



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

**Facultad de Derecho**

**Departamento de Ciencias Penales**

**LAS OTRAS CONSECUENCIAS JURÍDICO PENALES DE LOS DELITOS SEXUALES  
CONTRA MENORES**

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

**PATRICIO PÉREZ RIQUELME**

**Profesor Guía: Eduardo Sepúlveda Crerar**

**Santiago, Chile**

**2018**

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco a todos aquellos que de una u otra manera me han acompañado en este largo camino. A los que desinteresadamente me brindaron su tiempo, conocimiento o apoyo. A quienes, con un gesto, una sonrisa o una mirada cómplice alegraban cada día, dándole sabor a la vida y al recorrido que emprendimos un caluroso día de marzo, sin saber que un puñado de ellos se convertirían en amigos entrañables y compañeros de recuerdos imperecederos.

A mis hermanas Paulina y Mariela, que siempre me escucharon, soportaron y entregaron el consejo preciso cuando la moral flaqueaba y la paciencia escaseaba.

Y en especial, a mis padres, Rosalía y José que con su silencioso ejemplo me dieron la fuerza y el coraje para salir a buscar mis sueños sin claudicar, por su confianza incondicional y por creer siempre en mí, más allá de mis tropiezos y desaciertos. La consecución de mis metas es la cosecha de su trabajo y enseñanzas.

## RESUMEN

La presente investigación está orientada a determinar cuáles son aquellas consecuencias jurídicas de los delitos más allá del cumplimiento de una condena privativa de libertad. En esta labor se aborda la actual legislación sobre esta materia, con énfasis en la pena de inhabilitación absoluta para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad y además de la incorporación de dichas inhabilitaciones en la sección especial en el Registro Nacional de Condenas, conocido popularmente como el “Registro de Pedófilos”.

Para ello se hace un análisis crítico no sólo de la normativa sobre delitos sexuales, sino que también de la política criminal en la persecución de estos, además de determinar los fines de estas penas y si cumplen realmente un fin preventivo como lo señala el espíritu de la ley o sólo constituyen una forma de generar una pena más gravosa para el condenado. También se hará un análisis de las consecuencias que tiene el “Registro de pedófilos” y si este significa una irrogación de un mal post penitenciario en los condenados.

Por último, se busca determinar si es posible la reinserción social del agresor sexual y si es factible en definitiva corroborar la arraigada creencia de que un condenado por estos delitos tiene una alta tasa de reincidencia contrastando no solo la experiencia nacional, sino que también la comparada, a través de diversos estudios criminológicos, psicológicos y estadísticos a fin de otorgar certeza científica a los datos abordados.

## TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I: CONCEPTOS GENERALES .....	4
1.1 Régimen de sanciones en los delitos sexuales cuya víctima sea un menor de edad .....	4
a) Sanciones Penales .....	4
b) Medidas de Carácter Civil.....	6
c) Restricciones para el otorgamiento de beneficios .....	7
1.2 Análisis de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. ....	8
a) Circunstancia agravante del artículo 368 del Código Penal. ....	8
b) Circunstancia agravante del artículo 371 del Código Penal .....	10
1.3 Substanciación del proceso y protección a la víctima .....	11
1.4 Evolución de la legislación en materia de delitos sexuales y los bienes jurídicos protegidos. ....	13
1.5 Política criminal en Chile frente a los delitos sexuales .....	17
CAPITULO II: LA PENA DE INHABILITACIÓN .....	20
2.1 Breve reseña histórica de la pena de inhabilitación. ....	20
a) Derecho Romano.....	21
b) Derecho Germánico.....	23
c) Derecho Canónico .....	24
2.2 Introducción sobre los aspectos fundamentales de las inhabilidades por delitos sexuales y el registro de dichas inhabilidades. ....	25
2.3 La pena de inhabilitación: ¿Pena accesoria o pena principal? .....	26
2.4 Análisis del Mensaje Presidencial N°117-358 y los fines de la Ley 20.594.....	34
CAPITULO III: ANÁLISIS DE LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES INCORPORADOS POR LA LEY 20.594.....	38
3.1 Perpetuidad de las inhabilidades por delitos sexuales .....	38
3.2 Concepto de Peligrosidad y su relación con la prevención de los delitos sexuales. ....	41

CAPÍTULO IV: EL REGISTRO DE INHABILIDADES PARA CONDENADOS POR DELITOS SEXUALES.....	43
4.1 Objetivo de los registros para agresores sexuales .....	43
4.2 Registro de inhabilitaciones de la Ley 20.594 .....	45
4.3 Registro de agresores sexuales en el Derecho Comparado.....	47
a) Estados Unidos.....	48
b) Reino Unido .....	54
c) Canadá.....	55
d) España.....	56
CAPÍTULO V: REINSERCIÓN SOCIAL DEL OFENSOR SEXUAL.....	60
5.1 Conceptos generales sobre la reinserción social del agresor sexual .....	60
5.2 Colisión de bienes jurídicos entre la prevención de los delitos y la publicidad de las condenas v/s el derecho a la dignidad, el honor y a la reinserción social del condenado ..	63
a) Derecho al olvido .....	66
b) La pena como reproche social .....	68
5.3 Reincidencia del agresor sexual. ....	76
a) Existencia de una presunción de reincidencia del agresor sexual .....	76
b) La etiología de comportamiento del agresor sexual .....	77
CONCLUSIONES.....	81
BIBLIOGRAFÍA.....	85

## INTRODUCCIÓN

La configuración de la presente investigación apunta principalmente a determinar las otras consecuencias jurídico-penales de los delitos sexuales en menores, más allá de la propia pena privativa de libertad. En particular indagar sobre el estado actual de la legislación y las consecuencias que tienen en el agresor sexual tanto desde el punto de vista punitivo como de la eficacia de la normativa en estas materias.

Primero que todo debemos considerar que los delitos sexuales tienen particularidades que hace de su estudio una materia altamente compleja y muchas veces polémica. Tanto desde el punto de vista de la regulación de las conductas sexuales como la aparición de nuevas figuras delictivas, se hace imperioso un estudio que permita generar una vista panorámica, no sólo desde el enfoque de las penas que llevan aparejadas los delitos, sino que desde la política criminal, la evolución social y el surgimiento de nuevos paradigmas que permitan en definitiva al legislador encontrar la respuesta a las diferentes aristas que las conductas sexuales conllevan, sin generar un perjuicio y una intromisión más allá de lo socialmente aceptable.

Siempre es necesario tener presente que la sexualidad es un asunto complejo, así las cosas y según palabras de Guzmán Dálbora, es una dimensión del hombre de complejidad extraordinaria, “una esfera de tendencias subjetivas y actuaciones externas que entrevera el sustento fisiológico en el instinto correspondiente -un impulso en el que intervienen componentes físicos y psíquicos, pero también de relación y que, por ende, condiciona la formación del plexo de posibilidades reactivoafectivas del individuo, o, lo que es lo mismo, su carácter- con una congerie de estímulos, sociológicos, espirituales, e incluso económicos y lúdicos, hasta el extremo de que resulta imposible parangonarla con otros impulsos o funciones humanos”<sup>1</sup>.

Desde este punto de vista, más delicado aún se torna el asunto, cuando las conductas sexuales se llevan a cabo en relación con los menores de edad. Por lo que las agresiones sexuales -tomando el concepto en un sentido amplio- pueden significar una marca indeleble en la vida de un menor de edad, el cual en la configuración de su personalidad y en su proceso de desarrollo e individuación, genera consecuencias que arrastrará para siempre. En el caso concreto de los menores, la experiencia científica ha demostrado que el impacto traumático

---

<sup>1</sup> GÚZMAN DÁLBORA, J.L. (2000). Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile, en Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Antofagasta. Chile. pp. 128-129.

generalmente se produce por el sentido que los actos tienen para el niño, el cual puede cambiar de acuerdo con el progreso de los estadios de su desarrollo y que determinadas experiencias pueden no ser traumáticas, pero de todos modos llegar a producir distorsiones cognitivas o valorativas que justifican su consideración como auténticos casos de abuso sexual<sup>2</sup>.

El primer capítulo se centra en determinar aquellas sanciones penales y medidas de carácter civil que se adoptan frente a los delitos sexuales, que generalmente no son abordadas por las cátedras de derecho penal o son vistas de manera muy somera. Por otro lado, el capítulo se refiere a la evolución de la legislación en materia de delitos sexuales, en tanto los cambios observados en su regulación como los cambios dogmáticos en relación a los bienes jurídicos protegidos y las implicancias de amparar uno u otro a lo largo del tiempo. Finalmente, también se analiza someramente la política criminal en Chile en lo referido a delitos sexuales, para determinar en que condiciones nos encontramos para hacer frente a esta realidad.

El segundo capítulo se orienta en particular a las inhabilidades que se generan a partir de los delitos sexuales en contra de menores. En primer lugar, dando una mirada histórica de las penas de inhabilitación que muchas veces se presentan como una innovación en el derecho penal moderno, pero que a lo largo de la investigación nos damos cuenta de que en realidad no lo son tanto, ya que es posible encontrar muchas similitudes en derechos pretéritos. Por otro lado, entramos de lleno a referirnos a la ley 20.594, los temas que regula y la discusión parlamentaria que se dio al respecto, con el objeto de orientar sus fines y determinar si efectivamente la letra de la ley guarda relación con el espíritu que el legislador quiso -o intento- imprimirle.

El análisis del tercer capítulo sigue la línea del anterior en el sentido que busca darle mayor profundidad a algunos aspectos particulares que se desprenden de la ley 20.594. Como lo que ocurre con la imposición de una inhabilitación absoluta perpetua, la cual se circunscribe como una norma que va a contrapelo de la evolución del derecho penal moderno que se orienta a dejar atrás las penas perpetuas y buscar alternativas que sean más inclusivas y más efectivas al momento de cumplir con los fines de la pena. Además, se analiza el concepto de la peligrosidad de los condenados y su relación con la prevención de los delitos sexuales, en tanto se observa un temor en la sociedad con respecto a la reincidencia de los agresores

---

<sup>2</sup> Así lo señala COULBORN, K(1993). Child sexual abuse: intervention and treatment issues. En Child Abuse & Neglect. En RODRIGUEZ (2016).

sexuales y que se trasladó al legislador al momento de definir los elementos que regirían la normativa actual.

El cuarto capítulo se orienta al estudio del llamado popularmente “Registro de Pedófilos”, que es una sección especial dentro del Registro General de Condenas de 1925. Así las cosas, la investigación trata de configurar los principales elementos del registro y a su vez determinar las consecuencias que derivan del mismo en la práctica y como ello se traduce en un estigma y una carga adicional que deben soportar los agresores sexuales, siendo una pena infamante que escapa a los fines meramente preventivos. Por otro lado, se hace un profundo análisis de la legislación comparada en esta materia, para observar su tratamiento y como se ha enfrentado el tema de las agresiones sexuales en otras latitudes y contrastarlo con la regulación actual en Chile.

Por último, el quinto capítulo y final de esta investigación aborda la reinserción del condenado. Un tema que a la luz de lo analizado es impopular para las autoridades, ya que nadie quiere hacerse cargo del problema, dejando al condenado una vez que ha cumplido su condena en un completo desamparo, con escasas posibilidades de reinserción social y laboral, sin contar el estigma con el cual debe vivir a diario. A su vez analizamos desde el punto de vista de la psicología criminal la posible reincidencia del agresor sexual y los factores que la pueden desencadenar, desmitificando a través de algunos estudios científicos la creencia popular de un agresor sistemático en el tiempo.

Como ya se pudo apreciar en esta breve introducción el trabajo se enfoca principalmente en las penas de inhabilitación absoluta para cargos, empleos, oficios o profesiones en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad y el Registro de dichas inhabilidades, ya que a título personal parecen ser las consecuencias más relevantes a la hora de analizar la normativa actual en materia de delitos sexuales, a diferencia por ejemplo de la “sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal” o la interdicción del derecho de ejercer la guarda (respecto del menor que fuere víctima del delito) y la interdicción del derecho de ser oído como pariente, en los casos que la ley designa, las cuales si bien tienen una relevancia práctica, no revisten mayor polémica o discusión para la doctrina por su acotado campo de intervención en los condenados y víctimas.



## **CAPITULO I: CONCEPTOS GENERALES**

### **1.1 Régimen de sanciones en los delitos sexuales cuya víctima sea un menor de edad**

Por regla general los delitos sexuales -utilizando un concepto amplio del mismo- que se encuentran regulados por nuestro Código Penal no ofrecen ninguna particularidad o excepción frente a las reglas generales que contempla para la generalidad de los delitos. No obstante, lo anterior, junto a las sanciones penales que la ley prevé para cada tipo, el artículo 372 contempla otras medidas anexas de esa misma índole, las que resultan aplicables al autor y al cómplice<sup>3</sup> de los delitos de violación, estupro, abuso sexual, en sus dos modalidades, y favorecimiento de la prostitución, siempre que tuvieren como víctima a un menor de edad.

#### **a) Sanciones Penales**

Entre tales sanciones está, en primer lugar, la de “sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal”. Es indudable que esta medida reviste aquí la condición de pena accesoria y no el carácter de medida preventiva, según la distinción que formula el artículo 23 del Código Penal. Ello obedece a que el artículo 372, junto con referirse a ella como pena, afirma que su imposición ha de efectuarse en el marco de una condena. Las restricciones que dicha pena conlleva para el condenado están mencionadas en el mismo artículo, básicamente la obligación del condenado de informar a Carabineros cada tres meses su domicilio actual<sup>4</sup>.

Con el mismo ámbito de aplicación ya referido, el propio artículo 372 contempla también otras dos penas: la interdicción del derecho de ejercer la guarda (respecto del menor que fuere víctima del delito) y la interdicción del derecho de ser oído como pariente, en los casos que la ley designa<sup>5</sup>. A pesar de que estas dos medidas están destinadas a producir efectos en el campo del derecho civil, es claro que aquel artículo les confiere el carácter de sanciones penales, porque también las vincula con los conceptos de pena y condena que el propio texto de la norma utiliza. De manera que estas medidas, al igual que la de sujeción a la vigilancia de la autoridad, deben ser objeto de decisión expresa en la sentencia que emite un juicio de condena en contra de quien ha sido considerado responsable de la comisión de un delito de violación, estupro, abuso sexual o favorecimiento de la prostitución<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> En esta opinión, HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2007). El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito. En Revista de Derecho, U. Austral de Chile, Valdivia, vol. 20, N° 2. pp. 195-217.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2016). Delitos Sexuales. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. p. 414.

<sup>5</sup> Concuerta con la calificación de esta medida como sanción penal, NOVOA MONREAL, Eduardo (2005). Curso de Derecho Penal Chileno, 3ra edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile p. 337.

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ (2016). p. 415.

Finalmente, los incisos segundos y tercero del artículo 372 contemplan dos penas adicionales de naturaleza accesoria: *la inhabilitación absoluta perpetua y la inhabilitación temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad*. La primera de ellas ha de imponerse al sujeto “que cometiere cualquiera de los delitos previstos en los artículos 362, 365 bis, 366 quáter, 366 quinquies y 372 bis, en contra de un menor de catorce años de edad”, agregando la disposición que igual pena se aplicará para los casos en que, a propósito de la comisión de un robo con violación o un secuestro con violación, la víctima agredida sexualmente hubiera tenido menos de 14 años al momento de ejecutar la conducta (artículo 372 inciso segundo)<sup>7</sup>.

De similar tenor es el “nuevo” inciso tercero del artículo 372, el cual expresa: “Si alguno de los delitos señalados en los artículos 361, 363, 365 bis, 366, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter y 372 bis se cometiere en contra de un menor de edad pero mayor de catorce años, el culpable será condenado además a la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, en cualquiera de sus grados”. Nuevamente la ley agrega que la misma pena se aplicará en los casos en que a propósito de un robo o secuestro con violación, la víctima sexual hubiese sido menor de edad, pero menor de 14 años<sup>8</sup>.

En cuanto a sus efectos, ambas sanciones se rigen por lo establecido por el artículo 39 bis del Código Penal. Así esta sanción produce la incapacidad o el cese del derecho a acceder a los cargos señalados, durante el transcurso del tiempo de condena de inhabilitación, que es contado desde que se cumplió la pena principal, obtenido la libertad condicional de la misma o iniciada la ejecución de algunos de los beneficios de la Ley N° 18.216, como alternativa de la pena privativa de libertad. En el caso de inhabilitación absoluta temporal se señala que su extensión es de tres años y un día a diez años y es divisible en la misma forma que las penas de inhabilitación absoluta y especial temporales<sup>9</sup>.

La Ley N° 20.594, que estableció el texto del artículo 372 en los términos antes explicados, también introdujo modificaciones al DL N° 645 de octubre de 1925 sobre el Registro Nacional de Condenas, mandando la creación de una sección especial en este último cuyo objetivo es

---

<sup>7</sup> Ibidem. p. 415.

<sup>8</sup> Ibidem. p. 416.

<sup>9</sup> Ibidem. p. 416.

consignar específicamente todas las penas de inhabilitaciones establecidas en el artículo 39 bis del Código Penal, y que hayan sido impuestas a un sujeto por sentencia ejecutoriada<sup>10</sup>.

Las condiciones para acceder a la información de esta sección especial se han establecido en el artículo 6 bis del DL, contemplándose dos modalidades. Primeramente, cualquier persona natural o jurídica podrá pedir que se le informe o informarse por si misma si una persona se encuentra sujeta a alguna de las inhabilitaciones del artículo 39 del Código Penal, siempre y cuando dicha solicitud esté motivada por la intención de contratar a la persona para un empleo, cargo, oficio o profesión que involucre una relación directa y habitual con menores de edad, o cualquier otro fin similar. Tratándose de instituciones públicas o privadas que por la naturaleza de su objetivo o ámbito específico de actividad requieran contratar a una persona para algún empleo, cargo, oficio o profesión que involucre una relación directa y habitual con menores de edad deberá, antes de efectuar dicha contratación, solicitar la información a que se refiere el inciso precedente<sup>11</sup>.

Ante estas peticiones sólo requieren que el solicitante se identifique y que acompañe el nombre y RUN de la persona que quiere contratar. El Registro Civil debe limitarse a informar si, al tiempo de la solicitud, el sujeto está afecto a alguna inhabilitación pero en ningún caso debe señalar la causa de ella. La misma disposición señala que si la información es utilizada para fines distintos a los señalados, el solicitante comete una falta sancionada con pena de multa de dos a diez UTM y cuya imposición es de competencia del Juzgado de Policía Local del lugar de comisión de la infracción.

En último término, el artículo 368 ter del Código Penal contempla la posibilidad de decretar en la sentencia la clausura definitiva del establecimiento o local que hubiese sido utilizado para la perpetración de los delitos del artículo 363 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter, 374 bis inciso primero y 374 ter. Se requiere que estos delitos hayan sido realizados a sabiendas del propietario o encargado o no pudiendo menos que saberlo<sup>12</sup>.

#### **b) Medidas de Carácter Civil**

Como en toda acción delictiva que causa daño a la víctima, la indemnización de perjuicios es plenamente aplicable en los delitos de significación sexual, en los mismos términos que en cualquier otro sector del ordenamiento penal. Sin perjuicio de ello, el artículo 370 dispone que

---

<sup>10</sup> Sección que ha sido coloquialmente nombrada, tanto por medios como por las autoridades de Gobierno, como "Registro Nacional de Pedófilos". En RODRIGUEZ (2016). P. 416.

<sup>11</sup> RODRIGUEZ (2016). P. 417.

<sup>12</sup> Ibidem. p. 417.

“el condenado por los delitos previstos en los artículos 361 a 366 bis será obligado a dar alimentos cuando proceda de acuerdo a las normas del Código Civil”. Este precepto es en verdad inoficioso, porque, aunque no existiera, de todos modos, pesaría sobre el autor del delito la obligación de dar alimentos al hijo que hubiere engendrado con ocasión del comportamiento delictivo. Como aquel precepto hace referencia a las normas del Código Civil, sólo podrá invocar alimentos el hijo concebido en tales circunstancias (art. 321 del dicho Código, en relación con el art. 4° de la Ley N° 14.908). Ese derecho nunca corresponderá a la víctima del delito, porque ésta no se cuenta entre los sujetos que pueden invocarlo, según las normas civiles a las cuales el artículo 370 del Código Penal expresamente se refiere. Aunque, inexplicablemente, el ámbito de aplicación de este precepto incluye los artículos 361 a 366 bis, en verdad sólo resulta aplicable a los delitos de violación y estupro. La inaplicabilidad respecto de las figuras de abuso sexual y corrupción de menores -pese a que la referencia legal las incluye- creemos que se explica por sí sola<sup>13</sup>.

Por su parte, el artículo 370 bis del Código Penal dispone que el que fuere condenado por los delitos de violación, estupro, abuso sexual, sodomía y favorecimiento de la prostitución, cometido en contra de un menor que fuere pariente suyo, “quedará privado de la patria potestad si la tuviere o inhabilitado para obtenerla si no la tuviere y, además, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del ofendido, de sus ascendientes y descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia, decretará la emancipación del menor si correspondiere, y ordenará dejar constancia de ello mediante subinscripción practicada al margen de la inscripción de nacimiento del menor”. El inciso segundo del mismo artículo establece que “el pariente condenado conservará, en cambio, todas las obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio de la víctima o de sus descendientes”. Adicionalmente, mediante la Ley N° 20.480 se modificó la parte final del inciso primero de este artículo, agregando que, si el condenado es de aquellas personas que por ley están llamadas a autorizar la salida del menor al extranjero, se prescindirá de aquella en lo sucesivo<sup>14</sup>.

### **c) Restricciones para el otorgamiento de beneficios**

La ley N° 18.216 contempla una serie de medidas alternativas al cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad. El artículo 1° de este cuerpo normativo, tras establecer como una facultad para los tribunales el otorgamiento de los beneficios de remisión condicional,

---

<sup>13</sup> RODRIGUEZ (2016). P. 418.

<sup>14</sup> Ibidem. p. 418.

reclusión parcial, libertad vigilada, libertad vigilada intensiva, expulsión y prestación de servicios en beneficio de la comunidad, establece, en el inciso segundo, que tal prerrogativa no podrá ejercerse respecto de los condenados por delitos de violación (arts. 361 y 362) y la violación con homicidio (art. 372 bis)<sup>15</sup>.

Asimismo, el artículo 15 bis de la misma Ley N° 18.216 dispone que, para decretar la libertad vigilada intensiva de personas condenadas por los delitos de estupro, abuso sexual agravado, abuso sexual propio e impropio, producción de pornografía infantil y favorecimiento de la prostitución de menores en cualquier de sus formas, la pena impuesta deberá ser superior a 540 días, pero no mayor a cinco años. Esto, sin perjuicio de que deberá cumplirse con los requisitos de los numerales 1 y 2 del inciso segundo del artículo 15<sup>16</sup>.

Por último, el inciso segundo del artículo 3° del Decreto Ley N° 321, de 1925, sobre libertad condicional, dispone que en el caso de las personas condenas por violación de un menor de catorce años o por violación con homicidio, el otorgamiento de aquel beneficio requiere el cumplimiento de dos tercios de la condena, termino este último superior al que, como promedio se exige para el resto de los delitos<sup>17</sup>.

## **1.2 Análisis de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.**

### **a) Circunstancia agravante del artículo 368 del Código Penal.**

El artículo 368 del Código Penal, concede efecto agravatorio al hecho de ser el autor del delito “autoridad pública, ministro de un culto religioso, guardador, maestro, empleado o encargado por cualquier título o causa de la educación, guarda, curación o cuidado del ofendido”. La disposición también es aplicable a quien hubiere ejecutado la conducta delictiva con ocasión de las funciones, aun temporales, que desarrolle en un establecimiento educacional, y a quien la ejecutare con ocasión de la prestación del servicio de transporte escolar<sup>18</sup>.

El fundamento de esta agravante, como fluye claramente de su texto, es el hecho de encontrarse el autor en una posición más ventajosa para la ejecución del delito, en razón de que existe un vínculo -jurídico o moral- que lo une a la víctima y que deja a ésta en una situación de dependencia respecto de aquél. Para la configuración de la agravante, en consecuencia, no basta con que el autor esté investido de alguna de las cualidades que la

---

<sup>15</sup> Ibidem. p. 419.

<sup>16</sup> Ibidem. p. 419.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 419.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2016). Delitos Sexuales. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. p, 387.

norma menciona, sino que será preciso que el sujeto pasivo se halle efectivamente sujeto a la autoridad que aquellas confieren (de modo que no basta, por ejemplo, con que el autor sea ministro de algún culto religioso, sino, además la víctima tendrá que contarse entre las personas respecto de quienes aquél ejerce su ministerio)<sup>19</sup>.

Asimismo, una interpretación contextual de la preceptiva que regula los delitos sexuales perime concluir que la circunstancia sólo será aplicable en caso de que el hecho haya abusado de la situación de privilegio en que se encuentra respecto de la víctima, porque si este requisito es exigible para la configuración del hecho delictivo, cada vez que el tipo exige que ésta se encuentre en una posición desventajosa -como ocurre en los delitos de violación, estupro, abuso sexual y favorecimiento de la prostitución-, con mayor razón habrá de exigirse lo mismo para decidir sobre la concurrencia de un elemento que sólo incide en la graduación de la responsabilidad criminal<sup>20</sup>.

Por tratarse de una circunstancia que supone la existencia de un vínculo previo entre el autor y el sujeto pasivo, cabe dentro de la categoría de las circunstancias personales y, por o tanto, no se comunica a otras personas que hubieren intervenido en la ejecución del delito<sup>21</sup>.

Pese a que la norma no lo señala de modo expreso, debe entenderse que los ascendientes de la víctima se encuentran incluidos en los términos de esta disposición, siempre que los primeros estuvieren al cuidado de la segunda. Ello obedece a que tales parientes sí aparecen mencionados en la agravante prevista en el artículo 371, que se aplica, específicamente, a quienes hubieren intervenido como cómplices en el hecho respectivo. De no aceptarse este planteamiento, resultaría que los ascendientes quedarían sujetos a un trato más ventajoso que el resto de las personas mencionadas en los artículos 368 y 371. Porque, en efecto, si tales ascendientes no estuvieran incluidos en el primero de estos artículos, sólo verían agravada su responsabilidad (al menos a este título) en caso de intervenir como cómplices, no así en el evento de comportarse como autores; en cambio, el resto de los destinatarios de la norma vería agravada su situación penal, tanto a nivel de autoría como de complicidad<sup>22</sup>.

En relación con el ámbito de aplicación de esta circunstancia, el propio artículo 368 lo limita a los delitos previstos en los párrafos 5° y 6° del título respectivo, remisión que, en

---

<sup>19</sup> Ibidem, p.387.

<sup>20</sup> Ibidem, p, 388.

<sup>21</sup> Ibidem, p, 388.

