ibíd*em, art. 1.

⁵³⁴ Historia de la ley N° 20.084.

⁵³⁵ Decreto Ley N° 409, art. 1 inc. 2. El decreto establece que en caso que 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 de eliminación establecido por el decreto solo se podrá ejercer transcurridos diez años desde el cumplimiento de la pena, sin importar el número de condenas que dicha persona tuviere.

⁵³⁶ Historia de la ley N° 20.594, p. 5.

los que da lugar la sentencia condenatoria correspondiente. En incursiones recientes el legislador sí hizo una distinción respecto de los delitos sexuales contra menores de edad al crear un registro especial y establecer un requisito especial de eliminación de antecedentes penales llevados por dicho registro. Por tanto, una actividad registral sujeta al examen de proporcionalidad en sentido estricto debiese considerar qué delitos vale la pena registrar y cuáles no, sobre la base del disvalor de la conducta contemplada por el legislador en el ordenamiento jurídico penal.

- Proporcionalidad en la conservación post penitenciaria de antecedentes penales.

No obstante lo anterior, un examen más riguroso aún debe efectuarse respecto de la conservación de antecedentes penales como fuente progresiva de vulneración de derechos fundamentales, dado que en esta investigación lo hemos definido como la irrogación de un mal post penitenciario.

Como remarcamos antes, uno de los problemas de la proporcionalidad en sentido estricto, en el caso de la ley penal, es establecer una relación valorativa y adecuada entre el delito y la pena, en atención a las consecuencias jurídicas contenidas en la norma de sanción⁵³⁷. Empero, el problema de la proporcionalidad en sentido estricto respecto de los antecedentes penales en la etapa post penitenciaria no es una cuestión de valoración sino de merecimiento. Lo que debemos ponderar respecto de los antecedentes penales en la etapa post penitenciaria no es la relación entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito, sino determinar cuál es la base que subyace al merecimiento que legitima un reproche constante e indefinido y que se extiende a etapas posteriores a la ejecución de la pena. Por tanto, la pregunta que el principio de proporcionalidad en sentido estricto debe responder es si resulta proporcionada la conservación de antecedentes penales incluso una vez cumplida, satisfactoriamente, la condena que dio origen a dicha anotación judicial.

⁵³⁷ FRIAS NAVARRO, Irene. (2010), p. 12. En este sentido, las investigaciones empíricas en el campo del principio de idoneidad y el principio de necesidad resultan fundamentales frente a la realización del principio de proporcionalidad, de naturaleza eminentemente normativa. El campo científico, al igual que ocurría con el principio de idoneidad, constituyen un elemento fundamental para conseguir la realización del principio de intervención mínima, puesto que se trata de principios de naturaleza empírica frente a la naturaleza eminentemente normativa del principio de proporcionalidad en sentido estricto. AGUADO, Teresa. (1999), p. 240 y siguientes.

Decir que una persona *merece algo* implica reconocer en ella determinadas circunstancias que justifican ese merecimiento⁵³⁸. Esto conlleva a identificar que aquello que la persona merece debe, necesariamente, serlo en virtud de alguna característica particular o conducta previas del sujeto, dado que nadie puede merecer algo a menos que exista alguna base para ello⁵³⁹. No se puede sostener, por ejemplo, que Cirila merece gratitud pese a que «no ha hecho nada en particular». Si se dice que Cirila merece gratitud, esto lleva implícita la pregunta «¿por qué lo merece?». Por supuesto podríamos desconocer las bases que justifican la gratitud, pero si negamos que existan dichas bases, se pierde el derecho a usar la terminología «merecer». Incluso podríamos aseverar que Cirila debe ser tratada de forma agradable «por ninguna razón en particular», o por el solo hecho de «querer ser buena persona», pero es insostenible afirmar que Cirila *merece* ser trata de forma agradable por ninguna razón en particular. A tal justificación subyacente a «merecer» le denominaremos *base de merecimiento*⁵⁴⁰.

