

DOCTRINA

## ¿Sin segundas oportunidades? Los antecedentes penales como problema jurídico-penal

*¿No second chances? Criminal records as a legal-criminal issue*

Hugo Villalobos Vallejos

*Abogado, Chile*

**RESUMEN** Los antecedentes penales constituyen una consecuencia normativa e institucional del reproche penal producto del registro legal de todas las sentencias penales condenatorias. El presente artículo analiza la naturaleza jurídico-penal de los antecedentes penales desde el reconocimiento de una función expresiva de la pena, esto es, la pena como un dispositivo convencional para expresar resentimiento y reprobación ante el quebrantamiento culpable: si la pena constituye una expresión de reproche, los antecedentes penales son el registro de ese reproche. Las implicancias de esta conexión entre pena y sus respectivos antecedentes penales permiten concluir que cualquier afectación de derechos fundamentales al excondenado a través de la conservación de antecedentes penales no es idónea, necesaria, ni proporcionada cuando el individuo ha cumplido íntegramente su condena.

**PALABRAS CLAVE** Antecedentes penales, derechos fundamentales, función expresiva de la pena, irrogación de un mal pospenitenciario, proporcionalidad.

**ABSTRACT** Criminal records are both normative and institutional consequences of criminal blame, given the legal registration of all criminal convictions. The current article analyzes the legal nature of criminal record by recognizing an expressive function of punishment as a conventional device to express resentment and reprobation when criminal law is breached: If punishment is an expression of condemnation, then criminal records register this condemnation. The implications of the connection between punishment and criminal records allow us to conclude that any impact on fundamental rights of the ex-convicted through the preservation of criminal records is neither appropriate, necessary nor proportionate when the individual has fully served his sentence.

**KEYWORDS** Criminal records, expressive function of punishment, fundamental rights, proportionality, post imprisonment hard treatments.

## Introducción

Dentro de la dispersa legislación relativa a los antecedentes penales,<sup>1</sup> el Decreto de Ley 409, como principal mecanismo de eliminación de estas anotaciones,<sup>2</sup> consigna en su considerando primero lo siguiente:

Que el régimen establecido en las prisiones, que tiende a la regeneración del delincuente y, como su complemento, al mejoramiento moral y material de su familia, pierde una gran parte de su eficacia por el hecho de que el penado, después de cumplir su condena, queda marcado para toda su vida con el estigma de haber sido presidiario.

De esta manera, y en conexión con el resto de los considerandos que componen el DL 409, es posible intuir que el legislador fue previsor ante la implementación de un sistema registral penal,<sup>3</sup> y trató de mitigar los posibles efectos negativos derivados del registro de antecedentes penales al advertir las consecuencias discriminatorias en la mantención de tales anotaciones una vez terminada la fase de ejecución de penas. A pesar de esta consideración explícita —pero aislada— realizada por el legislador respecto de los efectos negativos en la conservación de antecedentes penales, la normativa en la materia, en su mayoría, se articula sobre la base de establecer una serie de requisitos y exigencias a sus usuarios que terminan convirtiéndose en la primera barrera de reinserción social que deben superar los excondenados, incluso una vez cumplida íntegramente su condena.<sup>4</sup>

---

1. En la legislación chilena es posible contabilizar —al menos— siete cuerpos normativos distintos que regulan, de distintas formas, la omisión y/o eliminación de antecedentes penales en Chile. Estas normas son Decreto de Ley 409 de 1932, Decreto Supremo 64 de 1960, Ley 18.216 (sobre Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad) de 1983, Ley 19.628 (sobre la Protección de la Vida Privada) de 1999, Ley 19.902 (que modifica la Ley de Tránsito) de 2003, Ley 19.962 (que dispone la eliminación de ciertas anotaciones prontuariales) de 2004 y la Ley 20.084 (sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes) de 2005.

2. Si bien no existe ninguna referencia legal que permita determinar que el DL 409 es la ley más relevante en esta área, a criterio de este investigador sí sería posible perfilarlo como la principal norma en esta materia bajo las siguientes consideraciones: i) Bajo un criterio de antigüedad, el DL 409 fue el primer cuerpo legal en establecer un mecanismo de eliminación de antecedentes penales instaurado en el año 1932; ii) conforme al espíritu de la ley, el DL 409 es la única norma de la cual es posible indagar sobre cuáles fueron los motivos del legislador para tratar esta materia según consta en los considerandos del decreto y; iii) de acuerdo a los efectos de acogerse al proceso de eliminación de antecedentes penales contenidos en este decreto, sería el sistema más completo de eliminación ya que, de acuerdo a su artículo 1, al titular de este derecho se le considerará «como si nunca hubiere delinquirado para todos los efectos legales y administrativos y se le indulten todas las penas accesorias a que estuviere condenado». Bajo estas consideraciones es posible considerar al DL 409 como la norma que por antonomasia regula el sistema de eliminación de antecedentes penales en Chile.