<sup>22</sup> Ibidem, p, 388.

principio, afecta a los tipos de violación, estupro, sodomía, abuso sexual en todas sus modalidades, producción de material pornográfico infanto-juvenil, favorecimiento de la prostitución. Pero no cabe aplicar la agravante -según dispone el inciso segundo del artículo 368- cuando el delito fuere “de aquellos que la ley describe y pena expresando las circunstancias de usarse la fuerza o intimidación, abusarse de una relación de dependencia de la víctima o abusare de autoridad o confianza”. Con esta cláusula queda descartada la aplicación de la circunstancia en las hipótesis de violación del artículo 361 N° 1°; de estupro del artículo 363 N° 2°; de abuso sexual del artículo 366 o 366 bis cuando el abuso consistiere en el empleo de fuerza física o moral, o en el aprovechamiento de una relación de dependencia; y de favorecimiento de la prostitución, cuando éste se ejecuta con abuso de autoridad o confianza<sup>23</sup>.

Por último, los efectos de la circunstancia no son los comunes a toda agravante, sino los específicos que señala el inciso primero del artículo 368, es decir, que la pena se impondrá “con exclusión de su grado mínimo, si ella consta de dos o más grados, o de su mitad inferior, si la pena es un grado de una divisible<sup>24</sup>.”

#### **b) Circunstancia agravante del artículo 371 del Código Penal**

Dispone este artículo que “los ascendientes, guardadores, maestros y cualesquiera personas que con abuso de autoridad o encargo cooperaren como cómplices a la perpetración de los delitos comprendidos en los dos párrafos precedentes, serán penados como autores<sup>25</sup>.”

Esta circunstancia no es más que una simple reiteración de la agravante anterior, con la única diferencia de que en este caso los destinatarios de la norma no son los autores del hecho respectivo, sino quienes hubieren intervenido como cómplices. En consecuencia, tanto respecto del fundamento como de los requisitos y del campo de aplicación, cabe reiterar lo ya expresado el acápite precedente. Asimismo, y por idéntica razón, no cabe una aplicación conjunta de las circunstancias contempladas en los artículos 368 y 371 del Código Penal<sup>26</sup>.

El hecho de que los cómplices, en este caso, reciban la pena correspondiente a los autores no implica necesariamente una equiparación entre ambas categorías de intervinientes en orden a la penalidad; porque si bien a los cómplices a quienes se aplique el artículo 371 recibirán la pena prevista para los autores, ésta podrá ser aplicada, respecto de ellos en toda

---

<sup>23</sup> Ibidem, p. 389.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 389.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 389.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 390.

su extensión. En cambio, los autores a quienes se aplique el artículo 368 no podrán optar a los tramos mínimos de esa misma pena, conforme al efecto que ese mismo artículo confiere a la agravante allí contemplada<sup>27</sup>.

### **1.3 Substanciación del proceso y protección a la víctima**

La actual regulación de los delitos sexuales contempla una serie de medidas en resguardo de la víctima, las cuales se orientan en dos sentidos: a asegurar que se mantenga en reserva su identidad y a evitar que ella tenga que enfrentarse con el autor del delito, en cualquier momento posterior a su ejecución, tanto para precaver la eventualidad de nuevas agresiones como para evitar la conmoción psicológica que tal enfrentamiento podría ocasionarle<sup>28</sup>.

Aunque la ley establece con toda precisión un número limitado de medidas, los propósitos recién indicados han de servir de guía a la actividad jurisdiccional y policial; e incluso pueden considerarse como condición para la legitimidad de cualquier medida que la autoridad adopte en el campo de juzgamiento y de la investigación de los delitos sexuales. Porque de nada serviría la consagración expresa de tales medidas y su riguroso acatamiento por parte de los órganos encargados de aplicarlas, si a través de otros mecanismos o decisiones, no expresamente regulados, se somete a la víctima a los mismos riesgos que aquéllas persiguen evitar<sup>29</sup>.

Contempla, asimismo, la ley otra serie de medidas que tienen por objeto hacer más expedita y oportuna -aunque no por eso menor rigurosa- la producción y la valoración de algunos medios probatorios (por ejemplo, en el artículo 369 bis); lo cual también es expresión de una voluntad legislativa que ha de ser tenida en cuenta por el órgano jurisdiccional, incluso en las situaciones que no han sido expresamente reguladas en el campo de los delitos sexuales<sup>30</sup>.

El artículo 372 ter del Código Penal dispone que “en los delitos establecidos en los dos párrafos anteriores, el juez podrá en cualquier momento, a petición de parte o de oficio por razones fundadas, disponer las medidas de protección del ofendido y su familia que estime convenientes, tales como la sujeción del implicado a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informaran periódicamente al tribunal; la prohibición de visitar el domicilio, el lugar de trabajo o el establecimiento educacional del ofendido; la prohibición de

---

<sup>27</sup> Ibidem, p. 390.

<sup>28</sup> En este mismo sentido, CÁRCAMO OLMOS, J.C.(1998). Modificaciones legales a los delitos de conducta sexual. En revista de Derecho, Universidad de la Santísima Concepción, Chile, vol. VI, N° 6. P. 196.

<sup>29</sup> RODRÍGUEZ (2016). p. 420.

<sup>30</sup> Ibidem. p. 420.



aproximarse al ofendido o a su familia, y en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél”<sup>31</sup>.

En cuanto a los sujetos aludidos por la norma, es claro que al hablar de implicado se hace referencia, desde un punto de vista procesal, tanto al imputado como al formalizado; y desde un punto de vista penal, tanto al autor material de la conducta exigida por el tipo como a quienes hubieren tomado parte en la ejecución del hecho, en calidad de coautores o partícipes. Asimismo, el adecuado resguardo de la víctima, que es el fundamento de esta mediada, obliga a interpretar el término delito en un sentido amplio, que incluye no sólo el hecho consumado, sino también las etapas (punibles) anteriores a la consumación. Por familia ha de entenderse, conforme al sentido que emana del conjunto de la preceptiva de los delitos sexuales, no sólo aquella que tiene como base el matrimonio, sino también la que se funda en una relación de convivencia<sup>32</sup>.

Por otro lado, se aprecia que en el Código Procesal Penal no existe una norma general que establezca la reserva de identidad de la víctima de delitos sexuales, a diferencia del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, cuestión que no deja de ser lógica, en la medida de que el sistema procesal de la reforma del año 2000 reconoce como uno de los pilares fundamentales al principio de publicidad. Sin perjuicio de lo anterior, el texto del Código Procesal Penal contiene ciertas disposiciones que, pese a ser de aplicación general, otorgan cierto grado de protección a los ofendidos por esta clase de ilícitos<sup>33</sup>.

En primer lugar, el artículo 182 del Código Procesal Penal dispone que los registros de investigación, tanto policial como fiscal, tengan carácter de secreto para terceros ajenos al caso. De igual manera, el artículo 92 establece la prohibición para las policías de informar a los medios de comunicación social sobre la identidad de los imputados como de la víctima y testigos involucrados en la investigación de un hecho punible.

Una disposición que guarda directa relación con los delitos sexuales se encuentra a propósito de la regulación específica que el Código hace de ciertas diligencias de investigación reguladas. En particular, el artículo 198 del Código Procesal Penal señala, a propósito de las diligencias de exámenes médicos y pruebas relacionadas con la ocasión de la investigación de alguno de los delitos de los artículos 361 a 367 o 375 del Código Penal, que “hospitales,

---

<sup>31</sup> Sobre los fundamentos de esta clase de medidas, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1992) pp. 82-84. En el derecho italiano, BERTOLINO (1996), pp. 393-394, y FARINELLI (1996), pp. 377-378. En RODRIGUEZ (2016) p. 420.

<sup>32</sup> RODRIGUEZ (2016). P. 421.

<sup>33</sup> RODRIGUEZ (2016). p. 421.

clínicas y establecimientos de salud semejantes, sean públicos o privados, deberán practicar los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas conducentes a acreditar el hecho punible y a identificar a los partícipes en su comisión, debiendo conservar los antecedentes y muestras correspondientes”. Además, según la misma disposición, las direcciones de las instituciones señaladas deberán guardar en custodia y bajo estricta reserva los resultados y muestras obtenidos a propósito de las diligencias por un plazo de un año<sup>34</sup>.

Finalmente, y vinculado con lo antes dicho, el artículo 33 de la Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo establece la prohibición de divulgar por cualquier medio de comunicación social, la identidad, o cualquier otro antecedente que conduzca a ella, de menores de edad que sean autores, cómplices, encubridores, testigos o víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Título VII del Código Penal. La infracción de esta prohibición se sanciona con multa de treinta a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales y que, en caso de reiteración, se eleva al doble<sup>35</sup>.

#### **1.4 Evolución de la legislación en materia de delitos sexuales y los bienes jurídicos protegidos.**

Antes de arrojarnos al tema principal de esta investigación, es necesario conocer cómo se ha regulado la materia por nuestro legislador, quien ha sido voluble a los cambios sociales, pero de manera tardía, considerando la raigambre conservadora de nuestra cultura. Por lo general en materia de delitos sexuales y considerando lo íntimo del aspecto que busca regular, el bien jurídico protegido ha ido cambiando y resignificando desde la dictación de nuestro Código Penal.

De tal manera que históricamente, los delitos que atentan contra la libertad de autodeterminación en materia sexual han sido desarrollados en nuestro medio a propósito del análisis de la honestidad o la moralidad pública como bien jurídico o interés protegido<sup>36</sup>.

Como nos señala don Mario Garrido Montt, es útil recordar que la ubicación sistemática que se daba en el Código Penal, antes de que fuera modificado, a estos delitos corresponde al Título VII del Libro II con el subtítulo de “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública”, categoría que agrupa diversas figuras reunidas por el legislador sin seguir un modelo comparado específico, y sin que exista una razón que pueda

---

<sup>34</sup> Ibidem. p. 421.

<sup>35</sup> Ibidem. p. 422.

<sup>36</sup> GARRIDO MONTT, Mario (2010). Derecho penal, parte especial, Tomo III, Cuarta Edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p. 261.

ser admitida como satisfactoria para justificar tal sistemática. Así, el título contiene atentados que afectan el orden jurídico de las familias, la libertad de autodeterminación sexual, y la moralidad o pudor público, además de algunas figuras de lesión contra la vida y de peligro de esta última y de la integridad corporal<sup>37</sup>.

Los elementos tenidos en cuenta para efectuar esta agrupación son de variada índole, y sea como sea, a estas alturas han perdido vigencia o legitimidad, haciendo insostenible la mantención tal sistemática<sup>38</sup>. La libertad sexual como bien o valor a proteger aparece ampliamente desdibujada dentro del esquema propuesto.

Esta forma de tratamiento -hoy parcialmente superada- concebía un espacio de libertad individual para el ejercicio de la sexualidad si ella se realiza “*dentro de las esferas permitidas*”. El resto de las manifestaciones sexuales no ameritaban protección penal en caso de ejecución forzada, involuntaria o no deseada, o, de recibirla, reflejaba un disvalor diverso, de menor entidad, o se consideraba ilícita y punible su realización consentida.

En la fórmula tradicional utilizada para el análisis sistemático de estos delitos se distinguían dos grupos diversos, la afectación del “*Orden de las familias*” y la “*Moralidad Pública*”. Este último orden, denominado alternativamente como de los “*delitos contra la honestidad*” -siguiendo la primitiva estructura española- incluía una serie de figuras penales referidas al amparo de la libertad de autodeterminación sexual, de la intangibilidad sexual y del pudor público, además de las figuras que restringían el ejercicio privado de actividades consideradas intolerables (moral sexual).

El concepto de moralidad pública admitiría una similitud con el amparo del pudor público, que hacía legítimo imponer limitaciones al ejercicio público de actividades de índole o relevancia sexual.

La “*honestidad*”, por su parte, como concepto alternativo y referente de las demás figuras o intereses en el título, hoy en día es considerada unánimemente como criterio unificador inadecuado e injustificado para soportar cualquier de las figuras penales que se vinculan.

La actividad deshonesto es de mayor amplitud que aquella que se dirige a lesionar la libertad sexual, tónica principal de este grupo de delitos, una de cuyas características es la tendencia lasciva del sujeto activo que persigue la satisfacción de impulsos impúdicos o

---

<sup>37</sup> Ibidem, p. 262.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 262.

libidinosos personales o de terceros. La referencia a la honestidad recoge y protege la concepción relativa del ejercicio de las funciones de índole sexual, separando el ejercicio honesto y el deshonesto -permitido y prohibido de la misma-, morigerando los espacios de libertad que -en realidad- permiten justificar la existencia de estos delitos. En palabras de Carlos Künsemüller, “el derecho a la libre autodeterminación en este ámbito del comportamiento humano sólo acepta la intromisión de la ley penal frente a acciones socialmente intolerables, que envuelven una grave lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de alta significación, cuya tutela penal es indispensable. Existe un consenso en que la regulación penal de la conducta sexual debe limitarse a aquellas acciones que atentan contra la libertad sexual normal de los menores e incapaces, a la que atentan gravemente a la moralidad pública y a aquellas que se refieren a la explotación lucrativa por terceros de la actividad sexual”<sup>39</sup>.

De estos bienes, debemos separar los que se vinculan a la moralidad pública, en tanto el referente natural de los mismos amerita un tratamiento diferenciado, en atención al contenido colectivo del interés protegido.

El resto de los intereses descritos, susceptibles de tutela penal se vinculan estrechamente al ejercicio de las funciones sexuales<sup>40</sup>, agrupadas en torno al concepto del legítimo ejercicio de la actividad sexual individual. Ello nos permite situar en el centro de estas figuras a la libertad de ejercicio y autodeterminación en materia sexual, ubicando el tratamiento en el mismo ámbito que aquel que corresponde al ejercicio de las libertades humanas, sean generales o de autodeterminación, o especificadas en torno a la utilización de alguna facultad particular.

Esa posición (la libertad sexual como bien jurídico tutelado) es una constante uniformada en la doctrina penal, criticada incluso en nuestro medio una vez que sea ha reconocido la inadecuada articulación sistemática de estos delitos en el Código Penal. Como su desacertada referencia a los conceptos de honestidad y moralidad pública<sup>41</sup>. Sin embargo, hasta julio de 1999 era la configuración originaria de los tipos penales tradicionalmente referidos a la libertad sexual, no obstante, se hacía difícil adoptar dicho criterio en forma plena. Algo semejante ocurrió en España hasta el año 1989. En nuestro país sólo a partir de la reforma introducida por la Ley N° 19.617 -publicada en el Diario Oficial el día 12 de julio de 1999- se hizo posible

---

<sup>39</sup> Prólogo al libro de Manuel Ángel González, J. El delito de promoción o facilitación de corrupción o prostitución de menores. p. 8. En GARRIDO MONTT (2010).

<sup>40</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. (1983) Derecho Penal Parte Especial, Madrid, España.

<sup>41</sup> ETCHEBERRY, Alfredo (1976), Manual de Derecho Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

sostener que el respaldo de prácticamente todos estos delitos es la libertad de autodeterminación sexual<sup>42</sup>.

Podemos entender la libertad sexual, como la facultad de la persona para autodeterminarse en materia sexual, sin ser compelido ni abusado por otro. Sin embargo, por carecer de un cabal desarrollo de esta facultad, respecto de los menores de edad, y particularmente de los impúberes, lo que se protege el libre desarrollo de su sexualidad. Debe tenerse presente, además, que como señala con justa razón Guzmán Dálbora, respecto de los púberes, salvo las figuras de violación y abusos sexuales cometidos con violencia o intimidación, las distintas figuras legales parecen proteger más bien lo que todavía podríamos denominar *honestidad*, entendida como la “facultad individual de manifestar el impulso sexual dentro de los moldes de comedimiento que impongan las valoraciones dominantes”, como paradigmáticamente sucede en los delitos de favorecimiento de la prostitución del artículo 367, sodomía del artículo 365, o incluso en la violación con abuso de la enajenación mental de la víctima, del artículo 361 N° 3, etc.<sup>43</sup>.

Así, y en estricta referencia a las particularidades del derecho chileno a este respecto, los delitos que sólo podrían tener como víctima a una persona cuya edad sea igual o superior a los 14 años habrían de ser categorizados como delitos contra la *libertad sexual*; los delitos que sólo podrían tener como víctima a una persona menor de 14 años, en cambio, como delitos contra la *indemnidad sexual*<sup>44</sup>. En efecto, una persona menor de 14 años siempre sería -por su sola condición de tal- *incapaz* de un ejercicio autónomo de su sexualidad, lo cual justificaría proteger su falta de padecimiento o involucramiento en cualquier contacto sexual; recién a partir de los 14 años, por contrapartida, se volvería merecedora de protección la libertad sexual<sup>45</sup>.

Pero a este último respecto todavía hay que introducir una subdistinción. Pues bajo el derecho chileno vigente, la libertad sexual de una persona ya mayor de 14 años, pero todavía menor de edad, parecería quedar sometida a una protección intensificada, en atención a la distintiva vulnerabilidad que estaría asociada al temprano ejercicio de su sexualidad. Tal protección intensificada se haría operativa a través de la prohibición de todo contacto que a su respecto tenga lugar o bien mediante abuso de una anomalía o perturbación mental, o bien

---

<sup>42</sup> GARRIDO MONTT (2010), p. 264.

<sup>43</sup> POLITOF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; HORVITZ, María Cecilia (2005), Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. p. 246-247.

<sup>44</sup> MAÑALICH, Juan Pablo (2014), La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno: Una reconstrucción desde la teoría de las normas. Revista *Ius et Praxis*, p. 26.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 26.

mediante abuso de una relación de dependencia, o bien mediante abuso de una situación de grave desamparo, o bien mediante abuso de su inexperiencia o ignorancia sexual. Esta protección intensificada dejaría de ser necesaria y conveniente -de acuerdo con la correspondiente representación legislativa- una vez que la persona en cuestión cumpla los 18 años, hito a partir del cual sólo resultaría prohibido un contacto sexual que tenga lugar o bien mediante fuerza o intimidación, o bien respecto de alguien que está privado de sentido, o bien abusando de su incapacidad de oponerse, o bien abusando de su eventual enajenación o trastorno mental<sup>46</sup>.

Circunscribiendo el análisis al contexto regulativo asociado a la tipificación de los delitos de violación, estupro y abuso sexual (*stricto sensu*), el panorama resultante se deja esquematizar como sigue<sup>47</sup>:

Delitos contra la libertad sexual	Delitos “genéricos” contra la libertad sexual	Violación de P>14	Art. 361
		Abuso sexual de P>	Arts. 365 bis N°1; 366 inc. 1°
	Delitos contra la libertad sexual de menores púberes	Estupro	Art. 363
		Abuso sexual de 14<P<18	Arts. 365 bis N°3; 366 inc. 2°
Delitos contra la indemnidad sexual		Violación de P<14	Art. 362
		Abuso sexual de P<14	Arts. 365 bis N°2; 366 bis

### 1.5 Política criminal en Chile frente a los delitos sexuales

Durante el último tiempo han ocurrido una serie de delitos sexuales contra menores, que por su brutalidad han generado un gran impacto a nivel nacional e incluso generado movimientos sociales en busca de endurecer las penas asociadas a este tipo de delitos. Por lo que cabe preguntarse más allá de la legislación vigente, si existe en Chile una política criminal que vaya más allá del castigar duramente los delitos -como principalmente buscan los movimientos sociales- y que genere una respuesta y soluciones a largo plazo con el objeto de prevenir la ocurrencia de estos delitos, bajar la reincidencia y entregar herramientas

<sup>46</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 27.

apropiadas para la reinserción de los condenados y por otro lado que otorgue la protección, programas o tratamientos para las víctimas, especialmente si son menores de edad.

Ante esta situación la respuesta por parte de los gobiernos viene en efectuar reformas legislativas que muchas veces no tienen un objetivo de política criminal, sino en ir en respuesta al reclamo popular y como medida de propaganda. Así las cosas como es posible observar en el Mensaje N° 117/358, mediante el cual se presentó el proyecto de ley que finalmente concluiría con la promulgación de la Ley N° 20.594, se señalaban preocupantes cifras con respecto a la enorme cantidad de delitos sexuales en nuestro país, donde si bien no existen estadísticas unificadas del sistema criminal que permitan establecer la cantidad de víctimas, los datos de Carabineros de Chile arrojan que, el año 2009 se registraron alrededor de tres mil novecientos delitos sexuales cuyas víctimas fueron menores de 13 años, y, aproximadamente, dos mil doscientos casos en que las víctimas tenían entre 14 y 18 años de edad. Los delitos sexuales cometidos contra adultos por su parte ascendieron a cuatro mil novecientos cincuenta: cifra más baja que la de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad. Es decir, si bien se trata de un delito menos frecuente que otras categorías de delitos, como el caso de los delitos contra la propiedad, el hecho de que actualmente los delitos sexuales se cometen con mayor frecuencia contra menores de edad, sumado a la magnitud del daño que sufren las víctimas de delitos, justificaban a juicio del gobierno de turno otorgarle atención al control y prevención de estos delitos<sup>48</sup>.

Es notorio que nuestros legisladores han buscado como respuesta el aumento de las penas y la incorporación de otras figuras como la inhabilitación para el desempeño de oficios o profesiones relacionadas con menores, pero esto también debe ir de la mano con una política criminal seria y a largo plazo, que se enfoque realmente en el problema y la realidad chilena.

En este sentido profesor Guzmán Dálbora en su exposición enmarcada en la discusión de la Ley 20.594 nos entrega algunas consideraciones político criminales, convenientes desde el punto de vista de nuestra cultura y basadas en la dignidad humana, las cuales imponen seguir varias reglas sobre esta materia: la primera en relación con que la interdicción debe reprobar un delito y no propiedades peculiares de su autor; la segunda que deben guardar analogía con la infracción cometida; la tercera es que deben admitir una aplicación graduada por el juez, lo que significa que deben ser necesariamente temporales; la cuarta consiste en que su

---

<sup>48</sup> Mensaje Presidencial N°117/358, MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA CON EL QUE SE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE CREA INHABILIDADES PARA CONDENADOS POR DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES Y ESTABLECE REGISTRO DE DICHAS INHABILIDADES, véase: [www.bcn.cl/historiadelailey](http://www.bcn.cl/historiadelailey).

extensión debe depender de la gravedad objetiva y subjetiva del delito, nunca de supuestos caracteres peligrosos del hechor, y la quinta referida a la incapacidad que producirá la aplicación de esta pena, la que no podrá significar mantener al delincuente enajenado jurídicamente del seno de la sociedad ni de su condición de persona<sup>49</sup>.

Para poder incorporar dentro de la política criminal verdaderos avances en esta materia, se debe en primer término considerar que la implementación de programas de evaluación e intervención destinados para estos infractores de ley, más que convertirse en un gasto público innecesario, permite reducir objetivamente el riesgo de reincidencia en estos delitos y aportar claramente a la seguridad ciudadana. Desde esta lógica, el sentido de eficiencia cobra especial relevancia, por cuanto además de reducir las tasas de denuncias y procedimientos judiciales, se reducen los costos del estado para intervenir y tratar a las víctimas durante periodos prolongados de tiempo. Por otro lado, se promueve la prevención terciaria lo que finalmente potencia una real política criminal que considere la visión integral de la pena, en el entendido del sentido rehabilitador que debiese tener la condena más allá del mero confinamiento del individuo<sup>50</sup>.

Un reto hoy para el actual sistema penitenciario chileno en materia de reinserción y tratamiento para este grupo de infractores tiene que ver con la posibilidad de implementar programas que en la actualidad presentan un cúmulo de evidencia demostrable, en los cuales la implementación está avalada por políticas gubernamentales que han relevado la prevención terciaria como política pública en materia de seguridad. En este sentido, resulta imperante que se incorpore dentro de la política criminal un tratamiento diferenciado para este tipo de infractores que contemple un modelo de pena regida por el principio de proporcionalidad a la que además se incorpore una medida de seguridad. Para tales efectos, resulta necesario un eficaz diagnóstico de riesgo que esté basado en principios demostrables de evidencia. Lo anterior, deja claro que la discusión debe estar centrada en proporcionar recursos, destinados a ampliar la oferta programática en los recintos penitenciarios que promuevan la incorporación de programas orientados a evaluar, intervenir y reducir riesgo de reincidencia para estos infractores por módulos diferenciados en cada caso. Asimismo, el presupuesto estatal debiese incorporar la creación de centros de tratamiento en el medio libre que puedan darle continuidad a las intervenciones realizadas en el sistema cerrado una vez que egresan de los recintos

---

<sup>49</sup> Historia de la Ley N° 20.594, p, 27.

<sup>50</sup> QUIJADA SAPIAIN, Diego (2018). Política criminal en materia de intervención para agresores sexuales: Avances desde la Psicología Jurídica y revisión del estado del arte en tratamiento penitenciario. <https://psicologiajuridica.org/archives/7489>.



penales. Solo de esa forma, y en la medida que se visibilice la problemática de la violencia sexual, será posible que el problema sea tratado con seriedad y responsabilidad, de modo que a través de la sociedad se permita la resocialización de estos infractores de ley<sup>51</sup>.

Para poder incorporar estas prácticas, se hace necesaria la instalación de una política criminal que incorpore la necesidad de intervenir con estos infractores de ley no tan solo en el cumplimiento de una pena, sino que también darle seguimiento y continuidad en la misma comunidad en la cual se desenvuelve, generando un dispositivo de enlace con otras instituciones del sector de justicia. De esta forma, no solo estaríamos siendo responsables con la persona que egresa del cumplimiento de su condena, sino que también protegemos a la ciudadanía de futuras victimizaciones respecto de personas que no han recibido ningún tipo de tratamiento más allá de la observación general de la conducta intrapenitenciaria como criterio de inclusión para la obtención de beneficios carcelarios<sup>52</sup>.

## **CAPITULO II: LA PENA DE INHABILITACIÓN**

### **2.1 Breve reseña histórica de la pena de inhabilitación.**

Las penas de inhabilitación a pesar de su gran vigencia hoy en día y la actualidad de los métodos que incorporan al derecho penal moderno, no son algo nuevo dentro del mundo jurídico, muy por el contrario, dando una mirada a ordenamientos pretéritos nos encontramos con una vasta cantidad de normas y legislaciones que han utilizado las penas de inhabilitación como una alternativa más que valida, para efectos de castigar al ofensor, excluirlo de determinadas actividades, profesiones u oficios, como también de la vida política o pública y por supuesto buscando además un carácter preventivo y menos gravoso que las penas corpóreas o privativas de libertad.

Cabe señalar que constatamos que pocas instituciones ofrecen tantos aspectos oscuros y discutidos, tantos puntos opuestamente resueltos por los especialistas -unos rechazan estas instituciones como inútiles, perjudiciales e indignas, otros en cambio, las propugnan como eficaces e insustituibles; unos las incluyen entre las penas, otros entre las medidas de

---

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>52</sup> Ibidem.

seguridad...-sobre todo si consideramos el tema en el campo amplio del Derecho Penal comparado, no sólo en el campo limitado de tal o cual nación<sup>53</sup>.