Dentro de los *tratos* que se pueden merecer de acuerdo a una base de merecimiento, nos centraremos en la recompensa y el castigo como clase especial de tratos hacia una persona⁵⁴¹. Según Feinberg, a tales tratos es posible asignarles una función expresiva: la recompensa es una forma convencional de expresar actitudes tales como gratitud, aprecio y reconocimiento al mérito; el castigo, en cambio, constituye un dispositivo convencional para expresar resentimiento, reprobación y desaprobación⁵⁴². Así, las actitudes que expresan estos tratos son denominadas «actitudes receptivas»⁵⁴³ y lo esencial a estas actitudes es que todas ellas responden a un objetivo fenomenológico, dado que estas se sienten en virtud de algo⁵⁴⁴. Esto permite identificar que las actitudes receptivas tienen una lógica de merecimiento intrínseca en ellas⁵⁴⁵ e implica que estas siempre sean experimentadas como respuesta a una base de merecimiento, es decir como

⁵³⁸ FEINBERG, Joel. (1970), p. 56

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 58

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 58.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 62. Feinberg distingue una variedad de tratos que él clasifica, de forma genérica, en premios (awards of prizes), asignaciones de grado (assignments of grades), recompensas y castigos (rewards and punishments), alabanza o reproche (praise and blame) y reparación y formas de compensación (reparation, liability, and other modes of compensation).

⁵⁴² FEINBERG, Joel. (1970), p. 68-69.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 70.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, P. 70.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 71.

respuesta a algo sobre la persona que es su objetivo. Así, un reproche que no posea base que justifique su merecimiento, difícilmente puede contar como reproche⁵⁴⁶.

Desde una perspectiva expresiva de la pena, la irrogación de un mal consiste en la expresión de un reproche merecido como forma de desaprobación ante un comportamiento incorrecto que es imputable como acción culpable⁵⁴⁷. En este sentido, la pena como reproche merecido tiene siempre como referencia –o como base del merecimiento– el quebrantamiento culpable de la norma penal⁵⁴⁸ y, por ende, la irrogación de un mal materializado en la ejecución de la pena solo puede ser entendida como un dispositivo convencional que es funcional al desempeño comunicativo de la pena como respuesta al hecho punible⁵⁴⁹.

Si los antecedentes penales se encuentran incluidos expresivamente dentro de la pena al momento de su imposición, esto permite establecer que ambos comparten, como base de merecimiento, al hecho punible como elemento de referencia. Así, la ejecución de penas se muestra como la etapa en la cual se materializa este reproche merecido a través de la irrogación de un mal y, por ende, el término satisfactorio de esta etapa significa el fin del reproche, es decir, el fin del vínculo jurídico entre el Estado y el condenado⁵⁵⁰. Sin embargo, finalizada la ejecución de la pena los antecedentes penales se mantienen en el prontuario del condenado de forma indefinida, por tanto, ¿cuál es la base de merecimiento detrás de la irrogación de un mal post penitenciario?

En términos de la función expresiva que le corresponde a la pena y los antecedentes penales, la dimensión práctica de los antecedentes penales, en cualquiera de sus funciones auxiliares, no permitiría calificar como proporcionada su conservación post penitenciaria. La expresión de reproche no representa un medio para obtener consecuencias ulteriores, sino que se encuentra justificada por el solo hecho de que ese reproche es merecido⁵⁵¹. Los antecedentes penales constituyen un registro de la carga expresiva de la pena como reproche merecido ante el hecho punible y si desaparece tanto la pena como el delito como resultado de la ejecución

⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 71.

⁵⁴⁷ MAÑALICH, Juan Pablo. (2009), p. 58.

⁵⁴⁸ KINDHAÜSER, Urs. (2010), p. 42.

⁵⁴⁹ MAÑALICH, Juan Pablo (2013), p. 8.

⁵⁵⁰ MAÑALICH, Juan Pablo. (2005a), p. 173.

⁵⁵¹ MAÑALICH, Juan Pablo. (2009), pp. 58-59.

completa de la condena, desaparece también la base de merecimiento que dio origen al registro de esa carga expresiva.

La afectación post penitenciaria de derechos fundamentales mediante la conservación de antecedentes penales no se muestra idónea, necesaria ni proporcionada si con ocasión de la prestación retributiva, el individuo cumple su condena de manera exitosa. Así, la extensión del reproche cuando ya no existen bases de merecimiento, no constituye reproche a pesar de que se trate de presentarlo como tal.

Conclusiones.