3. El régimen registral penal en Chile fue creado con ocasión del Decreto 645 de fecha 17 de octubre de 1925 que creó el Registro General de Condenas.

4. En Chile, por regla general la legislación en esta materia exige distintos requisitos para que los usua-

Para determinar cuál es el contenido de este efecto estigmatizante que rodea a los antecedentes penales, resulta indispensable determinar su naturaleza. En efecto, analizar el concepto de antecedentes penales presupone la existencia de un momento previo, constituido por la anotación y registro de aquellas resoluciones adjudicadas mediante el proceso penal. De este modo, es posible reconocer un vínculo explícito entre la pena y los antecedentes penales a los cuales su imposición da lugar.<sup>5</sup>

El contenido de este vínculo es determinado, en un primer momento, por el hecho punible, el cual implica, como acto expresivo, que el infractor de la norma penal manifiesta, a través de su comportamiento, que la norma que prohíbe dicha conducta no vale para él (Mañalich, 2005a: 64). A su vez, el proceso de adjudicación cumple también 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 (Mañalich, 2010b: 50). Así, tanto la imposición como la ejecución de la pena han de verse como la materialización de ese reproche sobre el condenado (Mañalich, 2005a: 75).

Este marco contextual entregado por la imposición de una sanción penal abre interrogantes en relación a los antecedentes penales: si la anotación de resoluciones jurídico-penales en el prontuario del condenado es una consecuencia inevitable del proceso de adjudicación de la pena como expresión de reproche, ¿cabe considerar a los antecedentes como un elemento integrado al concepto pena?, ¿o son estos un

---

ríos puedan acceder a eliminar u omitir sus antecedentes penales. A modo de ejemplo, el DL 409 exige —entre otros— la firma mensual del usuario por el periodo de 2 o 5 años según el individuo posea una o más condenas; en otro caso, el Decreto Supremo 64 establece, para hipótesis de omisión de antecedentes penales, que mediante la solicitud del interesado y previo informe interno del Servicio de Registro Civil se podrá disponer, en casos calificados y por resolución fundada, que se omitan en los certificados de antecedentes una o más anotaciones prontuariales que se refieran a condenas ya cumplidas o indultadas previa solicitud del interesado. La tendencia en la legislación chilena —para la mayoría de los casos— es requerir siempre el impulso procesal del usuario, además de exigir el cumplimiento de determinados requisitos. La excepción a este criterio la entrega la Ley 18.216 la cual establece, con la concurrencia de determinados requisitos, la actuación de oficio del tribunal competente para oficiar al Registro Civil a eliminar u omitir —según corresponda— los correspondientes antecedentes penales del usuario. El ámbito de aplicación de esta ley es restringido solo a las personas sujetas a las medidas alternativas de libertad contempladas en dicha ley y, por tanto, su aplicación es restringida a tales casos. Esta situación permite advertir que la regla general para eliminar u omitir antecedentes penales es el impulso procesal del usuario que reúna los requisitos establecidos en la ley a la cual pretenda acogerse, lo que incide directamente en: i) la cantidad de personas que pueden ejercer este derecho y; ii) la cantidad de personas que, reuniendo los requisitos exigidos por ley, cumplen de forma satisfactoria el procedimiento para eliminar u omitir sus antecedentes penales.

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

elemento autónomo? A continuación se intentará demostrar que la imposición de la pena como momento institucional del derecho penal determina la naturaleza jurídica de los antecedentes penales; desde su origen, durante su mantención y, finalmente, con su eventual modificación.

### **Noción de «pena»**

En un sentido jurídico-penal, «pena» puede definirse como la irrogación de un mal en tanto expresión de la desaprobación de un comportamiento previo defectuoso (Kindhäuser, 2010: 31). No abordaré en esta ocasión las implicancias de dicha definición sobre la concepción de derecho penal<sup>6</sup> y teorías de la pena,<sup>7</sup> y solo me remitiré a ellas en lo pertinente a los antecedentes penales. La adopción de esta definición busca utilizar un concepto que reúna todos los elementos asociados a la institución de la pena (Mañalich, 2009: 45). Lo anterior se debe al ejercicio metodológico de análisis que pretendo exponer sobre la relación que existe entre la estructura de la pena y los antecedentes penales. Para ello, preferí optar por una definición de pena y no por una teoría de su justificación.

Hechas las prevenciones pertinentes, a partir de la definición de «pena» podemos distinguir tres elementos: la pena como irrogación de un mal, la pena como expresión de desaprobación y la pena como expresión ante un comportamiento previo y defectuoso.