Para efectos de este trabajo y atención que el tema principal que nos convoca es otro, nos vamos a ceñir al análisis sintético en primer término del Derecho Romano, por otro lado, el Derecho Germánico y por último al siempre bien documentado Derecho Canónico.

### **a) Derecho Romano**

La influencia del Derecho Romano, no nos deja de sorprender. La pena de inhabilitación también encontró su lugar en la antigua Roma, y al igual que muchas de las instituciones que nuestra legislación ha heredado de su cultura, en materia de las inhabilitaciones actuales, también los historiadores señalan consideran al Derecho Romano como antecedente directo.

Más allá de las penas clásicas como la muerte, el destierro, la multa, los trabajos forzados, la prisión o las penas corporales en general, también es posible encontrar las llamadas penas infamantes y las privativas de derechos y profesiones. Debemos considerar por la estructura de la sociedad romana, no es baladí que el ciudadano romano viera sustentada su vida pública en su profesión o la ostentación de un determinado cargo, el cual otorgaba además de la forma de ganarse la vida, estatus y reconocimiento social, muchas veces este último más apetecido que el patrimonio propiamente tal.

Aunque las fuentes y las investigaciones acerca de este tema escasean, sin embargo podemos decir que las penas infamantes e inhabilitantes, en general, significaban una degradación civil, económica o política dolorosa y humillante para cualquier ciudadano romano; todo *cives romanus* sufría intensamente al perder su posibilidad y capacidad para intervenir en la vida pública del foro, las elecciones, en la milicia, en las votaciones..., o al verse privado del título para ejercer la profesión que le proporcionaba los recursos económicos necesarios para su sustento<sup>54</sup>. Estas penas privaban al condenado de un oficio o cargo

---

<sup>53</sup> BERISTAIN IPIÑA, Antonio (1966). La inhabilitación penal ayer, hoy y mañana. Editorial Reus, Madrid, España. p. 177. Así Beristain Ipiña señala que la cuestión formal de titulación merece cierta consideración. Etimológicamente, inhabilitación, como rehabilitación, provienen de la palabra latina *habilis*, que incluye simultáneamente dos acepciones directamente vinculadas con nuestro tema: a) *habilis* = digno de ser considerado; b) *habilis* = capaz de hacer algo. Ambos significados deben tenerse muy en cuenta; debe concedérsele a cada uno de ellos su debida autonomía, pero sin perder nunca de vista la raíz común de que deriva.

En política criminal moderna debe disminuirse el sentido primero cuando se trata de inhabilitación, y debe subrayarse cuando se trata de rehabilitación. Pero nunca se puede olvidar el otro significado. En general, para estas penas no nos agrada el título de penas infamantes, ni el de inhabilitantes, ni el de privativas de honor o degradantes. Nosotros las rotularíamos penas selectivas (de cargos honoríficos y de profesiones).

<sup>54</sup> Resulta muy llamativo que las consecuencias de las penas de inhabilitación romana, sean las mismas que hoy en día se dan en las diversas esferas de aplicación en el derecho penal moderno. Muy similar a lo que ocurre con los condenados por delitos sexuales y la prohibición de ejercer empleos relacionados con menores, ante lo cual se

honorífico, le incapacitaban para desarrollar una actividad lucrativa, le excluían del senado, le prohibían ostentar alguna condecoración, alguna indumentaria distinguida, le privaban de la facultad de acudir a los comicios, o le inferían otras desventajas procesales y civiles<sup>55</sup>.

Si queremos agrupar sistemáticamente los efectos de estas penas, podemos resumirlos, prescindiendo de algunos detalles concretos en siete capítulos:

1. La pérdida de la ciudadanía romana (en cierto sentido y en cierto tiempo, pero no siempre, se consideró como pena).
2. La privación del derecho de sepultura.
3. La inestabilidad o incapacidad de testimoniar, etc.
4. La infamia o la limitación, según las épocas y el arbitrio de los magistrados, del derecho a actuar en los tribunales (con frecuencia no se consideró como pena y coincidió con la infamia censoria).
5. La suspensión e interdicción de actividades públicas o privadas.
6. La exclusión del acceso a ciertos cargos; y
7. La exclusión del Senado”<sup>56</sup>

De este modo, nos encontramos frente a ejemplos que aún hoy tienen vigencia en las diversas legislaciones y que son tema de debate recurrente en cuanto a su naturaleza, ya sea como pena accesoria o principal, pena infamante etc. y también con respecto a su función ya sea como castigo o con carácter preventivo.

Estas sanciones sólo parcialmente consiguieron lo que pretendían. La evolución y la revolución popular logró, lenta, pero eficazmente, dar entrada en los cargos públicos a las personas de cualquier estrato social. En resumen, aunque la exigüidad de las fuentes no permite formulaciones categóricas, podemos afirmar que el Derecho Penal Romano:

1. Legisló e impuso penas inhabilitantes.
2. Dio a luz la inhabilitación, ya con las primeras instituciones penales, como reacción natural de la víctima y del poder.
3. Pretendió con esta pena una noble -y paradójica- finalidad:
  - A. Castigar a los miembros indignos de la clase dirigente.
  - B. Defender y conservar el poder en sus manos: *castigando se defenderé*.

---

ven afectados no sólo ante la infamia pública, sino también en su peculio y el desarrollo de una profesión, situación que analizaremos con detalle más adelante.

<sup>55</sup> BERISTAIN IPIÑA (1966), p. 180.

<sup>56</sup> BERISTAIN IPIÑA (1966), p.180.

4. Estructuró la inhabilitación como una pena clasista, en lenguaje moderno diríamos burguesa, pero sólo parcialmente consiguió sus pretensiones<sup>57</sup>.

**b) Derecho Germánico.**

En el Derecho germánico también se pueden encontrar instituciones homologables a las penas de inhabilitación que hoy conocemos. Es necesario tener presente que, en cuanto a la pena, se desarrolló en tres períodos claramente marcados.

En una primera etapa, la cual se conoce como período primitivo, encontramos la *pérdida de la paz* como única reacción contra toda clase de delitos<sup>58</sup>. Podemos entenderla como el germen de las principales penas públicas, donde también podemos incluir la inhabilitación.

El segundo período del Derecho Germánico muestra como rasgo fundamental la posibilidad -casi siempre utilizada- de pagar todos los delitos con dinero. Mediante la multa, la composición o la satisfacción económica el delincuente puede compensar toda clase de crímenes y penas.

El último período estructura ya la pena como institución pública concretizada en multitud de subespecies sancionatorias, muy diversas unas de otras, porque responden a diversos delitos y a diversos delincuentes. Se pasa de una etapa en la que se paga pecuniariamente por los delitos a un período en que aparecen las *penas gratuitas*, como la pena de muerte, las penas corporales, las privativas de libertad, las infamantes. Vamos a detenernos particularmente en estas últimas como posible antecedente de la actual inhabilitación.

El título de penas infamantes incluye una vasta variedad de penas. Dejando a un lado ahora toda la caravana de penas infamantes, lo que los alemanes llaman *beschimpfende Strafen*, que tanto se multiplicaron en la desbocada fantasía medieval con el fin de intimidar a la plebe<sup>59</sup> más, quizá, que con el fin de torturar al delincuente<sup>60</sup>.

La frase medieval *pérdida de derecho* deriva de la antigua *pérdida de la paz*, mucho más amplia, austera y cruel. La pérdida de derecho utiliza la palabra *derecho*, en sentido adjetivo, como facultad procesal; por tanto, supone e implica la privación de la facultad de actuar en

---

<sup>57</sup> Ibidem, p.182.

<sup>58</sup> Ibidem.

<sup>59</sup> El fin intimidatorio, también podríamos considerarlo como un fin preventivo, situación que también se repite en las penas de inhabilitación en los delitos sexuales contra menores de edad, con el objeto de persuadir de cometer los delitos, a aquellos que desempeñan o se dedican al trabajo con menores de edad, como ocurre por ejemplo con un profesor, quién puede verse persuadido frente a la pena de inhabilitación de profesión u oficio absoluto, a dejarse llevar por un instinto sexual desviado.

<sup>60</sup> Ibidem. p.183.

juicio, de testimoniar, de prestar juramento, de defender, etc. y la privación de los privilegios relacionados con esta facultad procesal. En ciertas ciudades se registran estos nombres en un archivo<sup>61</sup>.

La privación de las dignidades y cargos honoríficos se destaca siempre más que la privación de profesiones lucrativas. La penología germánica, carente de estructuración sistemática, pretende principalmente el mantenimiento del orden público y el restablecimiento de la paz: sólo en segundo plano busca la intimidación y la reeducación<sup>62</sup>.

### **c) Derecho Canónico**

El Derecho Canónico brota y se manifiesta con rasgos muy distintos a los característicos de del Derecho Romano y del Derecho Germánico. Sus sanciones no emanan de la instintiva reacción reflexiva ante y contra los delitos, las herejías y los pecados; o como la calculada reacción ante y contra el peligro de perder ciertos privilegios ante la necesidad de conquistar o mantener cierto poder eclesiástico equiparado al poder político de las autoridades civiles

Parecen acertados y objetivos quienes suponen y ven la esencia de la pena canónica predominantemente como un bien, como un beneficio, como una reconciliación del delincuente -pecador- con la majestad divina ultrajada. Entre sus fines ocupan un lugar preferente la expiación de la ofensa causada a la divinidad, el arrepentimiento del delincuente y la intimidación de la comunidad<sup>63</sup>.

Dentro de las penas podemos mencionar la excomunión -a veces llamada también anatema- puede ubicarse la institución germinal y medular de todo el Derecho Penal Canónico posterior. La autoridad eclesiástica, al excomulgar a alguien pretende como fin último no afligirle ni alejarle de la comunidad, sino al contrario, atraerle y forzarle a la resocialización. Impone la separación para lograr la reincorporación por la experiencia triste, aflictiva, de la privación de bienes que lleva consigo el apartamiento de la asamblea<sup>64</sup>. No persigue la

---

<sup>61</sup> Nuevamente nos encontramos con una situación que las legislaciones actuales mantienen vigentes, el registro de los condenados.

<sup>62</sup> Ibidem. p, 184.

<sup>63</sup> Uno de los fines de la pena es la prevención situación que ya en aquella época se vislumbraba como uno de los elementos determinantes a la hora de regular estas materias, tanto desde una prevención positiva como negativa.

<sup>64</sup> Beristain Ipiña para aclarar este punto, echa mano de una comparación "casera". Si un profesor expulsa a un alumno de clase o de examen por indisciplina, no pretende que abandone la carrera, sino al contrario, que vuelva a las aulas con más "apetito" y formalidad, que se reintegre a la vida común estudiantil; para eso le fuerza a experimentar lo que pierde al privarse de la comunidad universitaria. No se trata de una medida eliminatoria, sino correctiva.

eliminación, sino la corrección. La cual puede adoptar variadísimas formas: perpetua o temporal, mayor o menor, vitanda o tolerada, pública o nominal etc.

Nos encontramos también con la pena de infamia, que entre sus principales efectos merece destacarse la privación de las dignidades, de los cargos públicos honoríficos y de los cargos eclesiásticos. En algunos casos la infamia incapacitaba al sujeto para actuar como abogado, acusador, juez, testigo o para ser ordenado *in sacris*.

En concreto, respecto a nuestro tema, hemos de afirmar que el derecho canónico fomentó la inhabilitación -con rasgos semejantes a la actual en sus varias modalidades de inhabilitación, suspensión, privación de oficio, privación de cargo honorífico...- mucho más que todos los derechos anteriores. De esta manera procuró y logró en gran parte suavizar las penas tradicionales, mucho más crueles e ineficaces<sup>65</sup>. Consiguió así la resocialización de bastantes personas y la humanización de algunas instituciones punitivas.

## **2.2 Introducción sobre los aspectos fundamentales de las inhabilidades por delitos sexuales y el registro de dichas inhabilidades.**

La Ley N° 20.594, publicada el 19 de junio de 2012, creó inhabilidades para los condenados por delitos sexuales contra menores, y un registro de estas. Para tales efectos modificó el artículo 21 del Código Penal, estableciendo como pena la “inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con menores de edad”, y el artículo 39 bis del mismo Código, que sufrió cambios para integrar esta pena en específico. El artículo 372 inciso 2°, por su parte, pasó a disponer que quienes cometan los delitos establecidos en los artículos 362, 365 bis, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies y 372 bis, contra un menor de catorce años de edad, serán condenados a la pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad<sup>66</sup>.

La misma pena se aplicará a quien cometa alguno de los delitos contemplados en los artículos 142 y 433 N° 1, si alguna de las víctimas sufrió violación o fuese menor de catorce años. El inciso tercero del mismo artículo establece que en caso de comisión de los delitos señalados en los artículos 361, 363, 365 bis, 366, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter y

---

<sup>65</sup> Situación que no ocurre con la normativa chilena actual, que como veremos más adelante en algunos casos puede generar una pena adicional aún más gravosa para el ofensor sexual.

<sup>66</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS (2016): Delitos Sexuales, Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 106.

372 bis contra un menor de edad, pero mayor de catorce años, el culpable será condenado a la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, en cualquiera de sus grados. Al igual que en el caso anterior, la misma pena se aplica a quien haya cometido los delitos contemplados en los artículos 1422 o 433 N° 1, si una de las víctimas ha sufrido violación y fuese menor de edad, pero mayor de catorce años<sup>67</sup>.

El mismo texto legal crea una sección especial en el *Registro General de Condenas*, para lo cual modifica el artículo 1° del Decreto Ley N° 464, de 1925, para incluir a aquellos que fueron condenados a las inhabilitaciones establecidas en el artículo 39 bis. También se sustituye el artículo 6° bis en su totalidad, estableciendo que cualquier persona natural o jurídica puede solicitar información para verificar si una persona se encuentra sujeta a las respectivas inhabilitaciones, regulando los procedimientos respectivos<sup>68</sup>.

Por último, el artículo 3° letra b) de la Ley N° 20.685, publicada el 20 de agosto de 2013, modifica el artículo 368 del Código Penal, estableciendo un trato de mayor severidad para quien hubiere cometido alguno de los delitos de significación sexual en contra de un menor de edad “con ocasión de las funciones que desarrolle, aun en forma esporádica, en recintos educacionales, y al que los cometa con ocasión del servicio de transporte escolar que preste a cualquier título; y al mismo tiempo, modifica la redacción del tipo de difusión de material pornográfico infanto-juvenil<sup>69</sup>.

A lo largo de esta investigación revisaremos con mayor profundidad las inhabilitaciones generadas a partir de estas modificaciones y la inclusión de una nueva sección en el registro general de condenas.

### **2.3 La pena de inhabilitación: ¿Pena accesoria o pena principal?**

En el sistema chileno el grueso de las sanciones que integran el sistema de penas están previstas para ser impuestas como penas principales, mientras que se reserva el calificativo de accesorias para el uso que el legislador hace de ciertas y determinadas sanciones

---

<sup>67</sup> Ibidem, p. 106.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 106.

<sup>69</sup> Ibidem, p. 107.

particulares<sup>70</sup>. Por tanto, existe una determinación señalada por el propio legislador, sin perjuicio de aquellas señaladas por la propia doctrina.

Podemos concluir que el carácter distintivo de estas penas no radica en la naturaleza o contenido de cada clase o tipo de sanción, sino en la forma como se encuentra prevista en la ley su aplicación con respecto a una determinada hipótesis delictiva<sup>71</sup>. A nivel estructural, lo recién señalado implica reconocer que las respectivas penas principales ocupan un lugar entre los presupuestos necesarios para imponer alguna de las accesorias.

A nivel descriptivo o formal destaca el que constituyen consecuencias de aplicación necesariamente copulativa (siempre irán acompañando a otra pena), aportando con ello en todos los casos un concreto incremento en la aflicción de “*la pena prevista en la ley*” (penas principales)<sup>72</sup>.

A nivel material destaca el que se trata de condenas que suelen ser impuestas de forma automática a partir del solo dato que aporta la aplicación de las correspondientes penas principales a las que se asocian<sup>73</sup>, como también el que dicho condicionamiento permite sostener que deberán siempre “*seguir la suerte de las penas principales*”, sin que puedan tener por ello una extensión superior a su vigencia ni llegar a ejecutarse antes de su inicio<sup>74</sup>.

Existe discrepancia entre aquello señalado por el legislador de lo señalado por la doctrina. Así, se puede advertir la imposibilidad de identificar los elementos que conforme a la doctrina debiesen caracterizar a las penas accesorias de las sanciones a las que se reconoce indiscutidamente dicho carácter<sup>75</sup>.

---

<sup>70</sup> MALDONADO FUENTES, Francisco. (2017), Penas accesorias en Derecho Penal. Revista Ius et Praxis, p. 306.

<sup>71</sup> Ibidem, p. 307. De este modo Maldonado Fuentes, argumenta que el que su naturaleza permita en todos los casos imponerlas “*en forma principal*” avala esta afirmación en tanto confirma que el carácter accesorio se encuentra vinculado a una decisión del legislador. De esta forma, las razones de la dependencia que supone dicha categorización debiesen poder identificarse en torno a los motivos que explican y justifican la opción del legislador de anudarlas o condicionarlas en torno a la aplicación de una condena diversa (principal) en estos casos en particular. De ello también se colige la necesidad de que su aplicación se determine una regla de sanción específica que es diversa a la que prevé la sanción de cada delito en particular. En este sentido Ortiz y Arévalo (2013), p. 113 y en el derecho español Faraldo Cabana y Puente Aba (2013), pp. 20-21. Lo dicho se respalda en el texto expreso del art. 22 del Código Penal en cuanto define como accesorio el uso de las condenas de suspensión e inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares “*en los casos en que, no imponiéndolas especialmente la ley, ordena que las otras penas las lleve consigo*”.

<sup>72</sup> En este sentido Domínguez Izquierdo (2014), p. 139; Faraldo Cabana y Puente Aba (2013), pp. 20-21 y 25; Mapelli (2006), pp. 67-68; Valeije Álvarez (2007), pp. 264 y 265.

<sup>73</sup> En este sentido Mapelli (2006), pp. 66-67. En Chile se constata dicho carácter en Couso y Hernández (2011), p. 481.

<sup>74</sup> GARRIDO MONTT (2007), p. 264.

<sup>75</sup> MALDONADO FUENTES (2017), p. 313



Así las cosas, y teniendo en cuenta que la imposición de las penas principales constituye un hito de carácter determinante que integra el presupuesto propio de las penas accesorias, resulta correcto sostener que se trata de sanciones que dependen de aquéllas en el sentido que se encuentran condicionadas por su imposición. Con ello basta con que el juez se limite a constatar la aplicación de las penas principales de que se trate para imponer las correspondientes accesorias, de donde fluye parte importante de su carácter automático<sup>76</sup>. De este modo, la aplicación de las penas principales constituye una condición en sentido estricto, un evento, cuya ocurrencia detona la aplicación de la pena accesoria<sup>77</sup>.

Es posible sostener que el componente que condiciona la aplicación de la pena accesoria no es “la pena” principal -más allá de lo que parezcan indicar los términos formales del legislador-, sino el dato que aporta “la constatación de que se ha impuesto una determinada pena de carácter principal”, vinculándose por ello al hito que representa su aplicación y que coincide con la dictación de la respectiva sentencia condenatoria<sup>78</sup>, no siendo posible por un lado en el caso en estudio, el ingreso al Registro Especial de Condenas, ni tampoco la imposición de la inhabilitación absoluta cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa con menores de edad, sin la respectiva condenada por alguno de los delitos mencionados por el artículo 372 inciso 2° del Código Penal, dentro de los cuales se encuentran los delitos establecidos en los artículos 362, 365 bis, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies y 372 bis en contra un menor de catorce años de edad.

Un aspecto relevante de destacar tiene relación con el hecho de que el legislador también pareciera asignar determinados efectos a otros caracteres particulares presentes en la sanción principal. En concreto, las reglas de sanción descritas asignan un papel determinante a la “extensión” de la pena principal para efectos de caracterizar el modo, forma o contenido que asumirá a reacción accesoria aplicable. El legislador parece tener en cuenta que una mayor extensión en la penal principal impuesta deberá reflejarse en un mayor número de penas accesorias procedentes, resultado que se traduce en forma concreta en un mayor campo de restricciones en los espacios de desarrollo autónomo del condenado. Se puede por ello colegir con bastante certeza que la intención del legislador se orienta a condicionar el contenido del régimen de inhabilitaciones que serán impuestas con carácter accesorio a “la gravedad” que

---

<sup>76</sup> Ibidem, p. 316.

<sup>77</sup> Ibidem, p. 316.

<sup>78</sup> GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, Ana (2004). Sobre la suspensión condicional de la ejecución de las penas accesorias. Revista Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (N° 5), p. 1276.

se puede predicar respecto a al delito cometido, siendo éste el parámetro de referencia al que se asocia una parte de los efectos condicionantes<sup>79</sup>. En este contexto la relevancia atribuida a la “extensión” de la pena principal impuesta adquiere un significado concreto como indicativo certero de la gravedad de la correspondiente infracción, aportando en ese sentido una razón adicional para atribuir a las penas accesorias un carácter dependiente<sup>80</sup>.

Se puede sostener por ello que el régimen o “estatuto” de inhabilitaciones impuesto en base a las penas accesorias dependerá de la gravedad que tenga la pena aplicada en forma principal<sup>81</sup>. Dicha asunción detona un razonamiento de carácter complementario que sirve de base a la decisión de apartar a los condenados del ejercicio de determinados ámbitos de la vida civil mediante la aplicación de efectos de carácter excluyente (“inhabilitantes”). En este sentido, habilita a sostener una baja apreciación sobre el marco de valores por el que se rige el condenado, lo que lleva a concluir que debe ser apartado de las actividades sociales que se encuentran reservadas exclusivamente para quienes se muestran intachables en el plano moral (como los cargos públicos, los derechos asociados al ejercicio de actividades políticas o la propia “ciudadanía” y el ejercicio de determinadas profesiones<sup>82</sup>, oficios y actividades)<sup>83</sup>. Se asume por ello que aceptar en ellas a quien carga con una marca ignominiosa como la que se extrae a partir de la condena penal provocaría una concreta merma en el estatus que caracteriza a estas funciones o actividades<sup>84</sup>, de forma que se lo considera “indigno” para “gozar de ellas” en cuanto “no merece” ejercerlas<sup>85</sup>. Por otro lado, y en tanto dicha valoración habilita a una consideración bastante modesta sobre otros caracteres personales relevantes del condenado (como su responsabilidad, confiabilidad o su credibilidad), se advierten razones

---

<sup>79</sup> MALDONADO (2017), p. 317.

<sup>80</sup> MALDONADO (2017), p. 318.

<sup>81</sup> En este sentido GUTIÉRREZ CASTAÑEDA Ana (2012). Las penas privativas de derechos políticos y profesionales. Bases para un nuevo modelo regulativo. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España. p. 308; VALEJIE ÁLVAREZ, Inma (2007). La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo VX, Vol. 1.p, 266.

<sup>82</sup> En este sentido sostiene Maldonado, se tiene en cuenta que la calidad moral del individuo constituyó en su momento una condición de base para el ejercicio de competencias que califican como *profesionales*, en tanto el ejercicio de una profesión titular se basa en la certificación de competencias y conocimientos que colocan al individuo en una posición de superioridad respecto de los destinatarios de sus servicios, a partir de la cual se sostiene una particular exigencia en materia ética y de responsabilidad. Sobre ello QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2002). Manual de Derecho Penal. Parte General, 3ra edición, Editorial Aranzadi, Madrid, España. p. 662.

<sup>83</sup> Para CURY URZÚA, Enrique (2005). Derecho Penal. Parte General, 7ª edición. Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. p. 747, “no parece aconsejable confiar al que ha delinquido actividades delicadas uno de cuyos requisitos de eficacia es precisamente la respetabilidad de quienes participen en ellas”, afirmación que sustenta con reparos que no vienen al caso comentar. Dicha consideración se identifica con el llamado “paradigma del buen ciudadano”. Con detalle en GUTIÉRREZ CASTAÑEDA (2012), p. 278 y MAPELLI CAFFARENA, Borja (2005). Las Consecuencias jurídicas del delito. Editorial Civitas. Madrid, España. p. 287.

<sup>84</sup> DE VICENTE REMESAL, Javier (2014). La pena de inhabilitación profesional: Consideraciones desde el punto de vista de los fines de la pena. Cuadernos de Política Criminal (Nº113, II época), p. 60.

<sup>85</sup> En este sentido NOVOA MONREAL, Eduardo (2005). Curso de Derecho Penal Chileno, 3ra edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. p. 333.

suficientes para pronosticar una moderada expectativa sobre la adecuación o corrección de su desempeño futuro, aportando con ello una valoración que toma la forma de pronóstico de peligrosidad<sup>86</sup>. Dicha apreciación decanta casi naturalmente en la decisión de imponer una inhabilitación por razones de carácter preventivo especial negativo o inocuizador<sup>87</sup>.

Esta doble perspectiva permite explicar por qué los efectos preventivos a los que se asocian comúnmente estas reacciones suelen ir acompañados de un significado de corte “infamante”, a pesar de que el objeto preciso sobre el que recaen sus efectos no corresponde ni a la honorabilidad ni la honra del condenado<sup>88</sup>. Explica asimismo el nexo que la doctrina propone con la pena de interdicción civil<sup>89</sup> y en general, con la idea de que el condenado debe

---

<sup>86</sup> Por todos, FARALDO CABANA y PUENTE ABA (2013), p. 37.

<sup>87</sup> DE VICENTE REMESAL (2014), pp. 77 y 78 (quien lo asocia concretamente al tratamiento de la reincidencia específica); DOMÍNGUEZ IZQUIERDO (2014), pp. 143 y 190. Maldonado continúa su argumentación señalando que conviene hacer presente que la precisión de dicha orientación, en cuanto dirigidas a la neutralización de potenciales riesgos de comisión de delitos futuros, no se ve afectada en modo alguno por el hecho de que el efecto de dichas consecuencias no sea absoluto. Si bien se trata de una modalidad más efectiva respecto a los instrumentos que buscan satisfacer objetivos preventivos operando exclusivamente en el plano de la interacción normativa, parece claro que no alcanza a ofrecer a los efectos propios de la inocuización material. Las inhabilitaciones e interdicciones en general operan en un espacio intermedio entre el nivel comunicativo y la contención efectiva, en cuanto el mensaje disuasivo y orientativo del comportamiento prohibido (aquello que está vedado para el condenado) se suele apoyar a través de medios materiales (por ejemplo, de sistemas de registro o certificación) que coadyuvan el control, de su cumplimiento efectivo con cierto grado de automaticidad. De ahí que el nivel de reducción de las expectativas de recaída dependerá tanto de las capacidades disuasivas de la prohibición o restricción que contienen, como el impacto que generen los apoyos materiales dispuestos para su control. Con ello se confirma que estamos ante instituciones que van más allá del óptimo preventivo que fijan las normas de derecho a nivel general sin llegar al extremo de renunciar al plano de lo comunicativo.