Una vez finalizado el trabajo investigativo sobre el sistema de antecedentes penales, las conclusiones se ordenarán, bajo consideraciones metodológicas, de acuerdo a la sistematización de actividades relacionadas con los antecedentes penales.

Sobre el sistema registral.

En Chile la actividad registral penal se enmarca dentro de la tradición continental de registros, caracterizado por el establecimiento del Registro General de Condenas como un sistema único de recolección de datos relativos a anotaciones judiciales penales. La función principal de este registro, que aquí hemos denominado como dimensión práctica, consiste en auxiliar la administración de justicia que ejercen los tribunales con competencia en materias penales. Sin embargo, es posible identificar una dimensión teórica presente en la actividad registral penal y que nuestra legislación carece. Tal como se dijo a propósito del examen de proporcionalidad⁵⁵², frente a sentencias condenatorias penales, el Estado puede registrar su imposición, no registrarlas o bien registrar alguna de ellas. Esta decisión debería estar ligada, estrechamente, con la concepción de «pena» que aquí se ha adoptado. Mediante la comisión de un delito, el autor manifiesta, a través de su comportamiento, que la norma que prohíbe ese comportamiento no vale para él, lo que permite reconstruir al hecho punible como un acto expresivo consistente en una falta de reconocimiento de la norma de comportamiento quebrantada⁵⁵³. Si la pena, como irrogación de un mal ante este comportamiento previo, constituye la respuesta jurídico penal que expresa un reproche de culpabilidad, el acto de registrar sentencias condenatorias también es parte de ese acto expresivo. Esto implica la necesidad de un estadio teórico y previo a la actividad de registrar que fundamente qué delitos darán lugar a sentencias condenatorias penales registrables y cuáles no. Este razonamiento no es extraño en la legislación chilena, cuya discusión solo se ha dado en materia de delitos sexuales contra menores de edad que derivó en la creación de un registro especial de inhabilidades bajo fundamentos de intensificar las consecuencias jurídicas contra delitos de esta naturaleza⁵⁵⁴. Por tanto, si la actividad registral ha sido empleada por el legislador como un medio para efectuar un reproche jurídico de mayor intensidad, esto queda aislado en un ordenamiento jurídico penal que, por regla general, no había distinguido –hasta entonces– entre el

⁵⁵² Ver *infra*, Capítulo IV, apartado 4.4.3.

⁵⁵³ Mañalich, Juan Pablo (2013) p. 5.

⁵⁵⁴ Historia de la ley 20.594, p. 5.

disvalor del delito y su posible registro. La pregunta planteada al analizar el principio de control de la autoridad sobre cuál sería el fin del Estado en la creación de determinado registro penal, provisoriamente se respondió que sería un interés auxiliar a la administración de justicia, pero en consideración a los efectos negativos que generan los antecedentes penales, la respuesta a tal pregunta debería incluir consideraciones teóricas que consideren que la actividad registral es un acto expresivo y, como tal, su ejercicio debe realizarse con máxima cautela.

El sistema de eliminación y omisión.

Tal como vimos a propósito de la conservación post penitenciaria de antecedentes penales estos perduran a etapas posteriores a la ejecución de la pena, y alcanzan su máximo nivel de peligrosidad en la etapa post penitenciaria, señalada como etapa crucial para la integración de la persona a la vida social, laboral y familiar. Al respecto analizamos siete normas diferentes⁵⁵⁵, no todas ellas con plena aplicación al marco jurídico actual, que regulan desde distintas perspectivas la posibilidad de eliminar u omitir antecedentes penales. Sobre este punto, podemos agrupar las conclusiones bajo dos criterios: unidad y modernización.

Bajo un criterio de unidad, la legislación debiese estructurarse bajo un solo procedimiento de eliminación y omisión de antecedentes penales que facilitara su acceso a los usuarios con miras a una posterior reintegración del ex condenado. En este sentido, evidenciamos numerosas imprecisiones terminológicas contenidas en distintas normas tales como «parte», «interesado» o «solicitante» para referir a quién sería el sujeto facultado para acceder a estos derechos, que aquí hemos denominado como «titular». Por otro lado, esta cantidad de normas también se traduce en una cantidad de hipótesis sobre eliminación y omisión que implica la procedencia de distintas normas ante una misma situación de hecho, sin que exista una disposición que establezca la preeminencia de una norma por sobre la otra, situación que, en la práctica, resuelven los usuarios y operarios del sistema de eliminación y omisión y, no el legislador.