### **La «pena» como la irrogación de un mal**

La imposición de un castigo implica la irrogación de un mal al ofensor que consiste en un estado de cosas que se traduce en dolor o sufrimiento para él (Rabossi, 1970:

---

6. La determinación de qué entendemos por derecho penal lleva implícita la respuesta a la pregunta de qué entendemos por pena. La cuestión puede ser planteada de la siguiente forma: ¿Es la finalidad de la pena la que determina la concepción de qué entendemos por derecho penal o es el derecho penal el que determina qué entendemos por pena? Estas concepciones implicarían asumir que el derecho penal es una rama del derecho caracterizada por su «función» (pena) y, por lo tanto, responde a la pregunta de «¿por qué se imponen penas?»; o por otro lado, el derecho penal es una rama del derecho determinada por cierta propiedad «estructural» y responde a la pregunta de «¿qué cuenta cómo pena?». Sobre las implicancias entre un derecho penal funcional o estructural se sugiere consultar Moore (2010, 1992) y Mañalich (2007: 117-206).

7. Determinar la función que cumple la pena es objeto de discusión entre las distintas teorías que justifican su imposición. Hoy en día la doctrina se reúne en torno a dos principios de justificaciones alternativos: el de retribución y el de prevención. A su vez, cabe distinguir entre quienes defienden a uno de estos dos principios como el único justificador de la pena o si, en cambio, defienden alguna combinación de estos dos, lo que da lugar a denominadas teorías monistas y teorías pluralistas de la pena. Para una visión crítica de estas teorías se sugiere consultar Roxin (1999: 12) y Lesch (1999).

185). 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 (Diderot, 1970: 133). En este sentido, la pena ejerce coacción jurídica sobre quien recae y obliga a quien la sufre a comportarse de conformidad con una voluntad ajena, sea en la forma de una coacción a hacer o en la forma de una coacción a omitir (Mañalich 2007: 57).

En lo que aquí importa para el análisis que más adelante tiene lugar sobre la relación entre pena y antecedentes penales, debemos concluir que independiente de la teoría de la pena que se siga, toda teoría que pretenda justificar la imposición de una pena parte sobre la base de que la irrogación de un mal constituye una propiedad estructural de lo que cabe entender por pena (Mañalich, 2009: 45). En otras palabras, la inflicción de consecuencias dañosas en el condenado constituye un elemento básico en la naturaleza de la pena (Greenawalt, 1983: 344). La pena es coacción.

### La «pena» como expresión de desaprobación

Del segundo elemento de la definición de pena se sigue que la irrogación de un mal se hace con una finalidad: «expresar desaprobación». Como presupuesto de análisis para este elemento estructural de la definición de pena, haré referencia a la doctrina de filosofía penal angloamericana defendida por Joel Feinberg, quien atribuye a la «pena» una dimensión expresiva en su imposición.<sup>8</sup>

En la literatura norteamericana, *punishment* ha sido definido comúnmente como la imposición de un *hard treatment* (o tratamiento severo) por parte de una autoridad a una persona debido a su conducta previa y defectuosa (en relación a una infracción a una norma de conducta) (Feinberg, 1974: 95). Tal como la definición de pena que hemos usado hasta ahora, la doctrina norteamericana coincide en que *punishment* o sanción punitiva implica irrogación de un mal (o *hard treatment*), por una conducta previa y defectuosa al infractor.

Sin embargo, Feinberg advierte que dicha definición sobre qué debemos entender por *punishment* o sanción penal parece incluir también a otras categorías de sanciones no penales, denominadas *penalties*.<sup>9</sup> En este sentido, la definición tradicional de *punishment* sería también compatible con un concepto de sanción jurídica en sentido

---

8. Esta postura fue promovida por el norteamericano Joel Feinberg en su célebre obra *Doing and Deserving*. En Chile, Juan Pablo Mañalich ha incorporado el elemento expresivo de la «pena» defendido por Feinberg para postular una versión expresiva del retribucionismo. Para más información se sugiere consultar Feinberg (1974) y Mañalich (2009).

9. El concepto de *penalty* puede ser traducido como «sanción». Según Feinberg las «*penalties*» constituyen precios o tasas (el autor usa el vocablo «*pricetags*») para la realización de una determinada actividad. En otros casos las «*penalties*» serían sanciones por quebrantar una norma de conducta, como multas administrativas o partes municipales, entre otros.

amplio, dado que la irrogación de un mal por una autoridad ante el quebrantamiento de una norma de conducta es un presupuesto común a la mayoría de las sanciones contempladas en los ordenamientos jurídicos (Feinberg, 1974: 96). Si como resultado de la definición tradicional de *punishment*, resulta adecuado entender que la relación entre *penalty* y *punishment* es de género-especie, entonces ¿cuál es el elemento distintivo del *punishment*, o «pena», respecto de otras sanciones?