<sup>88</sup> Se constata en COUSO Y HERNÁNDEZ (2011), p. 460; Con mayor desarrollo en GUZMÁN DÁLBORA (2009), pp. 283-302 y 345 quien pone de relieve que en su tiempo el Código Penal alemán ocupó el rótulo de penas contra el honor para referirse a las inhabilitaciones. Lo relevante a este respecto es que dicha calificación pueda ser considerada errónea si tenemos en cuenta que el descrédito personal (o la “pérdida en la honorabilidad”) opera en estos casos en el ámbito de los presupuestos de la decisión de imponer una determinada restricción y no en el contenido aflictivo que supone su aplicación, siendo este último el factor que habilita a encasillar las penas acordes a su naturaleza propia. En este caso, su contenido específico se configura estrictamente en torno a la capacidad jurídica del infractor, pues es ésta la propiedad que resulta directamente afectada a través de la interdicción para el ejercicio de actividades o para el desempeño en ámbitos de participación determinados, lo que se confirma en el hecho de que se considere en forma común que el rótulo apropiado para estas reacciones debiera identificarlas como penas de interdicción, según ya hemos tenido oportunidad de destacar. Dicha objeción admite ser relativizada en el contexto histórico, pues el nexo que vincula sus contenidos con condiciones o cualidades asociadas en su época a un determinado estatus u honorabilidad personal. Lo constatan GUZMÁN DÁLBORA (2009), pp. 346-355; NOVOA (2005), p. 333; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2010). Derecho Penal. Parte General, 8va edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. p. 515. A dichos efectos resulta altamente indicativo que estas consecuencias se hayan situado originalmente en un ámbito paralelo a la previsión de condenas que implicaban la privación de los cargos nominales, honores, prebendas y derechos asociados a los mismos, sanciones que indiscutiblemente se encuentran asociadas a la idea de que el condenado es indigno o carece de la legitimidad necesaria para gozar de ellos o ejercerlos.

<sup>89</sup> En este sentido GUZMÁN DÁLBORA (2009), p. 346; GUTIERREZ CASTAÑEDA (2012), p. 337; NOVOA (2005), p. 333; NISTAL BURÓN, Javier/GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino (2015). La historia de las penas. De Hammurabi a la cárcel electrónica. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España. pp. 211-212, agregando estos últimos certeros ejemplos extraídos del derecho griego y romano. Conviene advertir que la “muerte civil” del condenado (que lo priva virtualmente de su condición de sujeto de derechos) mantiene algún grado de vigencia tras la consideración de la pérdida de la ciudadanía o de los derechos políticos como sanción (GUTIERREZ CASTAÑEDA (2004), p. 1277) o en los efectos que llevan a que el condenado pierda su fuente de sustento mediante la inhabilitación o suspensión de su ámbito de desempeño laboral (REY HUIDOBRO, Fernando (2003). Problemas de aplicación de las penas accesorias de inhabilitación y de suspensión. Actualidad Penal (Nº45-46). p. 1125).

ser apartado (o “excluido”) de la propia comunidad<sup>90</sup>, dando sentido finalmente a su previsión con carácter amplio y masivo que se expresa concretamente en la configuración de un auténtico estatuto particular de carácter personal cargado de un significado intencionalmente difamatorio y discriminatorio<sup>91</sup>.

Partiendo de estos supuestos parece lógico que su uso haya decantado en la configuración de un régimen o sistema basado en la previsión masiva de esta clase de efectos, y el que se

---

<sup>90</sup> Como expresa MAPELLI (2006), p. 62, tal como “la prisión expulsa a la persona en su dimensión física, las penas accesorias lo hacen en su dimensión civil”. En el mismo sentido GUZMÁN DÁLBORA (2009), pp. 345, 346 y 355; NOVOA (2005), p. 333; GARRIDO MONTT (2007), p. 293. En España FARALDO CABANA y PUENTE ABA (2013), p. 25; GUTIERREZ CASTAÑEDA, pp. 40, 336 y 337 y GUTIERREZ CASTAÑEDA, (2004), p. 1278; MAPELLI (2005), p. 288; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2010), p. 515 y VALEJIE ÁLVAREZ (2007), pp. 268 y 273. Se debe tener en cuenta que la idea de “marginar al condenado del cuerpo social” (“sacarlo de circulación”) no es nueva en derecho penal. Lo relevante es que dichos razonamientos suelen estar asociados a caracteres específicos que presentan ciertos delitos, a su particular gravedad o finalmente al dato que aporta la recaída o reiteración delictiva de forma que lo particular en este caso es su asociación a una calificación personal de corte “infamante”. A dicho respecto existen precedentes concretos de esta misma idea (la “incapacitación” o “exclusión” en base al descrédito que supone la condena) que dan cuenta de una concreta progresión en la forma que adopta la reacción, pasando de la anulación física del condenado (a través de la pena de muerte o mediante su destierro) a su completa incapacitación civil, llegando en la actualidad a vincularse a ámbitos parciales y específicos de la vida civil o pública. Se pueden consultar otras expresiones históricas de la expulsión de similar configuración en GUTIERREZ CASTAÑEDA (2012), pp. 41-44.

<sup>91</sup> Dicho estatuto adquiere forma física en el prontuario penal (regulado en nuestro medio en el decreto ley N° 645, de 1925, y en el decreto N° 64 del Ministerio de Justicia, de 1960), en cuanto su apertura y la correspondiente inscripción de los antecedentes penales perpetúan la condición personal y el estigma con que el condenado carga naturalmente por razón de su delito. De ahí que MERA FIGUEROA, Jorge (1998). Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno. Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago Chile. p. 93, entienda que el contenido infamante predicable de las condenas accesorias se expresa realmente en aquellos casos en que éstas sobreviven a las penas principales. En un sentido equivalente GUZMÁN DÁLBORA (2009), p. 367 (y en nota 54); POLITOFF (2004), p. 569. Si bien se trata de un instrumento destinado originalmente a cumplir un rol auxiliar –de registro– asociado a la operatividad de las respectivas inhabilitaciones y demás consecuencias del delito –en especial, respecto a la reincidencia y demás efectos aplicables al reiterante– (NOVOA (2005), pp. 94-95) pasa con el tiempo a cumplir materialmente la función antes reseñada, lo que se confirma en la previsión de una serie de medidas e institutos orientados a reducir o anular sus efectos discriminatorios. Destaca el reconocimiento del carácter reservado del prontuario y las limitaciones previstas para el acceso a los correspondientes registros; la regulación que vincula su omisión o supresión de las respectivas anotaciones con institutos asociados a la necesidad de brindar al condenado oportunidades para una mejor reinserción (como sucede con el art. 38 de la ley N° 18.216, de 1983) y el régimen previsto para alcanzar su supresión (decreto ley N° 409 de 1932), cuyos efectos se hacen formalmente extensivos a la totalidad de las consecuencias civiles y penales asociados a la condena. En este sentido COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás (1999) Derecho Penal. Parte General. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España. p. 959; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGNEDD, Thomas (2002). Tratado de Derecho Penal. Parte General (Traducción de Miguel Olmedo Cardenete). Editorial Comares, Granada, España. p. 993. Previo a ello, la necesidad de neutralizar sus efectos se confió en el mero transcurso del tiempo sin delito (en cuanto dicho dato neutraliza el pronóstico que las sostiene), tal como se refleja de forma particular en la prescripción de la reincidencia y, por extensión, en el efecto extintivo previsto en el art. 105 de nuestro Código Penal para las inhabilitaciones (NOVOA (2005), p. 105), cuya cobertura debe ser entendida, a nuestro juicio, en referencia a todos esos efectos y consecuencias (a pesar de que la doctrina se encuentre dividida entre quienes la entienden referida a las penas accesorias –CURY (2005), p. 805; LABATUT GLENA, Gustavo (1992). Derecho Penal, 7ma edición, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. p. 301– y quienes las remiten a los efectos civiles del delito –NOVOA (2005), p. 415; seguido por YUSEFF SOTOMAYOR, Gonzalo (2009). La prescripción penal, 3ra edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. p. 174–. Un extremo en dicho efecto u objetivos (estigmatizante) se puede apreciar en las iniciativas que en la actualidad promueven la generación de registros públicos de condenados (especialmente asociados al ámbito de los delitos de connotación sexual) en un sentido equivalente al que caracterizó a los sistemas de registro en la antigüedad (y previo a éste, a la marca corporal), asociado directamente a funciones preventivas que operan esencialmente en base a la publicidad. Sobre ello GUZMÁN DÁLBORA (2009), p. 369.

haya recurrido para ello a una técnica de imposición de sanciones en particular: una de carácter automático (en tanto basada en la sola constatación de la imposición de una determinada condena)<sup>92</sup>, de aplicación generalizada y cuyo contenido se incrementa en forma progresiva acorde a la gravedad del delito (en forma igualmente automática)<sup>93</sup>. Ello, pues dicho contenido es valorado como reflejo de la entidad del descrédito público que expresa la condena o, si se prefiere, el grado de asocialidad que se puede predicar del infractor<sup>94</sup>. De esta forma, su administración se confía a una dinámica que se desarrolla al margen del mecanismo que rige la aplicación e individualización de las penas principales<sup>95</sup>, pues por definición requiere que éste se haya completado<sup>96</sup>.

Sólo desde este punto de vista se puede sostener que la pena accesoria depende concretamente de la propia penal principal, relación que se limita a la incidencia que el legislador asigna a su gravedad o extensión, en cuanto criterio distributivo de los contenidos que abarcará el correspondiente régimen de inhabilitación, interdicción o incapacitación<sup>97</sup>.

Lo relevante es que dicha relación de dependencia no altera la materialidad de su fundamento ni pretende hacerlo, en tanto no hace más que confirmar que la decisión de imponer “las accesorias” se basa concretamente en la constatación de “convicto” o “condenado” que emana del acto de su imposición de la condena, siendo secundario el aporte a dichos efectos propone el propio contenido o características de la pena principal que haya sido impuesta<sup>98</sup>

Se debe tener en cuenta que la precisión del fundamento histórico que caracterizó a estas reacciones en las formulaciones que tuvieron reconocimiento en los códigos decimonónicos,

---

<sup>92</sup> FARALDO CABANA y PUENTE ABA (2013), p. 23. GUTIÉRREZ CASTAÑEDA (2012), pp. 279 y 289; GUZMÁN DÁLBORA (2009), p. 356.

<sup>93</sup> De hecho, parte de la literatura destaca que su carácter automático se vincula concretamente a que se encuentran previstas sin sujeción a ningún tipo de individualización, FARALDO CABANA y PUENTE ABA (2013), p. 26; VALEJIE ÁLVAREZ (2007), p. 264.

<sup>94</sup> Lo constata con tono crítico, DE VICENTE REMESAL (2014), p. 82; GUZMÁN DÁLBORA (2009), p. 375; PUENTE ABA (2013), p. 39.

<sup>95</sup> GUTIÉRREZ CASTAÑEDA (2012), p. 375. Próximo MAPELLI (2005), p. 289.

<sup>96</sup> VALEJIE ÁLVAREZ (2007), p. 248. Lo relevante es que los presupuestos de la pena accesoria sólo se pueden constatar una vez que la pena aplicable al delito se encuentra completamente determinada.

<sup>97</sup> Sobre el origen histórico de dicha asociación a partir de lógicas de proporcionalidad o graduación véase GUZMÁN DÁLBORA (2009), pp. 346 y 357. Valorándolo positivamente DE VICENTE REMEAL (2014), p. 74.

<sup>98</sup> Como indican MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2010), p. 505, son efectos aplicados “a quien resulta condenado en un proceso penal”. En el mismo sentido FARALDO CABANA/PUENTE ABA (2013), pp. 26-27; GUTIÉRREZ CASTAÑEDA (2012), p. 278; MAPELLI (2005), p. 28. Explicito también JESCHECK/WEIGEND (2002), p. 847. Se ha sostenido también, y con algo de razón, que el presupuesto propio de estas reacciones excede a las exigencias fundamentales que caracterizan a la estructura del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) abarcando también la punibilidad del comportamiento y extendiéndose, incluso, a las valoraciones que inciden en la imposición concreta o efectiva de las consecuencias previstas.

lleva a descartar de plano la idea de que las penas accesorias sean simplemente “penas copulativas” impuestas bajo una fórmula de aplicación general. La advertencia de un fundamento específico y autónomo resulta incompatible con la suposición de que se trata de una categoría “aparente” o “formal” que se identifica con el mero uso de una determinada modalidad de técnica legislativa. Ello supondría, además, sostener que no existen diferencias de carácter sustantivo entre ambas clases de penas, lo que lleva a descartar que se base en un vínculo real que se configure una relación de condicionamiento<sup>99</sup>. También permite descartar la idea tempranamente abandonada de que su previsión legal se orientó concretamente a resolver un problema práctico: la imposibilidad de ejercer funciones y, en especial, cargos públicos mientras se ejecuta una pena privativa de libertad.

Por otro lado, la caracterización expuesta aporta elementos de juicio que resultan determinantes para advertir que esta clase de reacciones presenta una naturaleza muy diversa a la que es propia de las penas principales. Destaca en este sentido la opinión de quienes advierten que la radicación de su fundamento en torno a un supuesto de autor<sup>100</sup> y la orientación preferente de sus objetivos hacia efectos de carácter preventivo especial, constituyen contenidos que dan cuenta de una estructura idéntica a la que presentan las medidas de seguridad. En efecto, bajo esta formulación tradicional no se trata realmente de reacciones dispuestas en función de los caracteres particulares de los delitos cometidos, sino de consecuencias fundadas en un juicio de carácter personal asociado a una probable ejecución futura defectuosa, abusiva o directamente delictiva, que configura un auténtico pronóstico asociado a la peligrosidad del infractor<sup>101</sup>.

Se advierte según lo ya expresado que no existen realmente diferencias sustanciales o materiales entre las penas principales y las accesorias, constituyendo estas últimas simples sanciones de carácter copulativo y de aplicación masiva o común, cuya imposición ha sido dispuesta por el legislador a partir de cláusulas generales, motivado exclusivamente en razones de técnica o economía legislativa<sup>102</sup>. De tal manera que es posible apreciar que la accesoriadad de las penas constituye una opción legislativa que se refleja concretamente a

---

<sup>99</sup> De ahí que dicho planteamiento resulte incompatible con el tenor literal de las reglas que las consideran en forma paradigmática y con la distendida comprensión de que se trata de sanciones que deben “seguir la suerte de las principales”, teniendo en cuenta que el carácter dependiente de las penas accesorias sería algo más bien aparente.

<sup>100</sup> Como indica MAPELLI CAFFARENA “las penas accesorias tienen mucho más que ver con el derecho penal de autor que con la responsabilidad por el hecho delictivo (pues) el objetivo alejamiento del sujeto de ciertas funciones o de ciertas personas o situaciones es una garantía de que no recaerá en el delito”, MAPELLI (2005), p. 288.

<sup>101</sup> FARALDO CABANA y PUENTE ABA (2013), p. 26.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 314-315.

través de reglas de sanción positivas, siendo éstas las que debiesen dar cuenta de dichas motivaciones en particular<sup>103</sup>.

Más allá de la propia clasificación de la pena de inhabilitación como principal o accesoria, observando su imposición desde el punto de vista del condenado la pena de inhabilitación puede llegar a ser aún más gravosa que la pena privativa de libertad. Si bien esta última puede resultar altamente vulneradora, ya que más allá de la privación de la libertad ambulatoria, las condiciones que presentan los recintos penitenciarios y las deficientes medidas de seguridad que presentan para mantener el cuidado entre los propios internos, una vez cumplida la condena viene una situación que puede llegar a ser aún más compleja para el ofensor sexual. Una pena de inhabilitación, sin la posibilidad de desempeñarse en el oficio o rubro al cual se ha dedicado, sumado al estigma social y las dificultades que conlleva la resocialización se ven aumentadas en el caso de quienes han cumplido una condena por estos delitos. Así las cosas, el castigo puede llegar a ser aún mayor que la pena privativa de libertad y generar una situación contraria a los supuestos fines preventivos que tienen estas clases de medidas.

#### **2.4 Análisis del Mensaje Presidencial N°117-358 y los fines de la Ley 20.594.**

La ley 20.594 es clave a la hora de hablar sobre los delitos sexuales en contra de menores. Así las cosas, en mayo de 2010, a través del mensaje presidencial n°117/358 se presenta el proyecto de ley que busca crear las inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establecer un registro de dichas inhabilidades.

El Mensaje señala que “dada la gravedad del daño que los delitos sexuales causan a la víctima y el temor que generan en la sociedad, particularmente en los casos en que son cometidos contra los niños, niñas o adolescentes, plantea la necesidad de mejorar el sistema de penas con el que actualmente se sanciona estas conductas, como asimismo, la habilidad de éstas no sólo para lograr la reinserción del condenado, sino también, de minimizar el temor de la ciudadanía, los riesgos de reincidencia y perfeccionar los resguardos y mecanismos de protección de la población”. En vista de lo anterior el proyecto entrega como uno de sus objetivos, la reinserción del condenado, situación bastante particular debido a la entidad del proyecto.

En este sentido una de las opiniones consultadas por la Comisión de Constitución, fue el profesor Juan Pablo Mañalich, quien señala que, de la sola lectura, apreciaba el tránsito desde la rehabilitación o resocialización hacia la prevención especial negativa o neutralización de

---

<sup>103</sup> Ibidem, p. 315.

peligrosidad, lo que se reflejaba tanto en la ampliación de la pena de inhabilitación como en el establecimiento de la sección especial de condenas. Agregó que, la fundamentación de lo anterior incorporaba un argumento inédito cual era distinguir la prevención contra la peligrosidad individual y la disminución del temor en la población, como si se tratase de objetivos diferentes. Así, siendo los objetivos de la ley contribuir tanto a la prevención mediante la neutralización de la peligrosidad como a la disminución del temor, sin que el primer objetivo implique el segundo, significaba suponer un alto grado de irracionalidad en la población por cuanto, tratándose de una medida de prevención, podía igualmente considerársela un factor de disminución del temor<sup>104</sup>.

A juicio del Profesor Antonio Bascuñán Rodríguez, cuya opinión fue consultada para elaborar el primer informe de Comisión de Constitución, deja de manifiesto su discrepancia con el proyecto por considerarlo incorrecto tanto en su fundamento como su objetivo. Señala abiertamente que la iniciativa debería ser íntegramente rechazada por su falta de justificación racional, toda vez que no se ha dado argumento alguno que demuestre la necesidad de las modificaciones legales que propone. Afirmó que ella sólo se explica como una medida publicitaria y como un acto de imitación de la legislación norteamericana reconocidamente excesiva<sup>105</sup>. Entrando derechamente en la letra del proyecto, hace mención que la ley 19.927 introdujo en el Código Penal la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad. Al efecto, examinó los principales hitos de la historia fidedigna del establecimiento de esa ley, para, sobre esa base concluir que:

- i) La introducción de la pena de inhabilitación establecida en los artículos 21, 39 bis y 372, inciso segundo, del Código Penal fue una decisión adoptada sin expresión de fundamentos. Este defecto, en su opinión, permanece hasta el día de hoy: el legislador nunca ha dado una fundamentación racional referida al merecimiento o a la necesidad de esta pena accesoria, que justifique la afectación de los derechos del condenado adicionales a los que corresponden a la imposición de la pena principal.
- ii) La oscilación entre la condición facultativa y la condición imperativa de la pena demuestra su doble carácter, como a) medida de seguridad, orientada a la prevención especial y como b) sanción disuasiva o retributiva. En el primer caso, lo

---

<sup>104</sup> Historia de la Ley, N° 20.594.

<sup>105</sup> Opinión de Antonio Bascuñán Rodríguez, en el Primer Informe de Comisión de Constitución. Historia de la Ley N° 20.594, p. 77-78.



consistente es establecerla como una medida facultativa, pues su procedencia depende de la constatación de antecedentes adicionales a la prueba del hecho punible, referidos a la peligrosidad concreta del autor.

- iii) La sustitución de la inhabilitación perpetua originalmente propuesta por la inhabilitación temporal se debió a la finalidad de hacer posible la rehabilitación del condenado. Esta es una finalidad que no puede ser desechada, pues corresponde a una condición de legitimidad de la pena reconocida por los tratados internacionales de derechos humanos de los cuales es parte el Estado de Chile.

A continuación, hace presente que se pretende justificar esta propuesta de ampliar el ámbito de aplicación de la pena de inhabilitación introducida por la Ley 19.927 aludiendo a “finalidades de prevención y control (...) así como la protección de la integridad sexual de las personas”.

Sostuvo que apelar a estas razones implica considerar a la inhabilitación como un medio legal de disuasión colectiva o como un medio judicial de neutralización individual. Sin embargo, resaltó que para que la pena de inhabilitación tenga el primer efecto, es necesario que represente un mal significativo para su destinatario. Sólo quienes ejercer las actividades que son objeto de inhabilitación se encuentran en esa situación. Por tanto, la extensión de su alcance -más allá de ese círculo de destinatarios- carece de justificación conforme a esta finalidad. Por su parte, agregó, para justificar racionalmente la imposición de la pena como un medio judicial de neutralización es necesario acreditar un pronóstico de peligrosidad adicional a la prueba de la comisión del hecho punible.

Señaló que, al mismo tiempo, por consideraciones de proporcionalidad retributiva, la duración máxima de la pena de inhabilitación no puede desentenderse de la gravedad del delito cometido.

Finalmente, por consideraciones de rehabilitación, la inhabilitación de duración superior a una determinada cantidad de años debe admitir su suspensión condicional, equivalente a la libertad condicional otorgada a los condenados a penas privativas de libertad.

Su opinión para la comisión no llegó sólo hasta ahí, sino que también planteó que, bajo las consideraciones anteriores, una regulación de la pena de inhabilitación introducida por la Ley N° 19.927 que quiera potenciarla debería reconocer las siguientes distinciones:

- Distinguir entre quienes cometen el delito contra menores con los que se encuentren relacionados en virtud del ejercicio de sus actividad, oficio o profesión y quienes no

ejercen esa actividad, oficio o profesión o no cometen el delito contra menores relacionados; la primera clase de personas es distinguida por el Código Penal desde 1875 en su artículo 371; ése es el lugar para redefinirla, modernizando sus términos;

- Distinguir entre la comisión pura y simple de un hecho punible contra menores y su comisión en condiciones que permitan justificar un pronóstico de peligrosidad,
- Distinguir, siguiendo la cuantía de la pena privativa de libertad como criterio, entre la comisión de crímenes contra menores, la comisión de simples delitos sancionados con pena aflictiva y la comisión de simples delitos no sancionados con pena aflictiva.

Continua con su línea argumentativa, señalando que las distinciones antedichas se deben expresar en la determinación legal de la pena de inhabilitación, diferenciando las condiciones que la hacen imponible como habilitación especial o absoluta, como pena temporal o como pena perpetua y como pena de imposición imperativa o facultativa para el tribunal, exigiéndose, para este segundo caso, acreditación de antecedentes adicionales a la comisión del hecho punible.

Afirmó que la regulación sobre la pena debe ser establecida en el Código Penal y la regulación sobre los antecedentes en el Código Procesal Penal, a propósito de la determinación de la pena. Refiere, además, que toda pena de inhabilitación perpetua debe ser susceptible de suspensión condicional<sup>106</sup>, si se cumplen condiciones que reviertan el pronóstico de peligrosidad, mediante un procedimiento especial sujeto al control judicial. Esta suspensión, añadió, incluyendo las condiciones que la hacen procedente, debe ser regulada en la Ley 18.216 o en el Decreto Ley N° 321, de 1925, según se estime procedente. De no establecerse esta suspensión, debe prescindirse de la pena perpetua.

En la misma oportunidad se refiere a las modificaciones propuestas al Decreto Ley N° 645, de 1925 sobre el Registro General de Condenas. Sobre el particular, expresó que, si bien el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados morigeró los efectos indeseables del proyecto presentado por el Mensaje, sus defectos continuaron siendo evidentes. Aseguró que otorgar acceso a la información a particulares implica transferirles las iniciativas de seguridad y control, y las responsabilidades por su implementación, lo que consideró un acto de irresponsabilidad pública.

---

<sup>106</sup> Situación que en ningún caso fue propuesta o analizada durante la tramitación del proyecto.

Indicó que lo que corresponde al Estado es establecer un sistema unificado de control de cumplimiento de inhabilitaciones, a cargo del Ministerio de Justicia, con acceso exclusivo de funcionarios públicos bajo secreto penalmente protegido.

Propuso que esa información sea permanentemente cruzada con la información proveniente de registros llevados por el Ministerio de Educación y el Ministerio de Salud relativos al personal que se desempeña en establecimientos educacionales o relacionados con el cuidado de menores de edad, lo que implica determinar con mayor precisión las actividades sujetas a la inhabilitación -la indeterminación de la pena a este respecto es un grave defecto- y establecer la obligación legal de informar a los registros respectivos de educación o salud con ocasión de toda contratación. Concluye señalando que el fin de ese cruce de información se encuentra en la identificación de los casos de quebrantamiento de la pena de inhabilitación, que deben ser denunciados al Ministerio Público por la autoridad a cargo del Registro.

De este modo podemos contrastar las reformas aplicadas por la Ley 20.594 y un modelo alternativo propuesto por el Profesor Bascuñán para cada una de las modificaciones que finalmente se aprobaron por el congreso. De tal manera, que es posible ver un sistema alternativo tanto para el establecimiento de las inhabilitaciones, como también para el Registro de Condenas, de modo que efectivamente se cumpla con los fines que supuestamente se proponían por el Mensaje, pero que aparentemente sólo se quedaron en una mera declaración de principios y como el propio Profesor Bascuñán señalaba, sólo tenían un objetivo publicitario por sobre el perfeccionamiento de la técnica legislativa en estas materias.

### **CAPITULO III: ANÁLISIS DE LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES INCORPORADOS POR LA LEY 20.594**

#### **3.1 Perpetuidad de las inhabilitaciones por delitos sexuales**

La tendencia actual en el derecho penal moderno es ir dejando de lado las penas perpetuas frente a las cuales se buscan alternativas más efectivas para obtener tanto la prevención de los delitos, como la propia resocialización de los condenados, ante lo cual, además de los problemas de proporcionalidad a los que se ven enfrentados los delitos en relación a su pena, se caracterizan por generar más personas en las cárceles y no dan una solución satisfactoria a los problemas de la delincuencia y las políticas criminales alrededor del mundo.

En opinión del profesor Guzmán Dálbora, las penas perpetuas en su conjunto debieran ser excluidas de la legislación penal, incluida la inhabilitación perpetua para cargos u oficios públicos y profesiones regulares. Explicó que son penas segregadoras e inhumanas. Agrega que los individuos no están determinados a actuar de una cierta forma ni es aceptable sostener que, a partir de ciertos rasgos de carácter, un individuo se vaya a conducir siempre de una determinada manera. Por lo demás, a pesar de las limitaciones propias de la naturaleza humana, todo hombre es artífice de su conducta<sup>107</sup>. El punto de arribo para el establecimiento de penas perpetuas, como se sabe, es siempre el mismo: un rigor punitivo que reclama las penas más severas, fenómeno que encuentra perfecto enclave en el derecho internacional penal, con su nota predilección por el máximo suplicio y, hoy, la prisión perpetua. Es el cabo de Hornos de toda forma de escarmiento en cabeza ajena, incluso aquella que presenta la lección bajo los ropajes de un aseguramiento cognitivo, de pacificación e integración de la sociedad<sup>108</sup>.