En cuanto a la modernización de la normativa sobre esta materia, hemos visto una tendencia legislativa a evitar la conservación de antecedentes penales a etapas post penitenciarias, como se desprende de la ley N° 18.216, la ley N° 19.628⁵⁵⁶. En el caso de la primera, la omisión y

⁵⁵⁵ Estas normas son aquellas enumeradas estudiadas en *infra*, capítulo II: El Decreto Ley N° 409, Decreto Supremo N° 64, ley N° 18.216, ley N° 19.628, ley N° 19.902, ley N° 19.962 y la ley N° 20.084.

⁵⁵⁶ La ley N° 19.962 y N° 20.084 también contemplan procedimientos automáticos, de eliminación en el caso de la primera y de omisión en el caso de la segunda. Pero el ámbito de aplicación de cada una de ellas es aún más

posterior eliminación funciona de forma automática pero solo respecto de las personas sujetas a medidas alternativas a las penas privativas de libertad. En el caso de la segunda, contempla una hipótesis de omisión que funciona al momento de solicitar un certificado de antecedentes penales una vez cumplida la sentencia condenatoria. A pesar de estos aciertos legislativos para evitar la sobrevivencia post penitenciaria de los antecedentes penales, aún es posible notar un importante grupo de personas que quedan excluidos de estos derechos. En el caso de la ley N° 18.216, esta solo posee aplicación respecto de las personas sujetas a penas sustitutivas a las penas privativas de libertad y si un usuario no sujeto a medidas alternativas busca eliminar antecedentes penales, deberá esperar entre dos a cinco años de acuerdo a lo establecido por el DL N° 409. En el caso de la omisión contemplada en la ley N° 19.628, exigir el cumplimiento de la sentencia para omitir la anotación penal en el certificado correspondiente excluye a quienes comienzan la etapa post penitenciaria al ser titulares de derechos de salidas que les permiten retomar contactos laborales, sociales y familiares, en un momento que acá hemos definido como crucial para materializar las posibilidades reales de integración. En el caso de la ley N° 18.216, esta sí contempla una hipótesis de omisión a la que el usuario puede acceder mientras cumple su condena, pero, tal como mencionamos, su aplicación está restringida solo a personas sujetas a penas alternativas.

El legislador debe fortalecer esta tendencia a restringir la mantención de antecedentes penales, como máximo, hasta la ejecución de penas y evitar su conservación a etapas post penitenciarias en donde el individuo experimenta mayor vulnerabilidad en cuanto a sus pretensiones de integración a la comunidad. En este sentido, es atingente volver a mencionar que si el acto de registrar una sentencia penal debe considerarse como un acto expresivo, establecer procedimientos de eliminación y omisión de antecedentes penales también lo es y, por ende, si la imposición de la pena es una prestación retributiva, el registro indefinido de este reproche expresa que su deuda, incluso una vez cumplida la condena, aún no está saldada.

Sobre el sistema de distribución de antecedentes penales.

De acuerdo al principio de publicidad, distinguimos que la actividad registral se estructura sobre la base de dos funciones: una relacionada con recopilar o almacenar información y otra

reducido: La ley N° 19.962 solo elimina sentencias condenatorias dictadas por tribunales militares u ordinarios por hechos acaecidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, respecto de delitos contra la seguridad del Estado. En el caso de omisión de la ley N° 20.084, solo opera en casos de condenas penales contra menores de edad.

relacionada con divulgar o distribuir aquello que registra, que aquí hemos denominado función primaria y secundaria respectivamente.

En cuanto a la función secundaria, el Registro Civil realiza la distribución de información por medio de certificados de antecedentes penales, como el medio jurídico que acredita las anotaciones judiciales que posee una persona. Si bien existen cláusulas de confidencialidad que protegen la divulgación de esta información a terceros, en la práctica el titular de antecedentes penales se enfrenta a situaciones de discriminación que lo sitúan en desventaja frente al resto de la comunidad al momento de reintegrarse debido a la exigencia de certificados de antecedentes penales realizada –sobre todo– en el ámbito laboral. Al respecto, la jurisprudencia se muestra dubitativa ya que reconoce que se afecta el derecho a la no discriminación y derecho a la privacidad entre otros, pero justifica la procedencia de esta exigencia bajo ciertas circunstancias. Esta conexión entre la distribución de información y sus repercusiones dentro de una sociedad para su titular hace necesario abordar el tema del uso de antecedentes penales como una materia de exclusiva consideración.