En este sentido podemos observar que el proceso de reforma de derecho penal sexual durante las últimas décadas ha estado presidido por la idea de despojar a la regulación de estos delitos de todo vestigio moralizador<sup>109</sup>. Por su parte la dogmática penal se ha esforzado por construir sus sistemas doctrinales en torno a conceptos estrictamente jurídicos, asentados en una base fáctica o natural. Esta es, seguramente, la razón que explica la preeminencia que conseguido el valor de la libertad sexual, que suele ser explicado siguiendo los mismos parámetros que se utilizan para caracterizar otros bienes jurídicos de índole personal, como el derecho a la vida, la salud o la libertad ambulatoria<sup>110</sup>.

La situación ha ido mutando como se advierte hoy en la doctrina, paulatinamente los autores han ido admitiendo la existencia de algunos condicionamientos ético-culturales e incorporando valores de esta índole en sus elaboraciones dogmáticas. Esta actitud, desde luego, se ha visto favorecida -y, en gran medida, se explica- por el verdadero proceso regresivo que ha experimentado el ordenamiento penal de diversos países, merced a la reimplantación de figuras delictivas que ya habían desaparecido o la modificación de las existentes, en un sentido inverso al de los valores que inicialmente inspiraron el proceso de reforma del derecho

---

<sup>107</sup> Historia de la Ley N° 20.594, p. 80.

<sup>108</sup> GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (2011). Dos conceptos irreconciliables: Peligrosidad y Legalidad Penal. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>

<sup>109</sup> En detalle, sobre el tema a que se refiere este apartado, RODRIGUEZ COLLAO, L. (2008). "Criterios morales en la fundamentación del castigo de los delitos de significación sexual", en VILLEGAS DÍAZ, Mirna (Coord.) Contribuciones críticas al Sistema de la Post Modernidad. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile, Santiago.

<sup>110</sup> RODRIGUEZ (2016). P. 168.

penal sexual. En suma, un proceso de endurecimiento de las sanciones aplicadas en este ámbito de la criminalidad y que se explica en gran medida por la presión que ejercen los medios de comunicación social sobre la autoridad legislativa<sup>111</sup>.

En esta línea argumental el Profesor Juan Pablo Mañalich en su intervención dentro de la discusión de la Ley 20.594, considera su aprobación como un paso decisivo hacia la consolidación en el país del derecho penal del enemigo, en oposición al derecho penal del ciudadano. Explicó en seguida el concepto de derecho penal del enemigo, señalando que éste se expresaba en los ámbitos del narcotráfico, del terrorismo y de la delincuencia sexual con involucramiento de menores y consistía no en la intervención del derecho penal sobre un individuo determinado, a quien se reconoce culpabilidad en un hecho grave que merece reproche, sino sobre personas respecto de las cuales la generalidad de la ciudadanía no puede tener confianza.

En este sentido, discurrendo sobre la idea de libertad sexual, otra opinión relevante es la de Muñoz Conde, quien enfoca el problema a partir de una definición de ese valor matizada con connotaciones axiológicas, añadidas a la libertad propiamente dicha, y que los tipos delictivos dejan entrever. Pone de relieve que el legislador no ha querido prescindir de criterios culturales o sociales dotados de contenido moral, porque la libertad sexual, para ser entendida como bien jurídico autónomo, debe situarse en un contexto valorativo de reglas que disciplinan el comportamiento sexual de las personas en sus relaciones con otros individuos<sup>112</sup>.

Por otro lado, la irrupción de valoraciones ético-culturales en el sistema de los delitos de significación sexual se manifiesta también en el reconocimiento explícito de que algunos delitos no tienen otro soporte valorativo, aparte de los criterios morales imperantes en la comunidad<sup>113</sup>. Así las cosas, los autores han reaccionado otorgando reconocimiento explícito a los condicionamientos ético-culturales a nivel de la configuración y conceptualización del bien jurídico.

Desde el punto de vista de las normas constitucionales, la única exigencia que puede deducirse es que las conductas delictivas se orienten a la protección de un interés personal y, además, que el Estado no ejerza la potestad punitiva con el único propósito de salvaguardar un interés moral o ideológico. Mucho más criticable resulta el hecho de elevar -en sede

---

<sup>111</sup> RAGUÉS VALLES, R. (2006). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En SILVA SANCHEZ (Dir.) Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Barcelona, Atelier. p. 108.

<sup>112</sup> MUÑOZ CONDE (2004). Pp. 205-210

<sup>113</sup> RODRIGUEZ (2016). P. 171.

dogmática- la propia moral pública a la condición de bien jurídico autónomo, sin identificar los concretos bienes jurídicos que pueden ser lesionados en los respectivos tipos delictivos, porque tal actitud implica convertir el derecho penal en esta materia en un instrumento ideológico, más propio de la Inquisición que de un Estado pluralista y democrático<sup>114</sup>.

La meta hacia la cual debería encaminarse la política criminal en el campo de los delitos de significación sexual no es la erradicación de todo vestigio moral o ideológico -objetivo que nunca logró concretarse en el ordenamiento de algún país, como hemos visto-, sino al objetivo, mucho más concreto, pero no por eso menos importante, de lograr por ejemplo la eliminación -y, eventualmente, evitar la proliferación- de los denominados delitos sin víctima, es decir, conductas cuyo único sustento sea la salvaguarda de un principio ético, sin que ellas se materialicen en un atentado en contra de una persona concreta. En este mismo contexto, no queda sino esperar que las construcciones dogmáticas se hagan cargo de la inevitable presencia de esta clase de valoraciones, particularmente al momento de delimitar la fisonomía de los bienes jurídicos, ninguno de los cuales, por lo demás, está exento del reparo de una cierta vinculación con parámetros culturales.

### **3.2 Concepto de Peligrosidad y su relación con la prevención de los delitos sexuales.**

Como hemos observado hasta ahora, el delincuente sexual tiene una connotación especial dentro de la sociedad, donde existe un reproche social mayor sobre estos delitos en comparación con otros, por ejemplo, donde sólo existe un perjuicio pecuniario.

La peligrosidad de un sujeto se puede definir en palabras de Enrique Cury como la tendencia a recaer en el delito a causa de características personales hereditarias (tareas biológicas o psíquicas), congénitas (malformaciones biológicas o psíquicas de nacimiento) o adquiridas (defectos de educación, malformaciones medio-ambientales, enfermedades, etc).

Con respecto a la noción de peligrosidad, hay ciertos criterios que permiten uniformar su concepto, a saber:

- La relevancia o significación que tiene el hecho antijurídico que se busca evitar en el futuro.
- La tendencia o probabilidad de cometer ese hecho en el futuro.
- El estado, la cualidad o las características de la persona que se considera peligrosa.

---

<sup>114</sup> MUÑOZ CONDE (2004). PP. 210.

El concepto de peligrosidad ha sido criticado por cierta parte de la doctrina como ocurre con Guzmán Dálbora quien argumenta que, aparte de las dificultades procesales muy grandes que tendría el poder establecer concretamente las propiedades peligrosas de un sujeto en el marco de un juicio penal, está en el hecho de que está abandonado científicamente porque carece de todo contenido, es un lugar común, es un concepto ante-científico.

Así las cosas, es posible concebir una presunción de peligrosidad con respecto al condenado por delitos sexuales, en especial aquellos cometidos contra menores, lo que hace que en Chile como ha ocurrido con otras legislaciones extranjeras, otorguen un tratamiento diferenciado a este respecto.

No es baladí la alusión al concepto de peligrosidad en esta materia, en especial considerando la presunta de reincidencia por parte de los infractores sexuales, en atención a que como coloquialmente se plantea “si lo hizo una vez, puede volver a hacerlo en el futuro”. En este sentido el jurista bávaro, Feuerbach combatió el concepto de peligrosidad, en base a que los delitos que ya perpetró un sujeto no son elementos suficientes para deducir la probabilidad de crímenes futuros en él, así como por el vivo riesgo de que un derecho de seguridad o de policía perfore la legalidad penal y su razón de ser, la salvaguarda de la libertad individual<sup>115</sup>.

Para estos efectos, es importante destacar un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 20 de junio de 2005, Fermín Ramírez contra el Estado de Guatemala. En este caso, de violación con homicidio, el presunto delincuente fue sancionado con pena de muerte en virtud de una figura agravada que contempla el ordenamiento guatemalteco consistente en asesinato, cuando el que asesina muestra propiedades peligrosas en el hecho.

Llevado este asunto ante la Corte Interamericana, esta declaró que la peligrosidad es una categoría incompatible con el principio de legalidad y es propia de un derecho penal de autor, esto es, contrario a un derecho penal democrático.

La Corte Interamericana en el fallo ya mencionado, no hizo sino cumplir los términos del Estatuto, según cuyo tenor “*nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*” y “*toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*” (artículo 5º, párrafo 2). La apreciación de un hombre como peligroso, sea que el calificativo se le aplique francamente, sea bajo eufemismos

---

<sup>115</sup> GUZMÁN DÁLBORA (2011). p. 350.

como “*riesgo social*”, “*compromiso delictivo*” o “*mal pronostico de reinserción*”, se mueve en el sentido exactamente opuesto del que dicta aquella disposición. Esto, aparte de los conocidos reparos que hacen blanco en las teorías de la prevención, una de cuyas contradicciones intrínsecas radica en considerar al hombre como determinado y, sin embargo, exigirle que responda por lo que hace, hasta el punto de someterlo a una pena que, para colmo puede verse agravada por lo que él es o lo que son o cabe esperar que devengan otros a raíz del mal ejemplo, una pretensión toca cotas absurdas en la llamada “*prevención especial positiva*”. Por eso la primera preocupación de un Estado de derecho, si quiere proceder racionalmente en los asuntos penales, ha de ser proporcionar las penas a la gravedad objetiva y subjetiva de los actos delictuosos, no al tenor de conjeturas sobre cómo el autor se condujo antes o se comportará en el porvenir<sup>116</sup>.

El asunto cobra especial relevancia en materia de delitos sexuales, con la creación de las inhabilidades y la sección especial en el Registro General de Condenas, se tiene como base la presunción de reincidencia de los infractores, bajo el argumento de la prevención y bajar los niveles de temor en la población, por lo que es necesario evolucionar hacia otros conceptos que no tengan como objetivo marginar al delincuente sexual por ser tal, sino atendidas las circunstancias particulares de cada caso, de modo de permitir la reinserción del condenado sin estigmatizarlo de por vida, a través de una política criminal como ya se mencionó en acápites anteriores.

## **CAPÍTULO IV: EL REGISTRO DE INHABILIDADES PARA CONDENADOS POR DELITOS SEXUALES.**

### **4.1 Objetivo de los registros para agresores sexuales**

Los Registros sobre delincuencia sexual ya tienen sus antecedentes en países europeos como Alemania (no existe un registro federal pero dos Länder -los de Baviera y Bremen- disponen de ficheros específicos accesibles únicamente a magistrados y a la Policía), Francia (en 2004 se creó el registro judicial automatizado de los autores sexuales o violentos, fichero de naturaleza preventiva como así dictaminó el Consejo constitucional en 2008), y Reino Unido (cuyo registro contiene una base de datos de aquellos a los que la Sexual Offences Act de 2003 obliga a registrarse, así como de aquellos que estuvieron encarcelados más de doce meses por delitos violentos, y personas no condenadas con riesgo de que puedan

---

<sup>116</sup> Ibidem, p. 368-369.



cometerlos). El caso más llamativo corresponde a los Estados Unidos de América, cuyo registro data de la década de los cuarenta del siglo pasado<sup>117</sup>.

La existencia de los registros de condenados por delitos sexuales ya sea en los Estados Unidos (con un carácter, a veces, complementario al de la estigmatización del delincuente) ya sea en España, busca su justificación en razones de seguridad pública, concretada en la prevención en la comisión de nuevos delitos, protegiendo a la sociedad y disuadiendo a los delincuentes.

Llegados a este punto se trata de determinar la naturaleza que tienen estos registros en nuestro país, pudiendo obedecer a razones penales o administrativas, a la estigmatización del delincuente y/o tener un carácter preventivo.

Si entendemos que se trata de un registro de carácter punitivo tendríamos que aplicar los principios propios de tal naturaleza, como la irretroactividad (la obligación de registro afecta a condenas previas a la aprobación de la ley) o la necesidad del proceso (la peligrosidad del inscrito).

Existen estudios al respecto que concluyen que no existe diferencia significativa en las tasas de reincidencia antes y después de la creación del registro. Se mantienen las cifras por la comisión de nuevos delitos sexuales sin que afecte la puesta en marcha de estos registros. Entre estos estudios destacamos el de Adkins en el año 2000 llevado a cabo en el estado de Iowa (EE.UU.) con una muestra de 223 delincuentes sexuales registrados y 201 no registrados, cuyo período de seguimiento fue de 4 años, obteniéndose una tasa de reincidencia para los sujetos registrados del 3%, y para los que no lo estaban del 3,5%<sup>118</sup>. Otros estudios sí concluyen cierta correlación en el descenso de la tasa de reincidencia de este tipo de delincuencia con la implantación de un registro de esta naturaleza<sup>119</sup>, pero que dejan entrever otras posibles causas para la reducción en la reincidencia como por ejemplo la implementación de una política penal más severa.

---

<sup>117</sup> GONZÁLEZ, Javier (2016). El Registro Central de delincuentes sexuales en España. Memoria de Grado en Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad Miguel Hernández. p, 19.

<sup>118</sup> LEVENSON JILL S., D`AMORA DAVID A., HERN ANDREA L., (2007), "*Megan`s Law and its impact on Community Re-Entry for Sex Offenders*". p. 1

<sup>119</sup> Ibidem. p 2.

En definitiva, ni desde el punto de vista de prevención general (comisión de nuevos delitos sexuales) ni desde el de prevención especial (reincidencia sexual) tienen la efectividad que se pensaba.

Por lo demás, respecto a la publicidad de los antecedentes penales, no se trataría de una buena estrategia para combatir el delito por su carácter aflictivo y que supondrían, como ya hemos visto, una pena más a acumular por el inscrito, con las consecuencias que entraña de legitimidad constitucional y que resultan inherentes al denominado derecho penal de la peligrosidad.

La exhibición de las condenas como instrumento para incrementar la seguridad pública no es la mejor opción. Queda constatado que las mismas constituyen en el inscrito, problemas de reinserción social con lo que estaríamos consiguiendo justamente el efecto opuesto al pretendido<sup>120</sup>.

A este respecto se ha señalado por la doctrina que estas medidas tendrían un carácter de pena infamante, como lo menciona Guzmán Dálbora, identificándolas como aquellas que consisten en la ignominia o humillación pública del culpable, y la infamia por causa de delito, la que importa un menoscabo más o menos extenso de su capacidad jurídica y un cercenamiento de sus posibilidades de relación social, las que a partir del siglo XVIII comienzan a dejar de aplicarse hasta desaparecer, ya que en el siglo siguiente se moderan considerablemente como consecuencia de tomarse conciencia de su condición aberrante y contraria a la dignidad humana.

De este modo la aplicación del “registro de pedófilos” abierto a la comunidad y no restringido a las autoridades, genera una macula infamante como señala el propio Guzmán Dálbora, que no hace más que añadir peso extra a la condena, engendrando una marca indeleble en el condenado, que por más que se guíe rectamente una vez cumplida la condena privativa de libertad, seguirá siendo estigmatizado y expuesto a la condena social por un tiempo indefinido, con las nefastas consecuencias que ello conlleva en su entorno.

#### **4.2 Registro de inhabilitaciones de la Ley 20.594**

Antes de entrar de analizar el actual Registro de inhabilitaciones es necesario dar una mirada al Registro General de Condenas, su origen y funciones. El 18 de octubre de 1925 el Decreto Ley N° 645, creó el Registro General de Condenas. En sus inicios, era un registro

---

<sup>120</sup> GÓNZALEZ (2016). p. 9.

dependiente de la Inspección de Identificación de Santiago<sup>121</sup>, organismo que con posterioridad se fusionó con el Servicio de Registro Civil, y originó el actual Servicio de Registro Civil e Identificación<sup>122</sup>. 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 Identificación<sup>123</sup>. 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 total<sup>124</sup>. Así, el Registro General de Condenas está constituido por los prontuarios penales de las personas involucradas en hechos delictivos<sup>125</sup>, esto es la filiación penal y el registro de las causas por las cuales la persona está siendo procesada o condenada<sup>126</sup>.

En el caso del "Registro de Pedófilos" como ya se ha mencionado este nace a partir de la promulgación de la ley 20.594, la que crea la ya referida sección especial en el Registro General de Condenas con el objeto de otorgar una herramienta a la comunidad, en particular a las instituciones que trabajan con menores de edad, a fin de mantener un registro actualizados de aquellas personas que se encuentran inhabilitadas para trabajar con menores de edad por haber sido condenados por delitos de carácter sexual contra menores.

En términos prácticos para poder acceder al registro este se realiza a través de [www.registrocivil.cl](http://www.registrocivil.cl) en el ítem "Servicios en Línea", el usuario debe seleccionar "Consultas de Registros en línea", y luego "Inhabilidades para trabajar con menores". Pero a su vez, la consulta se puede realizar en las páginas Web del Sename, Servicio Médico Legal, Gendarmería de Chile, Defensoría Penal Pública y la Corporación de Asistencia Judicial, además del Ministerio de Justicia. En la página se debe ingresar para persona natural, el número de RUT de ésta y el nombre y número de RUT de la persona consultada. Para persona jurídica, el sistema solicita que sea el representante legal quien consulte indicando su RUT, la razón social y el RUT de la persona jurídica a la cual representa, además del número de RUT de la persona consultada.

---

<sup>121</sup> DECRETO LEY N° 645, art.1.

<sup>122</sup> DECRETO LEY N° 51 de febrero de 1943.

<sup>123</sup> LEY N°477, art. 4 N° 1.

<sup>124</sup> DECRETO LEY N° 645, art. 3.

<sup>125</sup> Ibidem, art. 1.

<sup>126</sup> ZUÑIGA SAN MARTÍN, Ana María. 1991. Legislación sobre omisión y eliminación de antecedentes penales. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. p.10.

Por lo tanto, el acceso es muy sencillo y permite a cualquier persona o entidad saber si una determinada sujeto fue condenado o no por un delito de carácter sexual. En junio de 2012, cuando partió la nómina, esta tenía 31 personas. Y al 6 de febrero de este año ya eran 6.308 los imposibilitados, de los cuales 99% son hombres. Según las estadísticas, desde que se puso a disposición la herramienta -a través de la página web del Registro Civil- ha habido cerca de 3,5 millones de consultas, y solo el año pasado hubo más de un millón de revisión de antecedentes<sup>127</sup>. Con estas cifras podemos señalar que el registro ha tenido una buena acogida por la comunidad y que la consulta de este va en aumento.

#### **4.3 Registro de agresores sexuales en el Derecho Comparado<sup>128</sup>.**

Los sistemas de registro destinados a individualizar y localizar geográficamente a determinado tipo de delincuentes, en razón de su peligrosidad o del especial impacto social del que gozan sus actos, tienen su origen en Estados Unidos.

El propósito de tales registros ha sido incentivar la protección de los menores de edad y de la sociedad en general, alertando a la comunidad del riesgo de reincidencia que estos criminales tienen luego de su liberación. De este modo, se espera prevenir futuros delitos de connotación sexual.

Actualmente, no todos los países que establecen un registro lo regulan de la misma manera. En Estados Unidos la información del registro es pública y de libre acceso para los particulares. Incluso más, usando de base la información oficial, cualquier persona se encuentra autorizada para crear un sitio web que permita se amplia difusión. Por el contrario, en Inglaterra, así como en Canadá, las bases de datos sólo están abiertas a los funcionarios policiales y otros servicios públicos, y no permiten el libre acceso a los privados.

En las siguientes páginas haremos un análisis del Derecho Comparado, con especial énfasis en el caso de Estados Unidos, por el carácter pionero e inspirador para los diversos ordenamientos jurídicos alrededor del globo de los registros de agresores sexuales y a su vez del caso de España, por sus claras similitudes con el “Registro de Pedófilos” en Chile, tanto por los objetivos del Registro español, como por el hecho de ser contemporáneos.

---

<sup>127</sup> <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=444400>

<sup>128</sup> Información recabada desde el Informe de Comisión de Seguridad Ciudadana, con fecha 11 de agosto de 2010, en sesión 64. Legislatura 358.

## **a) Estados Unidos**

### **i) Evolución legislativa del sistema de registro de los ofensores sexuales**

El sistema registral de antecedentes penales de Estados Unidos es de larga data, evolucionando no solo como una reacción a un problema en particular, sino que a la luz de distintos cambios sociales y legislativos<sup>129</sup>.

En sus orígenes, el registro de antecedentes penales en Estados Unidos se sitúa a comienzos de siglo XIX, en donde cada estado se encargaba, de forma autónoma, de recolectar esta información<sup>130</sup>.

Desde 1947, California cuenta con una ley de registro para ofensores sexuales condenados, para ser aplicada en todo el estado. Sin embargo, entre ese año y 1989, sólo doce estados habían adoptado leyes de registro. A partir de 1990 la política pública cambia radicalmente, así el estado de Washington promulgó la primera ley de registro y notificación a la comunidad (Community Protection Act of 1990), permitiendo la difusión de la información identificatoria de los registrados a las comunidades en las que estos viven.

Una de las leyes que más repercusión ha tenido es la Ley de Megan o Megan's Law de 1994, de Nueva Jersey, basada en la creencia que los ofensores sexuales tienen un nivel de reincidencia mayor que otro tipo de delincuentes. Ese mismo año el Congreso adopta la primera ley de registro a nivel federal, denominada la Ley Jacob Wetterling de Crímenes Violentos en Contra de Niños y Registro de Ofensores Sexuales Violentos (Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act), que exigió a los estados crear registros de los delincuentes condenados por ofensas sexuales violentas o crímenes contra menores de edad, y establece requisitos más estrictos a los delincuentes de mayor peligrosidad. Además, la Ley Wetterling permitió la notificación a la comunidad del contenido del registro.

### **ii) Clasificación de los ofensores sexuales a nivel federal y estatal.**

La clasificación de los ofensores sexuales en EE.UU. depende de la legislación aplicable, esto es, federal o estatal, pues cada una indica diversos criterios de registro y publicidad. A lo

---

<sup>129</sup> ROBINSON, Louis N. (1991). History and organization of criminal statistics in the United States. Houghton Company Mifflin.

<sup>130</sup> DEFLEM, Mathieu. (1997). Surveillance and criminal statistics: Historical foundations of governmentality. Studies in law politics and society, vol. 17, p. 162.

menos quince estados aplican un enfoque basado en el ofensor (offender-based), mientras que a nivel federal se utiliza uno basado en el delito (offense-based).

La AWA (Ley Adam Walsh de Protección y Seguridad Infantil), que establece las condiciones de registro federal, utiliza un enfoque basado en el delito cometido, esto es, a mayor gravedad del delito que dio pie a la condena, el condenado deberá permanecer en el registro durante un mayor tiempo y cumpliendo exigencias más estrictas. Además, todos quienes se encuentren en el registro están sujetos a la notificación de su situación a la comunidad a través de los medios de publicidad que ésta indica (a través de Internet, como mínimo). El registro federal establecido por la AWA distingue tres niveles: El Nivel III constituye la clasificación más grave de un ofensor sexual.

A su vez en muchos estados, como Massachusetts, se utiliza un enfoque basado en el ofensor, el que refleja las evaluaciones individuales de riesgo o del nivel de peligrosidad actual, en los cuales se fundamentan los grados de publicidad o notificación a la comunidad que tiene cada condenado.

### **iii) Bases de datos y acceso al registro de ofensores sexuales.**

En la mayoría de los estados existe un registro central a cargo de la agencia de justicia criminal estatal (por ejemplo, la Policía o el Departamento de Seguridad Pública). Por su parte, existen registros estatales que, como parte del programa de notificación a la comunidad, están disponibles para la ciudadanía a través de números telefónicos gratuitos, líneas de acceso en teléfonos públicos e Internet.

Con el fin de centralizar la información, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, ha implementado una página web que permite acceder a un registro nacional de ofensores sexuales. Este sitio web es una herramienta de búsqueda que le permite al usuario consultar información sobre delincuentes sexuales a través de una serie de opciones de búsqueda: por nombre, por jurisdicción, por código postal, por condado (si la jurisdicción proporciona esta información), por ciudad/pueblo (si la jurisdicción proporciona esta información) o a nivel nacional.

#### iv) Críticas a las leyes sobre delincuentes sexuales<sup>131</sup>.

El sistema Norteamericano en cuanto a la legislación sobre agresores sexuales, si bien ha sido pionero en cuanto a materias de registro y restricciones, no ha estado exento de críticas. Con el correr de los años y en vista de su efectividad se ha estimado que genera más daño que beneficio.

Así es como a partir de un informe elaborado por la **ONG Human Rights Watch**, titulado **“No Easy Answers: Sex Offender Laws in the United States”** (“No hay respuestas fáciles: Leyes sobre delincuentes sexuales en los Estados Unidos”)<sup>132</sup> señala que las leyes relacionadas a individuos sentenciados por delitos sexuales podrían no proteger a los menores de estos crímenes, pero sí conducir a acoso, aislamiento e incluso violencia contra ex delincuentes.

Este informe es el primer estudio exhaustivo de las políticas estadounidenses relativas a agresores sexuales, su impacto en la seguridad pública, así como su efecto en los ex delincuentes y sus familias. Durante los dos años de investigación para este informe, investigadores de Human Rights Watch realizaron más de 200 entrevistas a víctimas de violencia sexual y a sus familiares, ex delincuentes, funcionarios de procuración de justicia y gobierno, proveedores de tratamiento, investigadores y defensores de la seguridad infantil.

Human Rights Watch en su informe de 146 páginas exhorta a que se reformen las leyes estatales y federales sobre el registro y la notificación a la comunidad, como también a que se eliminen las restricciones al lugar de residencia, ya que tales disposiciones violan los derechos básicos de ex delincuentes.

Jamie Fellner, directora del Programa de Estados Unidos de Human Rights Watch. Ha señalado que “las leyes actuales fueron mal concebidas y pobremente diseñadas. Proteger a la niñez requiere de un enfoque más minucioso e integral del que los políticos han estado dispuestos a apoyar”. A su vez Sara Tofte investigadora del mismo programa ha dicho que “Los políticos no hicieron bien su tarea antes de promulgar estas leyes sobre delincuentes

---

<sup>131</sup> En base al artículo de HUMAN RIGHTS WATCH (2011) EE. UU.: Leyes sobre delincuentes sexuales pueden provocar más daños que beneficios. Se deben eliminar registros de delincuentes juveniles, restricciones al lugar de residencia y registros en línea. Véase en <https://www.hrw.org/es/news/2007/09/11/eeuu-leyes-sobre-delincuentes-sexuales-pueden-provocar-mas-danos-que-beneficios>

<sup>132</sup> HUMAN RIGHTS WATCH (2007). “*United States. No easy answers. Sex offender laws in the US*”. [https://www.hrw.org/reports/2007/us0907/1.htm#\\_Toc176672548](https://www.hrw.org/reports/2007/us0907/1.htm#_Toc176672548).

sexuales”, “Por el contrario, han perpetuado mitos acerca de los ofensores sexuales y no han encarado las complejas realidades de la violencia sexual contra menores”.

Las principales críticas a las leyes a las leyes sobre delincuentes sexuales apuntan a que:

- En muchos estados, el registro incluye a cualquier persona convicta por un delito sexual, lo que puede abarcar desde la violación infantil hasta las relaciones sexuales de mutuo acuerdo entre adolescentes, independientemente de la amenaza potencial que puedan representar para menores en el futuro.
- El acceso ilimitado al público, por medio de Internet, a registros de delincuentes sexuales sin las restricciones pertinentes expone a previos ofensores al riesgo de que otras personas actúen con base en esta información de manera irresponsable e incluso ilegal. Existen pocas evidencias de que esta forma de notificación a la comunidad prevenga la violencia sexual.
- Las restricciones al lugar de residencia hacen que ex delincuentes desaparezcan de pueblos y ciudades, obligándolos a vivir lejos de sus hogares, familias, empleos y tratamiento, e impidiendo que las autoridades de procuración de justicia los supervisen. Tales restricciones resultan contraproducentes para la seguridad pública y dañinas para ex agresores.
- Asimismo, las leyes reflejan la común pero errónea creencia de que “un delincuente sexual siempre será delincuente sexual”. Estudios confiables indican que tres de cada cuatro ofensores adultos no reinciden. Adicionalmente, el tratamiento puede ser efectivo incluso para aquéllos que han cometido crímenes sexuales graves.
- Las leyes norteamericanas no se hacen cargo de las propias estadísticas gubernamentales que indican que la mayor parte del abuso sexual infantil es cometido por miembros de la familia o figuras de autoridad que gozan de confianza, y por una persona que previamente no había sido condenada por un delito sexual.

En definitiva, si bien las leyes sobre delincuentes sexuales reflejan la preocupación pública de que menores de edad se encuentren en grave riesgo de sufrir abuso sexual por parte de extraños que son ofensores reincidentes, no obstante, tal como el informe lo documenta, no se hace cargo de los reales riesgos que los menores enfrentan, los cuales son muy diferentes de los abordados por la legislación en su conjunto.



## **v) Políticas de registro**

Actualmente, la ley federal y las leyes de los 50 estados exigen que adultos, y algunos jóvenes convictos por una amplia gama de delitos relacionados con la conducta sexual, registren sus direcciones y otros datos en las agencias de procuración de justicia. Dado que los requisitos para registro son excesivamente amplios en su alcance y de larga duración, hay más de 600,000 ofensores sexuales registrados en Estados Unidos, incluyendo a individuos sentenciados por crímenes no violentos tales como relaciones sexuales de mutuo acuerdo entre adolescentes, prostitución y orinar en la vía pública, así como sujetos que cometieron sus únicas ofensas décadas atrás. En este sentido la directora del Programa de Estados Unidos Jamie Fellner ha sostenido que “El público cree que todas las personas que figuran en el registro de delincuentes sexuales son peligrosas, pero ¿cuál es el sentido de exigir que se registre un adolescente que expuso sus partes privadas durante una broma en el bachillerato o incluso alguien que abusó sexualmente de un menor hace 30 años?”

La mayoría de los estados no realizan evaluaciones de riesgo individualizadas antes de exigir el registro. Tampoco ofrecen a ex delincuentes una manera de dejar el registro al demostrar su rehabilitación o años de conducta legal.

En el informe “No hay respuestas fáciles” elaborado por Human Rights Watch, se determinó que existe poca justificación para registrar a delincuentes juveniles, incluso a aquéllos que han cometido delitos graves. Es probable que la mayoría supere dicha conducta, en particular, si se le brinda tratamiento. Las tasas de reincidencia entre delincuentes juveniles son sumamente bajas y pocos agresores adultos cometieron crímenes sexuales en su juventud. Se recomienda en el mismo informe que los requisitos para registro se limiten a personas que se considere que presentan un riesgo real de cometer otro delito sexual grave.

## **vi) Registros en línea**

Debido a las leyes sobre notificación a la comunidad, actualmente todos los estados cuentan con registros de delincuentes sexuales accesibles al público a través de Internet. Estos registros proporcionan los antecedentes penales, fotografía y dirección actual de ex delincuentes, y a menudo otros datos tales como el número de placas de sus vehículos.

Las leyes no limitan la información de los registros en línea: toda persona que tenga acceso a Internet puede averiguar quién está registrado en cualquier parte del país. Las consecuencias para quienes figuran en los registros son devastadoras. Su privacidad es destrozada. Muchos de ellos no pueden obtener o mantener sus empleos ni encontrar una

vivienda asequible. Sus hijos e hijas han sufrido hostigamiento en la escuela; e incluso sus cónyuges han sido obligados a dejar sus trabajos. Ex delincuentes que aparecen en los registros en línea han sido acosados hasta abandonar sus hogares; se les ha lanzado piedras por las ventanas y se les ha dejado excremento en las puertas de sus casas. Se les ha golpeado, quemado y apuñalado y sus hogares han sido incendiados. Por lo menos cuatro de los registrados fueron asesinados por extraños que encontraron sus nombres y direcciones a través de los registros en línea. Otros han sido orillados al suicidio.

Human Rights Watch reconoce el deseo de madres y padres de saber si al lado de su casa viven delincuentes peligrosos. Sin embargo, una notificación a la comunidad que fuera cuidadosamente diseñada y proporcionada en forma directa por agentes de procuración de justicia les brindaría la información necesaria mientras se minimizan los daños ex delincuentes.

#### **vii) Restricciones al lugar de residencia**

Un creciente número de estados y municipios también ha prohibido a los delincuentes registrados vivir dentro de límites determinados (típicamente entre 152 y 762 metros) de los lugares donde se reúnen menores; tales como escuelas, zonas de recreo y guarderías. Muchas de estas restricciones se aplican incluso a ofensores que no fueron declarados culpables de abuso infantil. En lo que concierne a delincuentes que sí victimizaron a niñas o niños, los datos disponibles sugieren que prohibirles vivir cerca de cualquier lugar donde existan menores no reduce la probabilidad de que vuelvan a cometer abusos. Muchos agentes de procuración de justicia y proveedores de tratamiento a delincuentes sexuales subrayan la importancia de estabilidad y apoyo para reducir la reincidencia. Asimismo, critican las restricciones al lugar de residencia por considerarlas contraproducentes, ya que aíslan y empujan a la clandestinidad a individuos que podrían necesitar de contacto con su familia, tratamiento y supervisión. Las actuales leyes sobre libertad condicional y libertad vigilada permiten que se apliquen restricciones y condiciones individualizadas a ex delincuentes cuando ello sea pertinente.

#### **viii) La Ley Adam Walsh**

La Ley Federal de Protección y Seguridad de Menores Adam Walsh, aprobada en 2006, agrava los problemas con las leyes estatales sobre delincuentes sexuales. Esta ley obliga a los estados ya sea a incrementar sustancialmente el alcance y la duración del registro y las restricciones a la notificación a la comunidad – incluso exigiéndoles a los estados registrar a jóvenes que apenas tienen 14 años – o perder una parte de los fondos federales para

procuración de justicia. El cumplimiento de la Ley Adam Walsh impide que los estados adopten políticas de registro y notificación a la comunidad calibradas con mayor cuidado y más eficientes en materia de costos.

### **ix) Recomendaciones del informe de Human Rights Watch**

En el informe “No hay respuestas fáciles”, Human Rights Watch plantea una serie de recomendaciones para los gobiernos estatales:

- Rechazar cambiar las leyes sobre registro y notificación a la comunidad para cumplir los requisitos de la Ley Adam Walsh;
- Eliminar las leyes sobre restricciones al lugar de residencia;
- Limitar los requisitos para registro a aquellas personas que fueron sentenciadas por crímenes graves, y quienes tras ser evaluadas individualmente se ha determinado que presentan un riesgo significativo de reincidir en los abusos; y,
- Prevenir la difusión ilimitada de información eliminando los registros públicos en línea. La notificación a la comunidad debe ser emprendida sólo por agentes de procuración de justicia y únicamente en los casos de personas registradas que representen un riesgo sustancial de reincidencia.

“Toda persona tiene el derecho a una vida libre de violencia sexual”, dijo la directora del programa Tofte, quien añadió además que “Los estados deben diseñar leyes que protejan este derecho en forma justa y sensata”.

### **b) Reino Unido**

#### **i. Legislación relativa al registro de ofensores sexuales.**

La obligación de registro fue impuesta originalmente por la Ley de Ofensores Sexuales (Sex Offenders Act - SOFA) de 1997. En el año 2000, la SOFA fue modificada por la Ley de Justicia Criminal y del Servicio de Tribunales (Criminal Justice and Court Services Act), estableciendo la obligación de los condenados por delitos sexuales de notificar a la policía respecto de cualquier intento de viajar fuera del Reino Unido. Posteriormente, en el año 2003, la Ley de Delitos Sexuales (Sexual Offenses Act) derogó la SOFA y reemplazó todas sus disposiciones, endureciendo los requerimientos registrales recaídos sobre los ofensores sexuales.

## **ii. Clasificación de los ofensores sexuales.**

Al igual que en los Estados Unidos, el registro de ofensores sexuales los clasifica en tres niveles.

- En el Nivel 1 se encuentran los delincuentes sexuales registrados.
- El Nivel 2 incluye a los delincuentes violentos, así como los condenados por un delito sexual que no exige el registro pero que supone una pena superior a 12 meses de prisión.
- En el Nivel 3 se incluyen a los delincuentes, condenados o no, respecto de quienes la policía y los agentes encargados de su libertad condicional consideren que presentan un riesgo grave de daño al público.

## **iii. Requerimientos de registro.**

Los ofensores deben registrarse con la policía, en forma personal, dentro de las 72 horas desde que han sido condenados o liberados bajo fianza, indicando, nombre y apellido, fecha de nacimiento, domicilio, número de seguro social. La base de datos del registro contiene, además: fotografías, factor de riesgo de cada ofensor, modus operandi, y una muestra auditiva.

Por su parte, la policía puede solicitar que cualquier condenado por un delito de carácter sexual sea ingresado en el registro.

## **iv. Bases de datos y acceso al registro.**

El Registro de Ofensores Violentos y Sexuales (Violent and Sex Offender Register, Visor), constituye una base de datos a la que sólo pueden acceder miembros de la Policía y algunos funcionarios del Servicio de Libertad Condicional.

## **c) Canadá**

### **i. Legislación relativa al registro de ofensores sexuales.**

La Ley de Registro de la Información de los Ofensores Sexuales (Sex Offender Information Registration Act - SOIRA) crea un sistema nacional de registro destinado a mejorar la seguridad pública al ayudar a la policía a identificar a los posibles sospechosos que pudieren encontrarse cerca del lugar del delito.

## ii. Clasificación de los ofensores sexuales.

La SOIRA no contempla una clasificación de los delincuentes sexuales de acuerdo a su peligrosidad, pero si establece tres plazos distintos de registro según el delito cometido.

## iii. Requerimientos de registro.

Dentro del plazo de 15 días desde que debe hacerse efectiva la obligación de registro (o 15 días desde el cambio de nombre o domicilio, y una vez al año para efectos de actualizar la información), el ofensor sexual deberá entregar a un centro de registro su nombre, apellido y alias, fecha de nacimiento y sexo, dirección; números de teléfono de su residencia y de su lugar de trabajo, datos de altura, peso y una descripción de toda marca física identificatoria (por ejemplo, tatuajes, cicatrices). Además, el registro deberá contener los datos del o los delitos sexuales por los que ha sido condenado.

## iv. Bases de datos y acceso al registro.

El Registro Nacional de Ofensores Sexuales de Canadá (National Sex Offender Registry - NSOR), de 15 de diciembre de 2004, permite la identificación de todos los delincuentes sexuales registrados que viven dentro de un área geográfica en particular. El público no tiene acceso al registro, pues sólo puede proveer de información a las agencias policiales canadienses.

### d) España

El Registro Central de Delincuentes sexuales se regula en España por el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre como instrumento para dar respuesta a la problemática suscitada en torno a la protección de los intereses de los menores<sup>133</sup>.

En particular, el **Registro Central de Delincuentes Sexuales** español, al momento de su discusión y posterior aprobación, se establecieron criterios muy similares a nuestra ley 20.594. En este sentido, el "Registro", se constituye como un medio de prevención y protección de los menores frente a la delincuencia de naturaleza sexual. A su vez, la mencionada prevención y protección se materializa en la necesidad de disponer de un certificado negativo de antecedentes de índole sexual a aquellas personas que pretendan acceder y ejercer profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores de edad, y en

---

<sup>133</sup> VENDRELL ALFONSO, Joana (2016). Análisis del Registro Central de Delincuentes Sexuales. Cuestiones de Interés Jurídico, p. 2.

facilitar la investigación e identificación de los autores de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, así como de trata de seres humanos con fines de explotación sexual<sup>134</sup>.

El acceso a dicha información es de acceso directo para los Jueces y Tribunales, Ministerio Fiscal y policía judicial, en el ámbito de sus respectivas competencias; y en todo caso, el acceso deberá estar vinculado a las finalidades y objetivos perseguidos por el Registro. Por otra parte, se permite la obtención de los datos inscritos, incluso sin necesidad de contar con el consentimiento del interesado, en el caso de los órganos judiciales o de que la certificación sea recabada por las entidades públicas de protección de menores competentes territorialmente. Habiendo en todo momento constancia de la identidad de las personas que accedan a dicho Registro y de los datos consultados. Asimismo, la Administración General del Estado colaborará con las autoridades competentes de los Estados miembros de la Unión Europea, para facilitar el intercambio de información en este ámbito.

El Registro de Delincuentes sexuales cuenta con un régimen de cancelación previsto en función de la edad de la víctima y del condenado, coincidiendo en su generalidad, con la temporalidad de los antecedentes penales. En los casos en que la víctima es menor de edad, se amplía su duración hasta 30 años. Si el condenado fuera el menor, se estará al plazo de cancelación de antecedentes<sup>135</sup>.

Por otra parte, se requiere hacer especial hincapié a la incorporación al Registro Central de los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN). En este caso el Ministerio de Justicia habilita a los funcionarios autorizados encargados de la " Base de Datos Nacional de ADN" del Ministerio de Interior para que puedan incorporar el código identificador del perfil genético y cancelar dichos datos en el momento oportuno, atendiendo en todo caso a la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

La inscripción en el Registro puede llevar aparejada una restricción del derecho al trabajo o de otras libertades, cuando las mismas impliquen un trato directo con menores de edad. En este sentido, se han introducido modificaciones algunas leyes: La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y en la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de voluntariado.

---

<sup>134</sup> GONZÁLEZ (2016) p, 4.

<sup>135</sup> Diferencia con el registro de condenas por delitos sexuales en Chile, el cual es perpetuo e indeleble.

En el artículo 13.4 de la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se establece que: “aquellos que pretendan el acceso y ejercicio a profesiones, oficios y actividades que impliquen el contacto habitual con menores deberán acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales. El certificado de desempeño de estos oficios es un certificado gratuito expedido preferentemente por medios electrónicos”. Un ejemplo similar se encuentra en la Ley de voluntariado en el que se exigirá como requisito para tener la condición de voluntario en entidades o programas cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con menores el certificado negativo de dicho registro. Para finalizar es importante señalar que el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre no constituye la inscripción como una pena, sino como una medida de protección de la infancia y adolescencia y no se opone a los principios de proporcionalidad, necesidad o reinserción pues no impide que los antecedentes penales sean cancelados en el plazo establecido legalmente, sin que dichas inscripciones sean consideradas a efectos de reincidencia. Sin embargo, se menciona en el preámbulo de la misma ley, que se tratará de evitar la estigmatización en el caso de los menores de edad que estén inscritos en el Registro disponiendo el plazo de cancelación al plazo de los antecedentes penales<sup>136</sup>.

El Registro sobre Delincuentes Sexuales responde a una necesidad social agravada por los casos de agresiones y abusos sexuales con gran repercusión en los medios de comunicación de España<sup>137</sup>, y en virtud de la ratificación del Convenio relativo a la Protección de los Niños contra la explotación y abuso sexual, de 25 de octubre de 2007, y a la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo<sup>138</sup>.

#### **i. Objetivos que perseguidos por el Registro Central de Delincuentes Sexuales**

- a. Contribuir a la prevención y protección de los menores frente a la delincuencia de naturaleza sexual.
- b. Facilitar la investigación y persecución de los delitos de naturaleza sexual.

---

<sup>136</sup> VENDRELL (2016). p, 3.

<sup>137</sup> Situación similar a la que se dio en Chile, con medios de prensa que daban gran cobertura a los delitos sexuales y marcando cierta pauta para los legisladores.

<sup>138</sup> GONZÁLEZ (2016).

c. Establecer mecanismos eficaces de cooperación en la lucha contra este tipo de delitos con autoridades judiciales y policiales de otros países.

d. Incorporar al ordenamiento español la normativa supranacional de protección de la infancia y la adolescencia contra la explotación y el abuso sexual y la lucha contra la trata de seres humanos.

## **ii. Delitos contemplados en el Registro Central de Delincuentes Sexuales**

El Registro central agrupa los siguientes delitos sancionados por el Código Penal Español: Trata de seres humanos (artículo 177 bis); Agresión sexual (artículos 178-180); Abuso sexual (artículos 181-183); Acoso sexual (artículo 184); Exhibicionismo y provocación sexual (artículo 185); Prostitución y explotación sexual y corrupción de menores (artículos 187 y 188); Pornografía infantil (artículo 189).

Las dudas que generalmente se plantean sobre el Real Decreto parten de no incluir determinados tipos penales a los que no se ha hecho referencia directa: Child grooming o internet grooming (artículo 183 ter) y Venta, difusión o exhibición de material pornográfico entre menores de edad o personas con discapacidad (artículo 186)<sup>139</sup>.

## **iii. Consecuencias del Registro Central de Delincuentes Sexuales**

La naturaleza del Registro Central de Delincuentes Sexuales en España tiene un marcado carácter administrativo de apoyo a la Administración de Justicia constituyendo un sistema de información único y de carácter no público, sirviendo de apoyo a la actividad de los órganos judiciales y policiales, en contraposición del carácter punitivo observado en los registros de algunos estados de los Estados Unidos donde este sistema se constituye en una sanción complementaria a la pena privativa de libertad con el fin de estigmatizar al delincuente sexual<sup>140</sup>.

Se trata además de un mecanismo de prevención que permite conocer, entre otras finalidades, si quienes pretenden el acceso y ejercicio de profesiones, oficios y actividades que

---

<sup>139</sup> Llama la atención que en la tramitación de la Ley 20.594 se haya dado la discusión al respecto, sobre estos nuevos delitos que van aparejados con las tendencias actuales y en particular el uso del Internet y que finalmente fueron incluidos y regulados por la misma ley, con varios años de antelación que en el caso español.

<sup>140</sup> González (2016). p, 50.



impliquen el contacto habitual con menores, carecen o no de condenas penales por la naturaleza de los delitos a los que se ha referido<sup>141</sup>.

En comparativa con otros Estados y especialmente Estados Unidos, en España la regulación que se ha efectuado del Registro Central de Delincuentes Sexuales es mucho menos invasiva, sobre todo por su carácter privado. A diferencia de la legislación estadounidense, la codificación penal en España se articula en base al principio de rehabilitación, lo cual confirma la voluntad de mantener esta confidencialidad en los antecedentes penales. Así mismo, la protección del derecho al honor, intimidad, privacidad y dignidad es mucho más sólida en el país europeo<sup>142</sup>.

## **CAPÍTULO V: REINSERCIÓN SOCIAL DEL OFENSOR SEXUAL**

### **5.1 Conceptos generales sobre la reinserción social del agresor sexual**

Un tema relevante a hora de estudiar los delitos sexuales y sus consecuencias, en particular sobre aquellos cometidos contra menores, es determinar si es posible lograr la reinserción social del agresor sexual. A diferencia de otros delitos, donde existen conductas que, mediante el aprendizaje de un oficio, la entrega de herramientas durante el período de condena del delincuente o los programas de reinserción a los cuales se puede acceder, se logra bajar los niveles de reincidencia y socializar al exconvicto, quien puede obtener un empleo y continuar con su vida más allá del reproche social sufrido por el delito cometido.

Con el agresor sexual la situación es diferente, existe una tendencia generalizada a pensar que el sujeto que ha cometido un delito sexual muy probablemente vuelva a cometer algún delito similar. De ahí entonces, que el camino hacia la reinserción del condenado comience cuesta arriba.

Por lo demás el hecho de existir actualmente inhabilidades de carácter absoluto temporal o perpetuas para ejercer oficios o profesiones relacionadas con menores de edad y además de la sección especial del registro general de condenas o registro de pedófilos como se ha conocido socialmente, reduce notablemente las posibilidades de reinsertar a un condenado por delitos sexuales a la vida social y laboral.

---

<sup>141</sup> No deja de ser llamativo que uno de los problemas más generalizados de los registros tanto en el derecho comparado como en Chile, sea la reinserción laboral de quienes han sido condenados por delitos sexuales.

<sup>142</sup> VENDRELL (2016) p, 8.

Así lo mencionaba José Luis Guzmán Dálbora dentro de las intervenciones que recibió la Comisión de Constitución al momento de discutir la Ley 20.594. Señalando que las penas de inhabilitación -las cuales enmarca dentro de las llamadas penas infamantes- inciden en la capacidad jurídica del condenado y lo afectan en su honor jurídico, es decir en la suma de posibilidades, relaciones y titularidades de que disfruta socialmente. Explicó que este tipo de penas, en cuanto a la capacidad de una persona, define su estatus y articula su condición de sujeto de derecho, comportan serios peligros de no ser manejadas con mesura, previéndose siempre tras ellas la posibilidad del aniquilamiento de la personalidad o la muerte civil del condenado<sup>143</sup>.

Señaló, asimismo, que la elevación de la pena establecida en el artículo 372 a absoluta perpetua, contradecía la cultura jurídica del país y se encontraba prohibida por las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, la que en su artículo 5° número 3, disponía que la pena no podía trascender de la persona del delincuente en circunstancias que, ciertamente, las interdicciones envuelven el riesgo de un linchamiento social y consiguiente ruina de la familia del penado, y en su número 6, que declara como finalidad esencial de las penas privativas de libertad, la reforma y reinserción social del delincuente, finalidad imposible de alcanzar si los condenados deben cargar toda la vida, incluso en libertad, con inhabilidades que impiden su reinserción. Además de lo anterior, señaló el carácter indivisible de la pena perpetua impide proporcionarla a la gravedad del delito, con la consiguiente pérdida de racionalidad y deshumanización de la justicia penal<sup>144</sup>.

Así también, Guzmán Dálbora, con respecto a la consulta acerca de si las personas autoras de graves ataques sexuales contra menores, podrían rehabilitarse por la vía de los tratamientos que recibieran con tal fin, señaló las diferencias criminológicas de las distintas figuras atentatorias de la libertad sexual, impedían una generalización a su respecto, por cuanto el perfil de un violador no coincidía con el de un abusador sexual y menor aún con el de que difunde o almacena pornografía de menores, pero que, en todo caso, quienes incurrieran en graves abusos sexuales presentaban trastornos en el impulso sexual, que, desde el punto de vista médico, resultaban de muy difícil, sino imposible, tratamiento. No obstante, lo cual, no era posible afirmar con total certeza que tales sujetos cuya desviación no fuera posible corregir por medio de tratamientos, volverían a comportarse en igual forma<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> Historia de Ley N° 20.594, p. 26-27.

<sup>144</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>145</sup> Historia de la Ley N° 20.594, p. 28.

En la discusión del mismo proyecto otra de las intervenciones vino de la mano de don Francisco Maldonado Fuentes, quien a su respecto señala en relación a la extensión de la inhabilitación a perpetuidad, podía constituir una señal pero que no tendría utilidad práctica alguna, por cuanto toda persona sancionada actualmente con la inhabilitación temporal hasta por diez años, necesariamente, si requiere encontrar trabajo, deberá redefinir su vida laboral, ya que en el caso de querer continuar en el mismo rubro, se verá obligada a explicar por qué en su curriculum no figuran antecedentes vinculados a actividades con menores<sup>146</sup>.

De este modo como bien señala Maldonado, quien ha cometido un delito, debe reinventarse laboralmente, lo cual puede tener un costo muy alto, considerando por ejemplo el tiempo y recursos invertidos para poder obtener un título profesional o perfeccionamiento en un área en la cual no podrá ejercer jamás en el futuro sin contravenir la prohibición.

Maldonado continua con su línea argumentativa destacando que el hecho de incorporar la inhabilitación perpetua en el catálogo de penas, impidiendo a una persona ejercer a perpetuidad su profesión, tendría un contenido estigmatizante y daría lugar a situaciones injustas, recordando que, de acuerdo con los principios generales, las penas que restringen derechos fundamentales deben limitarse a lo estrictamente necesario<sup>147</sup>.

Otro de quienes expresó su opinión frente a la Comisión de Constitución fue el profesor Juan Pablo Mañalich, quién expresa que la inhabilitación perpetua significaba la privación de la ciudadanía de por vida para el delincuente, por cuanto siendo ésta de carácter perpetuo, la responsabilidad penal no se extingue, impidiendo recurrar la ciudadanía, lo que tendría consecuencias nefastas<sup>148</sup>.

De tal manera, que incluso durante la discusión del proyecto en el congreso se puso de relieve la problemática de la nueva normativa, en atención a los problemas que se gestan con respecto a la resocialización de los condenados, a contramano de lo que expresa el Mensaje que señala dentro de sus objetivos la reinserción. No es posible hoy en día negar las posibilidades de un condenado por delitos sexuales a reincorporarse a la sociedad y volver a desempeñar un oficio o profesión, pero ante las complejas limitantes a las que se encuentran sujetos, sumado al estigma social que lleva aparejado cada uno de estos delitos, esta se avizora muy compleja y con escasas posibilidades de éxito y ante la cual si bien escapa a los

---

<sup>146</sup> ibidem, p. 28.

<sup>147</sup> ibidem, p. 28.

<sup>148</sup> ibidem, p. 30.

objetivos de esta investigación, podríamos determinarlo como un posible factor criminógeno, producto del aislamiento, la discriminación y escasas posibilidades de reinserción laboral.