No obstante las cláusulas de confidencialidad restringen el acceso al registro solo a sus titulares, la necesidad de regular el uso de antecedentes penales queda de manifiesto en casos en que terceras personas exigen al titular la presentación de su certificado de antecedentes penales para distintos fines, pese a la consagración constitucional que posee el derecho a no ser discriminado, lo que evidencia la urgencia de consagrar restricciones expresas al uso de esta información. Esta carencia legislativa se acentúa aún más si incorporamos los problemas que suscitan la informática y la era digital. El contexto actual de desarrollo tecnológico y comunicacional ha creado nuevos focos de peligro para el titular de antecedentes penales, que amenazan la privacidad a través de redes sociales o buscadores de internet como medios de difusión masiva de información. Como reacción a la desprotección de la privacidad en la era digital hemos señalado al derecho al olvido, procedente de la tradición europea, como derecho trascendental en materia de protección al derecho de la vida privada desde la perspectiva informática, al reconocer la facultad de un individuo de eliminar determinada información y evitar la intromisión de terceros en su vida privada⁵⁵⁷. Este derecho tiene como fundamento el principio de la autodeterminación informativa que, en la misma línea, consagra el control a los titulares sobre el uso que terceros puedan hacer sobre dicha información. En Chile, la inclusión de la

⁵⁵⁷ WEBER, Rolf H. (2011) p. 121.

autodeterminación informativa fue discutida a propósito de la elaboración de la ley N° 19.628 sobre protección a la vida privada y, a pesar de que no prosperó su inclusión explícita, el legislador reconoció que dicho principio es el criterio orientador en materia de protección normativa de la privacidad. Sin duda el reconocer el principio de la autodeterminación informativa nos sitúa en un plano favorable para desarrollar el derecho al olvido, a pesar del traspie sufrido con la creación del Registro de Inhabilidades y un acercamiento a la doctrina del *free speech* norteamericano. Sin embargo, la reciente sentencia dictada por la Corte Suprema disipa todas las dudas en cuanto al hipotético posicionamiento del derecho al olvido en Chile, al aplicar este derecho a pesar de «que en nuestro ordenamiento jurídico nacional no existe, por ahora, una solución legislativa expresa sobre este tema (...)»⁵⁵⁸. En efecto, un concepto integral de antecedentes penales debe incorporar una protección a la privacidad desde la perspectiva de la informática en consideración al contexto de globalización e inmediatez en que se desarrolla el actual intercambio comunicacional. Por ello, una adecuada protección a la privacidad, en materia de antecedentes penales, debe estructurarse desde un concepto amplio de estos que regule no solo su uso en el ámbito laboral, sino que también comunicacional.

⁵⁵⁸ Corte Suprema, causa ROL 22.243-2015, considerando 1°.

Bibliografía.

AGUADO, Teresa. 1999. El principio de proporcionalidad en derecho penal. Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA.

AGUILAR, L., et al. 2010. Volver a Confiar, caminos para la integración postcarcelaria. Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana,.

BASCUÑAN R., Antonio. 2007. Derechos fundamentales y derecho penal. Revista de Estudios de la Justicia, no 9, p. 47-74.

BARD, Leopoldo. 1926. El Registro Nacional de Reincidencia, Identificación y Estadística Criminal-Urgencia en su creación. En Anales de la Facultad de Medicina. p. 265-271.

BAZÁN, Víctor. 2005. El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado. Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, vol. 3, no 2, p. 85-139.

BERLIN, Isaiah. 2001. Dos conceptos de libertad y otros escritos, trad. de A. Rivero, Madrid, Alianza.

BLANCHETTE, Jean-François; JOHNSON, Deborah G. 2002. Data retention and the panoptic society: The social benefits of forgetfulness. The Information Society, vol. 18, no 1, p. 33-45.

BLUMSTEIN, Alfred; NAKAMURA, Kiminori. 2009. Redemption in the Presence of Widespread Criminal Background Checks. Criminology, vol. 47, no 2, p. 327-359.