## **5.2 Colisión de bienes jurídicos entre la prevención de los delitos y la publicidad de las condenas v/s el derecho a la dignidad, el honor y a la reinserción social del condenado**

Cabe preguntarse sobre la colisión entre la publicidad de las condenas (considerando sus fines preventivos) y los bienes jurídicos protegidos tales como la dignidad y el honor de los condenados una vez que han cumplido con la pena privativa de libertad a la cual estaban sujetos y como la publicidad de sus condenas puede incidir negativamente en la reinserción social de los mismos.

Debemos considerar que el derecho a la confidencialidad tiene un carácter constitucional, el cual incluye la información referida a las condenas, mirado desde una perspectiva de protección a la vida privada de cada individuo, incluyéndose también los antecedentes penales<sup>149</sup>. De tal manera que la Constitución Política de la República establece que toda persona tiene derecho al respeto y a la protección de la vida privada, a la honra de su persona y de su familia<sup>150</sup>. Por tanto, es el propio Estado quién está a cargo de la promoción y el respeto de tales derechos, teniendo por un lado aquellos que se encuentran expresamente garantizados en la Constitución, o conforme a los derechos fundamentales que se encuentra incorporados en nuestra legislación a través de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes<sup>151</sup>. En relación con lo anterior los tratados internacionales han llevado la voz cantante en cuanto a la protección a la vida privada, señalando que nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada<sup>152</sup>, y reconocen que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques<sup>153</sup>, entre otras formas de protección.

A pesar de lo anterior, la situación de los antecedentes penales dentro de la esfera de la privacidad de las personas cautelado por la Constitución, no es posible encontrarlo expresamente en nuestra carta fundamental. Nuestra carta magna reconoce y señala la protección general del derecho a la privacidad en el artículo 19 N° 4, pero recién en 1999 se complementa una vez que se dicta la Ley N° 19.628, sobre la protección de la vida privada.

---

<sup>149</sup> VILLALOBOS VALLEJOS, Hugo (2016). Sin segundas oportunidades: El sistema de antecedentes penales en Chile. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

<sup>150</sup> Constitución Política de la República de Chile, art. 19 N° 4.

<sup>151</sup> Constitución Política de la República de Chile, art. 5 inciso segundo.

<sup>152</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, art. 12.

<sup>153</sup> Convención Americana Sobre los Derechos Humanos 1969, art. 11.

Se hace necesario destacar la importancia que reviste la Ley N°19.628 en cuanto a los antecedentes penales, entregando elementos terminológicos complementarios a la legislación<sup>154</sup>, contiene además situaciones de hecho para hipótesis de omisión de antecedentes penales<sup>155</sup> y, además, el espíritu del legislador en esta norma constituye un criterio orientador de políticas legislativas para el tratamiento de datos relativos a las condenas penales<sup>156</sup>. Situación no menor y que fue uno de los factores mencionados por algunos de los parlamentarios en la discusión de la ley N° 20.594.

Para tener un análisis certero debemos considerar que el derecho a la vida privada garantiza herramientas jurídicas que protegen al individuo frente a intromisiones ilegítimas de terceros en su esfera íntima<sup>157</sup>, situación que se ve seriamente afectada si cada persona puede encontrar en un registro público el hecho de que una persona haya sido condenada por delitos sexuales, lo que genera un peligro de exclusión e incluso represalias en contra del exconvicto. Esto implica, por un lado, un derecho a defensa respecto de terceros y, por otro lado, la capacidad para determinar por sí mismo cuándo y de qué forma la información<sup>158</sup> sobre la vida privada debe y puede ser comunicada<sup>159</sup>.

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 él<sup>160</sup>. En consecuencia, la utilización del derecho penal en general, y la imposición de una pena en particular que justifican desde un punto normativo-reactivo, que sanciona aquellos hechos que expresan una falta de reconocimiento de la norma que rige la comunidad y que -de no ser punitivamente cancelada- valdría<sup>161</sup>. Pero el reproche penal tiene como consecuencia directa no solo la aplicación de 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 la sociedad, incluso una

---

<sup>154</sup> Ley N° 19.628, art. 2. En especial, sus letras f) y g).

<sup>155</sup> Ley N° 19.628, art. 21.

<sup>156</sup> Ver Historia de la Ley N° 19.628 e Historia del artículo 2 de la ley N° 19.628.

<sup>157</sup> VILLALOBOS (2016).

<sup>158</sup> 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, art. 21.

<sup>159</sup> Para un 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 (1990). El derecho a la autodeterminación informativa. Tecnos, Madrid.

<sup>160</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. 2005a. Pena y ciudadanía. *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 6, p.64.

<sup>161</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. 2010c. Retribución como coacción punitiva. *Derecho y humanidades*, vol. 1, n° 16, p.50.

vez finalizado el período de ejecución de la pena<sup>162</sup>. 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 persona<sup>163</sup>.

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 inscribir<sup>164</sup>. Así, con concepto amplio de actividad pública registral, implica una relación jurídica de derecho público en la cual 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 determinada<sup>165</sup>.

Para cumplir con ese objetivo, la función de registrar 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 finalidad<sup>166</sup>.

La publicidad está, generalmente establecida, en favor del titular de la inscripción, de aquel que tiene los 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 registrado<sup>167</sup> (situación contraria a lo que ocurre con el registro especial de condenados por delitos sexuales). 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 registro<sup>168</sup>, como ocurre como ya hemos visto en los registros de agresores sexuales en Inglaterra, donde pulcramente, la legislación restringe el acceso a cualquier persona y al registro sólo pueden acceder las autoridades públicas. Cabe aclarar que bajo ninguna circunstancia en este tipo de casos se rompe el principio de publicidad el

---

<sup>162</sup> MARTÍNEZ MERCADO, Fernando. 2008. Asistencia postpenitenciaria en Chile: diagnóstico de la oferta pública. Ril Editores, p.44.

<sup>163</sup> SCHWARTZ, Richard D.; SKOLNICK, Jerome H. 1962. Two studies of legal stigma. Social Problems, vol. 10, n°2, p. 133 y siguientes.

<sup>164</sup> FUEYO LANERI, Fernando. 1982. Teoría general de los registros. Ed. As-trea, Buenos Aires, p. 15.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>166</sup> PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. 1989. Estudio sobre los principios registrales. Revista de Derecho Notarial Mexicano, Número 100, tomo I, Sección de Estudios, P. 127. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-notarial/article/view/6613/5921> . Última vez visto el 15 de junio de 2018.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 197.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 198.

que, si bien puede estar limitado en mayor o menor medida, siempre estará presente en la actividad registral<sup>169</sup>.

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 la cual está destinada a operar<sup>170</sup>. Este conjunto de condiciones, requisitos o prohibiciones es denominado garantías de seguridad jurídica<sup>171</sup>.

En definitiva, 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 esta<sup>172</sup>.

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 modernos<sup>173</sup>.

#### **a) Derecho al olvido**

Ante los supuestos anteriores, hay quienes plantean que cada una de las personas tiene incorporado un “derecho al olvido”, el cual permite continuar con una vida normal y tener una segunda oportunidad, más allá de haber cometido y haber “fallado” a la sociedad en su conjunto y al comportamiento esperado por ella.

Así el “derecho al olvido” puede ser definido como la facultad de un individuo para eliminar determinada información y evitar la intromisión de tercero en su vida privada<sup>174</sup>. Este derecho responde a la urgencia que suscita la protección de la privacidad en la era digital: hoy, es muy difícil escapar del paso en internet dado que fotos, comentarios e e-mails, entre otros, son almacenados de forma indefinida en la web<sup>175</sup>.

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 privada<sup>176</sup>. En Francia, este derecho permite que, una vez cumplida la sentencia penal y la

---

<sup>169</sup> Ibidem, p. 198.

<sup>170</sup> Ibidem, p. 184.

<sup>171</sup> Ibidem, p. 184.

<sup>172</sup> PEREIRA FREDES, Esteban (2010) “El castigo como problema normativo”, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, nº 28, p. 242.

<sup>173</sup> SCHWARTZ, Richard D.; SKOLNICK, Jerome H. 1962. Two studies of legal stigma. Social Problems, vol. 10, nº 2, p. 133-142. Disponible en : [https://www.jstor.org/stable/799046?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/799046?seq=1#page_scan_tab_contents)

<sup>174</sup> WEBER, Rolf H. (2011). The right to be forgotten: ¿More than a Pandora’s box? P. 121.

<sup>175</sup> ROSEN, Jeffrey (2012). The Right to be forgotten. Stanford law review online, vol 64, p. 88.

<sup>176</sup> WEBER, Rolf H. (2011). p. 121.

persona esté inserta en la 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 pena<sup>177</sup>.

La Corte Federal de 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 razonable<sup>178</sup>. 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 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 cuestión<sup>179</sup>.

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 penales<sup>180</sup>. Se advierte una colisión entre el “derecho al olvido” con el derecho a la libertad de expresión o la libertad de prensa.

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 pasado<sup>181</sup>. 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 privacidad<sup>182</sup>.

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 período de tiempo. Mientras más antiguos sean los orígenes de la información, mayor sentido cobra la prevalencia de los

---

<sup>177</sup> Ibidem, p. 88.

<sup>178</sup> Corte Federal Suiza, BGE 122 III, 29 de julio de 1996. Citada en WERRO, Franz. (2009), pie de página 24, p.290.

<sup>179</sup> WERRO, Franz. (2009), p. 290.

<sup>180</sup> WEBER, Rolf H. (2011), p. 122.

<sup>181</sup> FELLNER, Robert (2014). The Right to be Forgotten in the European Human Rights Regime. p. 4.

<sup>182</sup> WEBER, Rolf H. (2011), p. 120.



intereses personales por sobre los intereses públicos sobre la disponibilidad de esta información<sup>183</sup>.

### **b) La pena como reproche social**

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 él<sup>184</sup>. 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, valdría<sup>185</sup>. En este sentido, tanto la imposición como la ejecución de la pena han de verse como la materialización de ese reproche sobre el condenado<sup>186</sup>.

Así las cosas “Pena” puede definirse como la irrogación de un mal en tanto expresión de la desaprobación de un comportamiento previo defectuoso<sup>187</sup>. La adopción de esta definición busca utilizar un concepto que reúna todos los elementos asociados a la institución de la pena<sup>188</sup>.

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 él<sup>189</sup>.

Así, en su 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 sujeto<sup>190</sup>. En este sentido, la pena ejerce coacción jurídica sobre quien recae y obliga a quien le 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 omitir<sup>191</sup>.

---

<sup>183</sup> WEBER, Rolf H. (2011), p. 121.

<sup>184</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. (2005a). Pena y ciudadanía. Revista de Estudios de la Justicia, vol. 6, p. 64.

<sup>185</sup> MAÑALICH, Juan Pablo (2010c). Retribución como coacción punitiva. Derecho y humanidades, vol. 1, n° 16, p. 50.

<sup>186</sup> MAÑALICH, Juan Pablo (2005a), p.75.

<sup>187</sup> KINDHAÜSER, Urs. (2010). Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal. Derecho y Humanidades, vol. 1, n° 16, p. 31.

<sup>188</sup> 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.

<sup>189</sup> 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.

<sup>190</sup> DIDEROT, Denis, et al. (1970). La enciclopedia. Guadarrama, p. 133.

<sup>191</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. (2010c), p. 57.

Debemos concluir que independiente de la teoría de la pena que se siga, toda teoría que pretenda justifica la imposición de una pena sobre la base de que la irrogación de un mal constituye una propiedad estructural de lo que cabe entender por pena<sup>192</sup>. En otras palabras, la inflicción de consecuencias dañosas en el condenado constituye un elemento básico en la naturaleza de la pena<sup>193</sup>.

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)<sup>194</sup>.

La pena es un símbolo de desaprobación, por tanto, una adecuada definición de *punishment* debe incorporar no solo la irrogación de un mal, sino también la carga expresiva que su imposición conlleva<sup>195</sup>.

Constatar este carácter simbólico de la pena permite, en un 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 reproche<sup>196</sup>.

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 expresiva<sup>197</sup>. 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 institucionalizada<sup>198</sup>. Así, como acto expresivo de desaprobación mediante la irrogación de un mal, la pena constituye una reacción frente al hecho punible<sup>199</sup>.

---

<sup>192</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. (2009), p. 45.

<sup>193</sup> GREENAWALT, Kent. 1983. Punishment. *Journal of criminal law and criminology*, p. 344.

<sup>194</sup> FEINBERG, Joel (1970) *Doing & deserving, essays in the theory of responsibility*. p.95.

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>197</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. (2009), p. 51.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>199</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. (2005a), p. 64.

La sociedad se estructura sobre la base de normas que configuran directivas de conducta e implica, para sus destinatarios, una razón la acción, en el sentido de que dicha norma busca evitar, intencionalmente, determinadas formas de comportamiento<sup>200</sup>.

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 penal<sup>201</sup>.

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 de un comportamiento punible, que encuentra su correlato en una formulación invertida de su correspondiente norma de comportamiento<sup>202</sup>. 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”<sup>203</sup>.

El infractor no reconoce como vinculante la norma de conducta transgredida y se aprovecha del seguimiento que el resto de la comunidad realiza de la norma, y así obtiene un beneficio ilegítimo para él a costa de los demás<sup>204</sup>. Ese aprovechamiento injusto de las condiciones ventajosas para la comunidad es lo que justifica un reproche de culpabilidad<sup>205</sup>.

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 fundamente una obligación, como lo es la norma de comportamiento<sup>206</sup>. 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 delito<sup>207</sup>.

El registro de 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

---

<sup>200</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus; CARRIÓ, Genaro R. (1980). El concepto de derecho. Editora Nacional, p. 101.

<sup>201</sup> MAÑALICH, Juan Pablo (2010b). Norma e imputación como categorías del hecho punible. Revista de Estudios de la Justicia, vol. 12, p. 167.

<sup>202</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. 2011b. El delito como injusto culpable: Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuricidad en el derecho penal chileno. Revista de derecho (Valdivia), vol. 24, n° 1, p. 90 a p. 91.

<sup>203</sup> Ibidem, p. 90 a p.91.

<sup>204</sup> KINDHAÜSER, Urs. (2010), p. 35 y ss.

<sup>205</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. (2009), p.55.

<sup>206</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. (2010b), p. 168.

<sup>207</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. (2009), p.58.

alguien antisocial, peligroso e indeseable para la comunidad<sup>208</sup>. Este conjunto de atributos negativos es lo que se denomina “estigma”<sup>209</sup>. El estigma de ser ex presidiario constituye un factor de discriminación que afecta al individuo para su reinserción laboral y social<sup>210</sup> y representa una dificultad que, incluso, puede extenderse a su círculo familiar<sup>211</sup>. En este sentido, el estigma derivado de los antecedentes penales también ha de considerarse como un mal infligido al ofensor, dado que tal condición general un impacto negativo para su reintegración a la sociedad<sup>212</sup>.

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 penales<sup>213</sup>.

Quien ingresa a prisión sufre, de forma inevitable, la vergüenza e ignominia que implican el encierro y el estigma derivado de sus antecedentes penales<sup>214</sup>. Quien transgrede la norma se beneficia injustamente de las ventajas que su seguimiento asegura a la sociedad, lo que sitúa al reproche penal en el plano del quebrantamiento de la norma como respuesta al hecho punible<sup>215</sup>.

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 dispuesta en la norma de comportamiento<sup>216</sup>.

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 delito<sup>217</sup>. La imposición de la pena fija cuales serán las consecuencias jurídicas que en definitiva deberá soportar el condenado y, de este modo, la ejecución de la “pena” se

---

<sup>208</sup> GOFFMAN, Erving. 2009. Stigma: Notes on the management of spoiled identity. Simon and Schuster, p. 3.

<sup>209</sup> Ibidem.

<sup>210</sup> BLUMSTEIN, Alfred; NAKAMURA, Kiminori. (2009). Redemption in the Presence of Widespread Criminal Background Checks. *Criminology*, vol. 47, n° 2, p. 328.

<sup>211</sup> MARTÍNEZ MERCADO, Fernando. (2008), p. 165.

<sup>212</sup> JACOBS, James; CREPET, Tamara. (2007), p. 178.

<sup>213</sup> MAÑALICH, Juan Pablo (2009), p. 51.

<sup>214</sup> FEINBERG, Joel. (1970), p. 100.

<sup>215</sup> MAÑALICH, Juan Pablo (2007). La pena como retribución. *Estudios Públicos*, n° 108., p. 166.

<sup>216</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. (2010b), p. 169.

<sup>217</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. 2011a. El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos. *Derecho y humanidades*, n° 18, p. 172.

muestra como el momento en que las consecuencias jurídicas establecidas en la sentencia condenatoria se materializan sobre el condenado<sup>218</sup>.

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 ejecutada<sup>219</sup>.

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 fundamentales<sup>220</sup>, como ocurre en el caso del Registro Especial de Condenas y la lesión a otros derechos como la dignidad, el honor y el derecho a reinsertarse socialmente.

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 autonomía<sup>221</sup>. Por tanto, es 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 comportamiento<sup>222</sup>.

De acuerdo con el 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 comunidad<sup>223</sup>.

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 estricto<sup>224</sup>.

---

<sup>218</sup> Ibidem, p. 172.

<sup>219</sup> Ibidem, p. 172.

<sup>220</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. (2005<sup>a</sup>), p. 172.

<sup>221</sup> BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio. 2007. Derechos fundamentales y derecho penal. Revista de Estudios de la Justicia, n° 9, p. 58.

<sup>222</sup> BASCUÑAN R. Antonio. (2007), p. 58.

<sup>223</sup> AGUILAR, L. et al (2010) Volver a confiar, caminos para la integración postcarcelaria. Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana. p. 92.

<sup>224</sup> 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, n° 2. p. 4.

El equilibrio entre gravedad del delito y la severidad de la sanción ha de determinarse mediante un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena, como afectación a derechos fundamentales, y el fin perseguido con el establecimiento de la norma penal<sup>225</sup>.

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 intervenir<sup>226</sup>: 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 punible<sup>227</sup>. En 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 incluyen el examen idoneidad y necesidad de la pena como medio de control social (además de la proporcionalidad en sentido estricto)<sup>228</sup>. Así, la estructura del principio de proporcionalidad en sentido amplio está orientada a maximizar las libertades de la persona frente a la afectación de derechos fundamentales provocada por el derecho penal<sup>229</sup>.

Es innegable 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 delictiva<sup>230</sup>.

El hecho de decir que una persona merece algo implica reconocer en ella determinadas circunstancias que justifican ese merecimiento<sup>231</sup>. Esto conlleva a identificar que aquello que la persona merece debe, necesariamente, serlo en virtud de una característica particular o conducta previas del sujeto, dado que nadie puede merecer algo a menos que exista alguna base para ello<sup>232</sup>. 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

---

<sup>225</sup> AGUADO, Teresa. (1999). El principio de la proporcionalidad en derecho penal. Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA., p. 277.

<sup>226</sup> FRÍAS NAVARRO, Irena. (2010), p. 10.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>230</sup> 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. 42 y siguientes.

<sup>231</sup> FEINBERG, Joel. (1970), p. 56.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 58.

pregunta “¿por qué lo merece?”. Por supuesto podríamos desconocer las bases que justifican la gratitud, pero si negamos que existen 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 tratada de forma agradable por ninguna razón en particular. A tal justificación subyacente a “merecer” le denominaremos base de merecimiento<sup>233</sup>. 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 persona<sup>234</sup>.

Según Joel 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 desaprobación<sup>235</sup>. Así, las actitudes que expresan estos tratos son denominadas “actitudes receptivas”<sup>236</sup> y lo esencial a estas actitudes es que todas ellas responden a un objetivo fenomenológico, dado que estas se sienten en virtud de algo<sup>237</sup>. Esto permite identificar que las actitudes receptivas tienen una lógica de merecimiento intrínsecas en ellas<sup>238</sup> e implica que estas siempre sean experimentadas como respuesta a una base de merecimiento, es decir como 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 reproche<sup>239</sup>.

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 culpable<sup>240</sup>. En este sentido, la pena como reproche merecido tiene siempre como referencia -o como base del merecimiento- el quebrantamiento culpable de la norma penal<sup>241</sup> y por ende, la irrogación de un mal materializado en la ejecución

---

<sup>233</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>234</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>235</sup> Ibidem, p. 68-69.

<sup>236</sup> Ibidem, p. 70.

<sup>237</sup> Ibidem, p. 70.

<sup>238</sup> Ibidem, p. 71.

<sup>239</sup> Ibidem, p. 71.

<sup>240</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. (2009), p. 58.

<sup>241</sup> KINDHAÜSER, Urs. (2010), p. 42.

de la pena solo puede ser entendida como un dispositivo convencional que es funcional al desempeño comunicativo de la pena como respuesta al hecho punible<sup>242</sup>.

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 condenado<sup>243</sup>. 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 desproporcionada 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 merecido<sup>244</sup>.

Así, siguiendo la argumentación de Feinberg encontramos una respuesta más satisfactoria o quizás una respuesta adicional a la que nos entrega el legislador al momento de establecer el “Registro de pedófilos” ya que más allá de los fines preventivos que se pueden aducir a este respecto, la irrogación de un mal post penitenciario como es el registro, viene de la mano del propio quebrantamiento de la ley, que viene asociado a una pena que incluye a su vez su registro y si se continúa con esta línea argumentativa y buscamos el restablecimiento de un equilibrio entre víctima y condenado, podemos verificar que para la víctima la reparación no termina con el cumplimiento de la condena del agresor, sino que también con la retribución del mal sufrido en tanto una agresión sexual acompaña y mantiene una herida abierta en la víctima de por vida, así también el legislador se pone en el papel de la víctima e irroga al infractor un mal que se extiende más allá del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

---

<sup>242</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. (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. p. 8.

<sup>243</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. (2005a), p. 173.

<sup>244</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. (2009), p. 58-59.



### **5.3 Reincidencia del agresor sexual.**

#### **a) Existencia de una presunción de reincidencia del agresor sexual**

Existe una arraigada creencia sobre los agresores sexuales con respecto a la reincidencia de estos, en el sentido de que en la mayoría de los casos siempre volverán a cometer un delito de carácter sexual. Así también lo ha contemplado el legislador y ha generado la normativa que hemos analizado hasta este momento. Por tanto, cabe la pregunta si efectivamente es posible tener en consideración esta presunción a la hora de condenar a un agresor sexual, posicionándolo en una categoría distinta a la de otros delincuentes y si efectivamente nuestra legislación mantiene una presunción y a la vez un juicio futuro de carácter negativo en relación con el condenado por delitos sexuales.

En relación con los sujetos del comportamiento sexual abusivo, la investigación criminológica debe enfrentar una serie de mitos muy arraigados en la conciencia colectiva. Así, por ejemplo, entre las ideas equivocadas que giran en torno al agresor, éste suele ser concebido como una persona de nivel socioeconómico bajo; de costumbres extrañas o marginales y, por lo general, se le atribuye alguna psicopatía o un cierto grado de debilidad mental<sup>245</sup>. En cuanto a los mitos que giran en torno a la víctima, por lo general, le atribuyen un papel provocativo y, en cierta forma, desencadenante del episodio<sup>246</sup>.

Estos son algunos de los muchos mitos que giran en torno a los delitos sexuales y a los cuales lamentablemente nuestro legislador no ha podido escapar. Sin embargo, estas ideas no tienen asidero científico y la experiencia indica que no es posible establecer un parámetro único con respecto al perfil del agresor y mucho menos de la conducta que este pueda tener en el futuro.

Actualmente se asume como válido que los ofensores sexuales son muy heterogéneos en sus niveles de riesgo, en su diversidad criminal, en sus necesidades de tratamiento y en las características de su personalidad<sup>247</sup>. En relación con esto último, los investigadores concuerdan en que no es posible establecer parámetros psicológicos que permitan caracterizar al común de los agresores sexuales. Entre éstos existen personas altamente agresivas y otras extraordinariamente pacíficas. Hay individuos intelectualmente brillantes,

---

<sup>245</sup> DELGADO BUENO, S. (1994). Aspectos psiquiátricos de la violación: lesiones psíquicas en víctimas de violación. En Delgado Bueno (Dir.) *Psiquiatría Legal y Forense*. Madrid, Colex. Pp. 252-253.

<sup>246</sup> BERLINERBLAU, V. (1998). Abuso sexual infantil. En Lamberti- Sánchez – Viar (Comp.) *Violencia familiar y abuso sexual*. Editorial Universidad. Buenos Aires. Pp. 198-199.

<sup>247</sup> PORTER, S.- FAIRWEATHER, D. et al: Profiles of psychopathy in incarcerated sexual offenders, en *CJB*, Thousand Oaks, abril de 2000; vol. 27, N° 2, pp. 216-219.

junto a personas con retardo mental. Hay algunos que reaccionan airadamente en contra de la aplicación de un castigo; otros que lo aceptan con una actitud de franca complacencia y quienes lo acatan con una clara actitud de vergüenza. Sin embargo, en la mayor parte de los casos se trata de personas que llevan una vida normal y entre los autores de abuso sexual infantil priman aquellos que mantienen un trato de absoluta cordialidad con los niños<sup>248</sup>.

### **b) La etiología de comportamiento del agresor sexual**

Aunque son diversos los perfiles de agresores sexuales, en la actualidad existe un amplio consenso respecto a una serie de elementos desencadenantes, tal y como han sido reunidos en el modelo teórico de Marshall y Barbaree (1989, 1990)<sup>249</sup>. Según este modelo, en el origen de la agresión sexual deben tomarse en consideración los siguientes factores:

**1. Elementos biológicos.** En síntesis, ello hace referencia a la consideración de dos aspectos: 1) la semejanza existente entre los mediadores neuroendocrinos de la conducta sexual y de la conducta agresiva de los varones, en los que juega un papel decisivo la secreción de testosterona; ello implica que debe aprenderse, mediante una socialización eficaz, a separar ambos tipos de comportamiento incorporando las inhibiciones correspondientes; 2) la relativa inespecificidad que en los seres humanos tiene el impulso sexual, necesitado en todos los casos del aprendizaje de pautas apropiadas de comportamiento sobre los tipos de parejas viables y aceptables (personas adultas que consienten en la relación), contextos adecuados e inadecuados, etc.

**2. Fracaso del aprendizaje inhibitorio.** La investigación en psicología criminal ha evidenciado en general el menor aprendizaje inhibitorio (en términos de condicionamiento clásico, con arreglo a los modelos de Mowrer y de Eysenck) de los agresores sexuales y de los delincuentes en general.

**3. Actitudes socioculturales favorecedoras o tolerantes de la agresión sexual.** Se ha constatado que aquellas sociedades y grupos sociales con actitudes y valores más negativos sobre las mujeres presentan una mayor tasa de agresiones sexuales y violaciones<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> PORTER - FAIRWEATHER (2000). Pp. 231-233.

<sup>249</sup> REDONDO ILLESCAS, Santiago; PÉREZ, Meritxell y MARTÍNEZ, Marian. (2007). El riesgo de reincidencia en agresores sexuales: Investigación básica y valoración mediante el SVR-20. Papeles del Psicólogo. Vol. 28 (3), pp. 187-195.

<sup>250</sup> Sanday, (1981); Hollin, (1987). En REDONDO; PÉREZ Y MARTÍNEZ (2007).

**4. Pornografía violenta o infantil.** Muchos agresores y pedófilos consumen de modo regular, como mecanismo de excitación y masturbación, pornografía de agresión sexual o infantil, lo que recondiciona de modo constante su excitabilidad antisocial.

**5. Circunstancias próximas facilitadoras.** Las agresiones suelen ser precedidas a menudo de estados emocionales tales como estrés prolongado, excitación sexual, reacciones coléricas, o de consumo abusivo de alcohol.

**6. Distorsiones cognitivas sobre la sexualidad, las mujeres, los niños, etc.,** adquiridas por los agresores a lo largo de su desarrollo infantil y juvenil, que les ayudan a superar los controles internos.

**7. Circunstancias próximas de oportunidad de una mujer o de un niño, según los casos, sin riesgos evidentes de detección.**

Como ya hemos mencionado existe la creencia generalizada de que los delincuentes sexuales presentan una casi segura probabilidad de reincidencia. Sin embargo, la reincidencia de los agresores sexuales es, como grupo, baja, y se estima a nivel mundial de en torno al 20%<sup>251</sup>, (El promedio general de la reincidencia de los delincuentes –no específicamente sexuales— es de alrededor del 50%). No obstante, la distribución de la reincidencia es muy heterogénea y oscila entre aquellos casos de un solo delito conocido, y, en el extremo opuesto, los agresores en serie, que cometen decenas de delitos a lo largo de sus carreras criminales. En cada caso, el riesgo de reincidencia –y también las posibilidades del tratamiento— van a depender de la tipología de agresor de que se trate y, específicamente, de los factores de riesgo que confluyan en cada sujeto<sup>252</sup>. La investigación más moderna en psicología criminal ha puesto de relieve la existencia tanto de factores de riesgo –aumentan el riesgo— como de factores de protección o resistencia –protegen al individuo, disminuyendo el riesgo de conducta delictiva— (entre ellos, el hecho de ser hijo primogénito, de ser una persona afectuosa, poseer alta autoestima y autocontrol, haber tenido cuidados alternativos a los paternos en caso de riesgo familiar, y haber tenido modelos de apoyo del mismo sexo<sup>253</sup>). A su vez, unos y otros factores se han categorizado como factores estáticos (o inmodificables) y dinámicos (o modificables mediante intervenciones). Los factores de riesgo estáticos suelen ser factores inherentes al sujeto o a su pasado, y por ello de difícil o imposible alteración, mientras que los factores de riesgo dinámicos consisten en hábitos, valores, cogniciones, bajo

---

<sup>251</sup> Lösel, 2002; Quinsey, Rice, y Harris, (1995). En REDONDO; PÉREZ Y MARTÍNEZ (2007).

<sup>252</sup> Hanson y Bussière, (1998); Hanson y Morton-Bourgon, (2004). En REDONDO; PÉREZ Y MARTÍNEZ (2007).

<sup>253</sup> Smith, Visher, y Jarjoura, (1991). En REDONDO; PÉREZ Y MARTÍNEZ (2007).

estatus académico y social, bajo autocontrol, conflictos interpersonales, etc., que pueden modificarse en cierto grado mediante intervenciones oportunas. Existen factores de riesgo específicos de reincidencia sexual, que en la Tabla 1 se han clasificado también en predictores estáticos y dinámicos, de acuerdo con la investigación internacional<sup>254</sup>.

PREDICTORES DE RIESGO DE REINCIDENCIA SEXUAL	
Predictores estáticos	Predictores dinámicos
1. Factor genérico: menor edad. 2. Mayor número de delitos sexuales previos. 3. Mayor número de delitos previos en general. 4. Versatilidad delictiva (no especialización sexual). 5. Violencia en la realización de los delitos previos. 6. Escalamiento en la gravedad de los delitos (violencia, víctimas menores). 7. Víctimas desconocidas. 8. Tipo de víctima: -Femeninas -Masculinas -Infantiles -Adultas 9. El delito no ha sido resultado de algún estresor específico circunstancial. 10. Evidencia de psicopatología grave (psicosis) o ingreso previo en psiquiátricos. 11. Acciones excéntricas, rituales, fantasías desviadas recurrentes, uso de pornografía. 12. Presentar varias parafilias (abusos, violaciones).	1. Negación o racionalización persistente del delito. 2. Baja/nula motivación para seguir un tratamiento. 3. Baja competencia interpersonal y, en general, factores de necesidad criminógena (cogniciones, valores y hábitos delictivos, amigos delincuentes, dependencia a drogas). 4. Alta excitación ante EE desviados y baja excitación ante EE adecuados. 5. Bajo control de la conducta desviada. 6. Carecer de pareja. 7. Perfil psicopático (Factor II: Conducta antisocial, salvo la que corresponde al pasado).

<sup>254</sup> Andrews y Bonta, (2006); Berlin, (2000); Craissati y Beech, (2003); Groth, (1979); Hanson y Harris, (2000); Hanson y Morton-Bourgon, (2004); Maletzky, (1991); Marshall, (2001); Marshall y Barbaree, (1989); Marshall y Redondo, (2002); Quinsey et al., (1995). En REDONDO; PÉREZ Y MARTÍNEZ (2007).

13. Perfil psicopático (PCL) (Factor I: Rasgos psicopáticos ).	
Fuente: Elaboración a partir de diversos autores. Las correlaciones presentadas proceden de Quinsey et al. (1995) <sup>255</sup> .	

Como puede verse en la tabla anterior, existe un amplio conjunto de factores estáticos de riesgo que, además de la menor edad y los factores genéricos mencionados, condicionan específicamente la predicción de la reincidencia de los agresores sexuales (con correlaciones conocidas). Pese a todo, los factores dinámicos juegan también un papel decisivo en dicha reincidencia y constituyen, en todo caso, debido a su modificabilidad, los objetivos oportunos de los programas de tratamiento. Mientras que los factores estáticos se corresponden, en buena medida, con los elementos energizantes o motivadores de las agresiones (excitación, repertorios de conducta desviada, etc.), los factores dinámicos estarían formando parte de dos procesos decisivos en dichas agresiones: 1) confieren direccionalidad antisocial al comportamiento, debido a que muchos sujetos carecen de habilidades para entablar relaciones sexuales adultas y consentidas, y 2) facilitan los procesos desinhibitorios (creencias, distorsiones, falta de empatía, etc.) que precipitan la agresión<sup>256</sup>.

En definitiva, no existen antecedentes científicos que confirmen la creencia popular del alto grado de reincidencia del agresor sexual. Por el contrario, los estudios como el recién analizado señala que sólo un 20% de los agresores sexuales reinciden, porcentaje que está por debajo de los índices de reincidencia en el resto de los delitos. Por lo que la percepción social sobre la materia se basa sobre un prejuicio infundado y ante lo cual el legislador tomó el guante para establecer normas con fines preventivos generando una carga más gravosa para el condenado por delitos sexuales, sin mirar la proporcionalidad, gravedad o características particulares de los delitos, dejando abierta la puerta para la arbitrariedad, más allá de que en algunos casos ciertamente lo ameriten.

<sup>255</sup> Véase en <http://www.redalyc.org/pdf/778/77828305.pdf>

<sup>256</sup> REDONDO; PÉREZ y MARTÍNEZ (2007).

## CONCLUSIONES

Una vez que se ha desarrollado el trabajo investigativo y el análisis de los diferentes conceptos desarrollados en el cuerpo de este trabajo, es preciso señalar aquellas conclusiones que parecen más relevantes a la hora de ver de forma panorámica la problemática planteada.

En primer lugar, debemos mencionar la ausencia de una política criminal a largo plazo en materia de delitos sexuales. Hemos señalado abiertamente los problemas que encontramos frente a la dictación de la ley 20.594, pero que ha sido un ejemplo reciente de una realidad a la hora de legislar y hacer políticas públicas, más de una manera reaccionaria y publicitaria conforme a la supuesta voz popular, que como una política criminal que permita un desarrollo de prevención de los delitos y la reinserción de los condenados.

No existe detrás y como señalan los propios académicos que han participado con su opinión en estos proyectos, una técnica legislativa depurada, que se ajuste a los tiempos y que tenga una visión panorámica de los problemas y vicisitudes que traen aparejados estos delitos.

La ley no puede ejercer un rol en el establecimiento de los prejuicios sociales y contribuir como ha ocurrido muchas veces a ratificar la condena social que impide a los condenados a reinsertarse socialmente.

Si bien puede tener un efecto preventivo, no es menos cierto que la prevención tiene que venir de la mano de otros caminos, como la educación de los menores tanto desde el punto de vista de que estén atentos a conductas o prácticas impropias como potenciales víctimas, como también de ser ellos mismos potenciales agresores, educando desde la más temprana edad para lograr una prevención real de los delitos y su disminución, logrando además empoderar a los niños para que en definitiva cuenten con las herramientas que permitan evitar el abuso o en el peor de los casos que tengan la capacidad de denunciarlo para evitar la revictimización, la periodicidad del abuso y reducir la cifra oscura en cuanto a los delitos sexuales.

En segundo término, hay ciertos conceptos que no terminan de cuajar en la normativa estudiada. Surgen dudas sobre la aplicación de la ley 20.594 en cuanto a la inhabilitación absoluta para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales u que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, toda vez que existen una serie de situaciones que aparentemente no se pensaron al momento de la discusión del proyecto, ya que se tiende a pensar en el ámbito educacional como expresamente lo señala la norma como idea principal, pero en la práctica no se ha tenido en

consideración otras profesiones que se relacionan de manera aún más íntima con los menores de edad, como un pediatra, un ginecólogo o incluso un sacerdote, no queda claro entonces la aplicación de la ley y los límites de la misma en aquellos casos ajenos al ámbito de la educación.

Por citar un caso hipotético en que un pediatra abusa de una de sus hijas menores de edad, ¿la inhabilitación será efectivamente aplicada como ocurriría con un auxiliar de aseo de un jardín infantil? ¿El hecho de que el delito sea cometido en su esfera privada, conlleva que no existe un peligro de generar una conducta abusiva dentro del marco de su profesión? La experiencia nos indica la reacia aplicación de la inhabilitación en ciertos casos, desatendiendo el supuesto espíritu preventivo de la normativa, existiendo un criterio abiertamente discriminatorio, que por lo demás viene precedido de una investigación mucho más laxa en consideración del nivel socioeconómico o de preparación profesional del acusado.

En este sentido, debemos considerar el sesgo discriminatorio y estereotipado que se encuentra en esta clase de delitos, donde el agresor sexual es concebido como una persona de nivel socioeconómico bajo, de costumbres extrañas o marginales y, por lo general, se le atribuye alguna psicopatía o un cierto grado de debilidad mental. Y, muy por el contrario, la generalidad de los estudios publicados en relación a esta materia son coincidentes en que los agresores sexuales se encuentran en todas las clases sociales, sin que pueda establecerse alguna diferenciación en las tasas de prevalencia en función de factores socio-económicos, religiosos o culturales<sup>257</sup>. Lo que además se reconoce por otro lado, es la mayor facilidad para decretar o diagnosticar los casos de abuso sexual que ocurren en los estratos sociales bajos, en atención a que, en numerosos países, tratándose de personas socialmente desvalidas, se tolera un mayor grado de intromisión de la actividad investigativa en la esfera privada del individuo<sup>258</sup>.

Difícilmente entonces, mientras no se cumpla con el verdadero espíritu de la ley, tendremos una real prevención de estos delitos, ya que para ello, se necesita la aplicación transversal de las inhabilitaciones, sin las arbitrariedades y estereotipos tan arraigados en nuestra sociedad y que se han trasladado indefectiblemente a nuestros legisladores, sin contar a los jueces que no han sido capaces en muchas situaciones de abstraerse de las presiones

---

<sup>257</sup> DECAIRE (1998). A personality profile of typical child sexual abusers. En RODRIGUEZ (2016).

<sup>258</sup> FINKELHOR, D. (1993). Epidemiological factors in the clinical identification of child sexual abuse, en Child Abuse & Neglect, N° 17. Pp. 184-185. En RODRIGUEZ (2016).

sociales y por qué no decirlo también las presiones políticas a las cuales se encuentran sujetos en un caso de connotación pública.

Por otro lado, surgen otras dudas con respecto a la aplicación de la ley 20.594 ¿Qué ocurre con el agresor sexual adolescente que abusa de un menor o de una edad cercana? ¿Debe quedar registrado y marcado como un abusador sexual? ¿Puede ser sujeto de la inhabilitación absoluta de cargos aún antes de desempeñar un oficio u estudiar una carrera que le permita subsistir? Estas preguntas solo vienen a confirmar los problemas de proporcionalidad y escasa visión de la normativa en materia de delitos sexuales, ya que no queda bien definido el marco donde los jueces pueden moverse y que muchas veces deja abierta la puerta de la arbitrariedad. Como hemos visto en el caso del propio “Registro de pedófilos”, los jueces han entendido que opera de manera automática por encontrarse en la ley, dejando la inclusión dentro de dicho registro a los funcionarios del Servicio de Registro Civil e Identificación quienes no se encuentran facultados ni tienen las herramientas la mayor de veces para interpretar una sentencia penal y darle aplicación a la misma con las evidentes consecuencias que trae dicho registro en la vida del condenado.

Por último, nos encontramos frente al problema de la reinserción social de los condenados por abuso sexual. Situación que se ve agravada con la aplicación de las inhabilitaciones y del “registro de pedófilos”, lo que genera un estigma y una pena infamante para los agresores sexuales. Tanto en la experiencia comparada como en Chile, aquellas personas que se encuentran sujetas a un registro de inhabilitaciones, generan una pena más gravosa incluso que la propia pena privativa de libertad, provocando el autoaislamiento del condenado, problemas en sus relaciones sociales y su entorno y la dificultad evidente para poder encontrar un empleo que le permita subsistir. En definitiva el remedio muchas veces puede ser peor que la enfermedad, al no existir una política de prevención clara, mucho menos existe una política de reinserción, considerando además las situaciones de abuso y violación que sufren los condenados dentro de los recintos penitenciarios, sumado a las escasas posibilidades de reinserción social y laboral, son caldo de cultivo para otros factores criminógenos que en definitiva engendra y potencia conductas delictivas futuras que pueden revestir mayor gravedad que el propio delito que dio origen a la condena.

Por tanto, en la medida que no exista una política de reinserción adecuada, medidas prevención sistemáticas y generalizadas y una legislación depurada y ajustada la realidad social actual, seguiremos con la dictación de leyes que buscan responder al llamado visceral



de la opinión pública y los medios de comunicación, dejando de lado la disminución de los delitos sexuales y los fines preventivos de la pena como un ardid meramente dogmático.

## BIBLIOGRAFÍA

1. AGUADO, Teresa. (1999). El principio de la proporcionalidad en derecho penal. Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA.
2. AGUILAR, L. et al (2010) Volver a confiar, caminos para la integración postcarcelaria. Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana.
3. BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio (2007). Derechos fundamentales y derecho penal. Revista de Estudios de la Justicia, n° 9.
4. BERISTAIN IPIÑA, Antonio (1966). La inhabilitación penal ayer, hoy y mañana. Editorial Reus, Madrid, España.
5. BERLINERBLAU, V. (1998). Abuso sexual infantil. En Lamberti- Sánchez – Viar (Comp.) Violencia familiar y abuso sexual. Editorial Universidad. Buenos Aires.
6. BLUMSTEIN, Alfred; NAKAMURA, Kiminori (2009). Redemption in the Presence of Widespread Criminal Background Checks. Criminology, vol. 47, n° 2.
7. CÁRCAMO OLMOS, J.C.(1998). Modificaciones legales a los delitos de conducta sexual. En revista de Derecho, Universidad de la Santísima Concepción, Chile, vol. VI, N° 6.
8. CAREY, Corinne A. (2004). No second chance: people with criminal records denied Access to public housing. U. Tol. L. Rev., vol. 36.
9. COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás (1999) Derecho Penal. Parte General. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España.
10. COUSO SALAS, Jaime; HERNANDEZ BASUALTO, Héctor (2011). Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Abeledo Perrot, Santiago, Chile.
11. CURY URZÚA, Enrique (2005). Derecho Penal. Parte General, 7ª edición. Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile.
12. DAVIS, M. (1975). La sexualidad en la adolescencia, título original Sex and the adolescent, trad. D.R. WAGNER, Buenos Aires, Hormé.
13. DEFLEM, Mathieu. (1997). Surveillance and criminal statistics: Historical foundations of governmentality. Studies in law politics and society, vol. 17.

14. DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo (1990). El derecho a la autodeterminación informativa. Tecnos, Madrid.
15. DELGADO BUENO, S. (1994). Aspectos psiquiátricos de la violación: lesiones psíquicas en víctimas de violación. En Delgado Bueno (Dir.) Psiquiatría Legal y Forense. Madrid, Colex.
16. DE VICENTE REMESAL, Javier (2014). La pena de inhabilitación profesional: Consideraciones desde el punto de vista de los fines de la pena. Cuadernos de Política Criminal (Nº113, II época).
17. DIDEROT, Denis, et al. (1970). La enciclopedia. Guadarrama.
18. DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva (2014). Cuando la pena accesoria de inhabilitación especial requiere relación directa con el delito cometido: el contenido del artículo 56.1.3 del Código Penal. Cuadernos de Política Criminal, Nº 12. Andalucía, España.
19. ETCHEBERRY, Alfredo (1976) Manual de Derecho Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
20. FARALDO CABANA, Patricia y PUENTE ABA, Luz María (2013). Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España.
21. FEINBERG, Joel (1970) Doing & deserving, essays in the theory of responsibility.
22. FELLNER, Robert (2014). The Right to be Forgotten in the European Human Rights Regime.
23. FERRAJOLI, Luigi (1995). Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, Madrid, España.
24. 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.
25. FUEYO LANERI, Fernando (1982). Teoría general de los registros. Ed. As-trea, Buenos Aires.
26. GARRIDO MONTT, Mario (2010). Derecho penal, parte especial, Tomo III, Cuarta Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

27. GREENAWALT, Kent. 1983. Punishment. Journal of criminal law and criminology.
28. GOFFMAN, Erving. 2009. Stigma: Notes on the management of spoiled identity. Simon and Schuster.
29. GONZÁLEZ, Javier (2016). El Registro Central de delincuentes sexuales en España. Memoria de Grado en Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad Miguel Hernández.
30. GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, Ana (2004). Sobre la suspensión condicional de la ejecución de las penas accesorias. Revista Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (Nº5).
31. GUTIERREZ CASTAÑEDA, Ana (2012). Las penas privativas de derechos políticos y profesionales. Bases para un nuevo modelo regulativo. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España.
32. GÚZMAN DÁLBORA, José Luis (2000). Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile, en Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Antofagasta. Chile.
33. GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (2009). La pena y la extinción de la responsabilidad penal. Editorial B de F, Buenos Aires y Montevideo.
34. GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (2011). Dos conceptos irreconciliables: Peligrosidad y Legalidad Penal. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>
35. HART, Herbert Lionel Adolphus; CARRIÓ, Genaro R. (1980). El concepto de derecho. Editora Nacional.
36. HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2007). El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito. En Revista de Derecho, U. Austral de Chile, Valdivia, vol. 20, Nº 2.
37. HISTORIA DE LA LEY Nº 20.594. Crea Inhabilidades para condenados por Delitos Sexuales contra Menores y establece Registro de dichas Inhabilidades, 13 de junio de 2012, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

38. HUMAN RIGHTS WATCH (2011) EE. UU.: Leyes sobre delincuentes sexuales pueden provocar más daños que beneficios. Se deben eliminar registros de delincuentes juveniles, restricciones al lugar de residencia y registros en línea. Véase en <https://www.hrw.org/es/news/2007/09/11/eeuu-leyes-sobre-delincuentes-sexuales-pueden-provocar-mas-danos-que-beneficios>
39. HUMAN RIGHTS WATCH (2007). “*United States. No easy answers. Sex offender laws in the US*”. [https://www.hrw.org/reports/2007/us0907/1.htm#\\_Toc176672548](https://www.hrw.org/reports/2007/us0907/1.htm#_Toc176672548).
40. JACOBS, James; CREPET, Tamara (2007). Expanding Scope, Use, and Availability of Criminal Records, *The. NYUJ Legis. & Pub. Pol’y*, vol. 11.
41. JACOBS, James; CREPET, Tamara. (2011). Mass Incarceration and the Proliferation of Criminal Records. *University of St. Thomas Law Journal*, vol. 3, n° 3
42. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGNEDD, Thomas (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Traducción de Miguel Olmedo Cardenete). Editorial Comares, Granada, España.
43. KINDHAÜSER, Urs. (2010). Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal. *Derecho y Humanidades*, vol. 1, n° 16.
44. LABATUT GLENA, Gustavo (1992). *Derecho Penal*, 7ma edición, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
45. LEVENSON JILL S., D`AMORA DAVID A., HERN ANDREA L. (2007), “*Megan`s Law and its impact on Community Re-Entry for Sex Offenders*”.
46. MALDONADO FUENTES, Francisco. (2017). Penas accesorias en Derecho Penal. *Revista Ius et Praxis*, Año 23, N° 1.
47. MAÑALICH, Juan Pablo (2005a). Pena y ciudadanía. *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 6.
48. MAÑALICH, Juan Pablo (2007). La pena como retribución. *Estudios Públicos*, n° 108.
49. MAÑALICH, Juan Pablo (2009). *Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena*. Kindhaüser/Mañalich: Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho. Ara Editores, Lima.

50. 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.
51. MAÑALICH, Juan Pablo (2010b). Norma e imputación como categorías del hecho punible. *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 12.
52. MAÑALICH, Juan Pablo (2010c). Retribución como coacción punitiva. *Derecho y humanidades*, vol. 1, n° 16.
53. MAÑALICH, Juan Pablo (2011<sup>a</sup>). El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos. *Derecho y humanidades*, n° 18
54. MAÑALICH, Juan Pablo (2011b). El delito como injusto culpable: Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuricidad en el derecho penal chileno. *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 24, n° 1.
55. MAÑALICH, Juan Pablo. (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.
56. MAÑALICH, Juan Pablo (2014). La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno: Una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista Ius et Praxis*, Santiago, Chile.
57. MAPELLI CAFFARENA, Borja (2005). *Las Consecuencias jurídicas del delito*. Editorial Civitas. Madrid, España.
58. MAPELLI CAFFARENA, Borja (1999). Contenido y límites de la privación de libertad (sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento), en AA.VV. *El Nuevo Código Penal. Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor Doctor don Ángel Torio López*. Editorial Comares, Granada, España.
59. MAPELLI CAFFARENA, Borja (2006). Las Penas accesorias o la accesoriedad punitiva. *Revista de Estudios Penitenciarios. Volumen Extra. Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús (N° Extraordinario 1)*.
60. MARTÍNEZ MERCADO, Fernando (2008). *Asistencia postpenitenciaria en Chile: diagnóstico de la oferta pública*. Ril Editores.

61. MERA FIGUEROA, Jorge (1998). Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno. Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago Chile.
62. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2010). Derecho Penal. Parte General, 8va edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España.
63. MUÑOZ SABATÉ, L. (1976). Sexualidad y Derecho. Elementos de sexología jurídica. Editorial Hispano-Europea. Barcelona.
64. NISTAL BURÓN, Javier/GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino (2015). La historia de las penas. De Hammurabi a la cárcel electrónica. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España.
65. NOVOA MONREAL, Eduardo (2005). Curso de Derecho Penal Chileno, 3ra edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
66. ORTIZ QUIROGA, Luis; ARÉVALO CUNICH, Javier (2013). Las consecuencias jurídicas del delito. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
67. PEREIRA FREDES, Esteban (2010). "El castigo como problema normativo", en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, n° 28.
68. PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo (1989). Estudio sobre los principios registrales. Revista de Derecho Notarial Mexicano, Número 100, tomo I, Sección de Estudios. Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-notarial/article/view/6613/5921>.
69. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; HORVITZ, María Cecilia (2005). Lecciones de Derecho Penal Chileno. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
70. POLITOFF LIFSCHIT, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (2002). Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Libro Primero y Parte General. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
71. PORTER, S.- FAIRWEATHER, D. et al: Profiles of psychopathy in incarcerated sexual offenders, en CJB, Thousand Oaks, abril de 2000; vol. 27, N° 27, N° 2.
72. QUIJADA SAPIAIN, Diego (2018). Política criminal en materia de intervención para agresores sexuales: Avances desde la Psicología Jurídica y revisión del estado del arte en tratamiento penitenciario. <https://psicologiajuridica.org/archives/7489>.

73. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2002). Manual de Derecho Penal. Parte General, 3ra edición, Editorial Aranzadi, Madrid, España.
74. 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.
75. RAGUÉS VALLES, R. (2006). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En SILVA SANCHEZ (Dir.) Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Barcelona, Atelier.
76. 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: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-12-26\\_en.pdf](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_en.pdf) .
77. REDONDO ILLESCAS, Santiago; PÉREZ, Meritxell y MARTÍNEZ, Marian. (2007). El riesgo de reincidencia en agresores sexuales: Investigación básica y valoración mediante el SVR-20. Papeles del Psicólogo. Vol. 28 (3).
78. REY HUIDOBRO, Fernando (2003). Problemas de aplicación de las penas accesorias de inhabilitación y de suspensión. Actualidad Penal (Nº45-46).
79. ROBINSON, Louis N. (1991). History and organization of criminal statistics in the United States. Houghton Company Mifflin.
80. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2016). Delitos Sexuales. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
81. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. (1983). Derecho Penal Parte Especial. Madrid, España.
82. ROSEN, Jeffrey (2012). The Right to be forgotten. Stanford law review online, vol 64.
83. 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.
84. SCHWARTZ, Richard D.; SKOLNICK, Jerome H. (1962). Two studies of legal stigma. Social Problems, vol. 10, nº2.



85. VALDÉS RUBIO, Josep María (1903). Derecho Penal. Su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia. Tomo I. Madrid, España.
86. VALEJIE ÁLVAREZ, Inma (2007). La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo VX, Vol. 1. España.
87. VARGAS PINTO, Tatiana (2014). Manual práctico de aplicación de la pena. Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile.
88. VENDRELL ALFONSO, Joana (2016). Análisis del Registro Central de Delincuentes Sexuales. Cuestiones de Interés Jurídico
89. VILLALOBOS VALLEJOS, Hugo (2016). Sin segundas oportunidades: El sistema de antecedentes penales en Chile. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
90. WEBER, Rolf H. (2011). The right to be forgotten: ¿More than a Pandora´s box?, vol. 2.
91. 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.
92. YUSEFF SOTOMAYOR, Gonzalo (2009). La prescripción penal, 3ra edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
93. ZUÑIGA SAN MARTÍN, Ana María (1991). Legislación sobre omisión y eliminación de antecedentes penales. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.