BUSHWAY, Shawn D. 2004. Labor market effects of permitting employer access to criminal history records. Journal of Contemporary Criminal Justice, vol. 20, no 3, p. 276-291.

CAREY, Corinne A. 2004. No second chance: people with criminal records denied access to public housing. *U. Tol. L. Rev.*, vol. 36.

COLMEIRO, Manuel. 1876. *Derecho administrativo español*. Impr. y librería de E. Martinez.

DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. 1990. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Tecnos, Madrid.

_____. 1999. La construcción del derecho a la autodeterminación informativa. *Revista de estudios Políticos*, no 104, p. 35-60;

DE LEYVA, Juan Antonio Leyva. 1989. Planteamiento general de los Registros públicos y su división en Registros administrativos y Registros jurídicos. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, vol. 65, no 591, p. 261-308.

DEFLEM, Mathieu. 1997. Surveillance and criminal statistics: Historical foundations of governmentality. *Studies in law politics and society*, vol. 17, p. 149-184.

DIDEROT, Denis, et al. 1772. *La enciclopedia*. Guadarrama.

ESPINOZA MAVILA, Olga; MARTÍNEZ MERCADO, Fernando. 2009. *Políticas de reinserción post penitenciaria. Eliminación de antecedentes penales en Chile (Investigación)*.

FEINBERG, Joel. 1970. *Doing & deserving; essays in the theory of responsibility*.

FELLNER, Robert. 2014. *The Right to be Forgotten in the European Human Rights Regime*.

FREDES, Esteban Pereira. 2010. El castigo como problema normativo. *Anuario de filosofía jurídica y social*, no 28, p. 241-261.

FRISCH, Wolfgang. 2007. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. En *La Teoría del bien jurídico:¿ fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 309-340.

FUEYO LANERI, Fernando. 1982. *Teoría general de los registros*. Ed. As-trea, Buenos Aires.

GREENAWALT, Kent. 1983. Punishment. *Journal of criminal law and criminology*, p. 343-362.

GOFFMAN, Erving. 2009. *Stigma: Notes on the management of spoiled identity*. Simon and Schuster.

HART, Herbert Lionel Adolphus; CARRIÓ, Genaro R. 1980. *El concepto de derecho*. Editora Nacional.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. 2012. *Principios de la filosofía del derecho*. Sudamericana.

HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. 2002. *Derecho procesal penal chileno*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

HRUSCHKA, Joachim; SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. 2009. *Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación*. B de F.

JACOBS, James; CREPET, Tamara. 2007. Expanding Scope, Use, and Availability of Criminal Records, *The NYUJ Legis. & Pub. Pol'y*, vol. 11, p. 177.

_____. 2011. Mass Incarceration and the Proliferation of Criminal Records. *University of St. Thomas Law Journal*, vol. 3, no 3, p. 2.

_____.; LARRAURI, Elena. 2012. Are criminal convictions a public matter? The USA and Spain. *Punishment & Society*, vol. 14, no 1, p. 3-28.

KINDHAÜSER, Urs. 2010. Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal. *Derecho y Humanidades*, vol. 1, no 16, p. 31-47.

LESCH, Heiko H. 1999. La función de la pena. Dykinson.

MAÑALICH, Juan Pablo. 2005a. Pena y ciudadanía. *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 6, p. 63-83.

_____. 2005b. La prohibición de la infraprotección como principio de fundamentación de las normas punitivas:¿ Protección de los derechos fundamentales mediante el derecho penal?. *Derecho y Humanidades*, , no 11.

_____. 2007. La pena como retribución. *Estudios Públicos*, no. 108, p. 117-206.

_____. 2009. Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena. Kindhäuser/Mañalich: Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho, Ara Editores, Lima.

_____. 2010a. ¿ Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?. *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2009*, p. 41-67.

_____. 2010b. Norma e imputación como categorías del hecho punible. *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 12, p. 165.

_____. 2010c. Retribución como coacción punitiva. *Derecho y humanidades*, vol. 1, no 16, p. 49-67.

_____. 2011a. El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos. *Derecho y Humanidades*, no 18.

_____. 2011b. El delito como injusto culpable: Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 24, no 1, p. 87-115.

_____. 2013. Justicia, propiedad y prevención. *La Ciencia en la Universidad de Chile: Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*. Santiago.

MARTÍNEZ MERCADO, Fernando. 2008. Asistencia postpenitenciaria en Chile: diagnóstico de la oferta pública. Ril Editores.

MOORE, Michael S. 1992. *Law as a functional kind*.

_____. 2010. *Placing blame: A general theory of the criminal law*. Oxford University Press.

MUKAMAL, Debbie A.; SAMUELS, Paul N. 2002. Statutory limitations on civil rights of people with criminal records. *Fordham Urb. LJ*, vol. 30, p. 1501.

FERRAJOLI, Luigi. 1995. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid.

FRÍAS NAVARRO, Irene. 2010. El principio de proporcionalidad en sentido estricto: 'principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios'. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, no 2.

PAGER, Devah. 2003. The Mark of a Criminal Record¹. *American journal of sociology*, vol. 108, no 5, p. 937-975.

PEREIRA Fredes, Esteban. 2010. "El castigo como problema normativo", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, No. 28, pp. 241-261

RABOSI, Eduardo A. 1970. La justificación moral del castigo. En *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, en homenaje al profesor Luis Giménez de Asúa.

REDING, Viviane. 2012. The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the standard setter for modern data protection rules in the digital age. En *Innovation Conference Digital, Life, Design Munich*.

RÍOS, Cristián. 1999. Omisión y eliminación de antecedentes penales, Memoria de prueba para la obtención del grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago.

ROBINSON, Louis Newton. 1911. *History and organization of criminal statistics in the United States*. Houghton Company Mifflin.

_____. 1933. History of criminal statistics (1908-1933). *Journal of Criminal Law and Criminology* (1931-1951), p. 125-139.

ROBINSON, Paul H. 1990. Rules of Conduct and Principles of Adjudication. *The University of Chicago Law Review*, p. 729-771.

ROSEN, Jeffrey. 2012. The right to be forgotten. *Stanford law review online*, vol. 64, p. 88-92.

ROUVROY, Antoinette; POULLET, Yves. 2009. The right to informational self-determination and the value of self-development: Reassessing the importance of privacy for democracy. En *Reinventing data protection?*. Springer Netherlands, p. 45-76.

ROXIN, Claus. 1976. Sentido y límites de la pena estatal en Problemas Básicos del Derecho Penal. trad. De Diego Manuel Luzón Peña. Ed. Reus, Madrid.

SÁNCHEZ ROSSI, Carlos. 2013. Problemas de determinación de la pena en la ley N° 20.393, Memoria de prueba para la obtención del grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago.

SCHWABE, Jürgen. 2009. Jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán,(traducción de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz). Konrad-Adenauer-Stiftung,(ed. Rudolf Huber), México.

SCHWARTZ, Richard D.; SKOLNICK, Jerome H. 1962. Two studies of legal stigma. Social Problems, vol. 10, no 2, p. 133-142.

SFORZA, Antonio Pedro. 1998. Sistema informático de antecedentes penales. En II Congreso Iberoamericano de Informática y Documentación: 5 a 9 de diciembre de 1988, Mar del Plata (Argentina), p. 587-594.

SIMEUNOVIĆ-PATIĆ, Biljana J. 2003. David Garland: The Culture of control: Crime and social order in contemporary society, Oxford University Press (paperback edition), 2002. Temida, vol. 6, no 3, p. 46-49.

SOLOVE, Daniel J. 2004. The digital person: Technology and privacy in the information age. NyU Press.

VILLAGRA, Carolina. 2008. Hacia una política postpenitenciaria en Chile. Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana. Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile. Santiago de Chile: RIL.

WACQUANT, Loïc. 2010. Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social. Gedisa: España.

WEBER, Rolf H. 2011. The right to be forgotten. More than a Pandora's Box, vol. 2.

WERRO, Franz. 2009. The right to inform v. the right to be forgotten: A transatlantic clash. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash (May 8, 2009). LIABILITY IN THE THIRD MILLENNIUM, Aurelia Colombi Ciacchi, Christine Godt, Peter Rott, Leslie Jane Smith, eds., Baden-Baden, FRG.

ZÚÑIGA SAN MARTÍN, Ana María. 1991. Legislación sobre omisión y eliminación de antecedentes penales. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.