Ante esta pregunta, Feinberg responde que la sanción punitiva posee un significado expresivo y simbólico del cual el resto de las sanciones carece: la pena, como irrogación de un mal, constituye un dispositivo convencional para la expresión de actitudes de resentimiento e indignación, así como juicios de desaprobación y reprobación, ya sea en nombre de la propia autoridad o a nombre de aquellos en cuyo nombre la pena es impuesta (Feinberg, 1974: 98). Entendido de este modo, la sanción punitiva posee una determinada característica funcional que no es posible encontrar en otras sanciones: (Feinberg, 1974: 98) la pena es símbolo de desaprobación. Por tanto, de acuerdo a Feinberg, una adecuada definición de *punishment* debe incorporar no solo la irrogación de un mal, sino también la carga expresiva que su imposición conlleva (Feinberg, 1974: 115).

Constatar este carácter simbólico de la pena permite, en principio, distinguir que ella se compone de un aspecto expresivo que puede ser diferenciado de la irrogación de un mal: la desaprobación de un comportamiento defectuoso puede ser en sí dolorosa, sin que necesariamente esté acompañada de la irrogación de un mal con posterioridad a su reproche (Feinberg, 1974: 98). De acuerdo a esta distinción conceptual entre el componente expresivo de la pena y la irrogación de un mal en su imposición, sería posible admitir la existencia de formas de expresión de desaprobación que no conlleven la irrogación de un mal, así como la existencia de formas de irrogar un mal que no conlleven una carga expresiva (Mañalich, 2009: 51). 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 (Mañalich, 2009: 51).

El elemento distintivo de la pena respecto de otras sanciones es su simbolismo como la forma de reproche más intensa que contempla el ordenamiento jurídico.<sup>10</sup> En este sentido, la carga expresiva intrínseca en la pena permite atribuirle una propiedad funcional, dado que de su imposición se sigue no solo la irrogación de un mal al ofensor, sino que constituye un vehículo convencional de reproche y desaprobación. Como veremos más adelante, la distinción de esta carga expresiva tiene gran incidencia en la naturaleza de los antecedentes penales.

---

10. Sobre este punto, y en palabras de Feinberg, tanto la irrogación del mal como la función reprobativa de la «pena» debiesen ser considerados como elementos autónomos de una definición legal de *punishment* o sanción punitiva (Feinberg, 1974: 95 y ss.).

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

El tercer y último elemento de estudio de la definición de pena constituye un presupuesto necesario para su interposición: la pena, como acto expresivo de desaprobación mediante la irrogación de un mal, constituye una reacción frente al hecho punible (Mañalich, 2005a: 64). Sin embargo, antes del análisis al «comportamiento previo y defectuoso» aludido por el concepto de pena, es necesario realizar ciertas consideraciones.

Dentro de un sistema jurídico es posible reconocer dos tipos distintos de reglas. Por un lado, están las reglas básicas o primarias que imponen deberes de seguimiento al establecer parámetros de conductas sobre lo que las personas deben o no deben hacer. Por otro lado, están las reglas secundarias —que dependen de las primarias— y determinan condiciones bajo las cuales los individuos pueden introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir las, modificarlas o, incluso, controlar los diversos efectos que ellas producen. Así, las reglas primarias imponen ciertos deberes a sus destinatarios, mientras que las reglas secundarias confieren potestades, ya sean públicas o privadas (Hart, 1980: 101).

### *Normas de comportamiento y normas de sanción*

La sociedad se estructura sobre la base de normas que configuran directivas de conducta e implican, para sus destinatarios, una razón para la acción en el sentido de que dicha norma busca evitar, intencionalmente, determinadas formas de comportamiento (Hart, 1980: 56). En este sentido, la norma de comportamiento, en su función prospectiva, estructura mediante reglas prescriptivas o prohibitivas y reglas permisivas dirigidas a los destinatarios de la norma lo que se debe hacer o dejar de hacer; o lo que se puede hacer o dejar de hacer (Hruschka, 2005: 28). De esta forma, las normas de comportamiento constituyen reglas de carácter primario al establecer un estándar categórico de aquello que es jurídicamente correcto, pues configuran una sociedad en torno al criterio jurídico de lo que un individuo puede, debe y no debe hacer (Robinson, 1970: 731). Este estándar de conducta deseado que fija 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 (Mañalich, 2010a: 167). El juez asume 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 (Mañalich, 2011b: 90-91). 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» (Mañalich, 2011b: 90-91). En consecuencia, la norma de sanción se articula como una regla secundaria que permite la irrogación de un mal frente a la realización del tipo delictivo («el que mate a otro») descrito en la norma de sanción, como contradicción a la norma primaria de comportamiento que prohíbe matar a otro ser humano.

### *El hecho punible como acto previo y defectuoso*

La configuración de la comunidad en torno a estas normas de comportamiento se explica sobre la base de la coordinación requerida para el libre desenvolvimiento de los individuos en sociedad, ya que la norma de comportamiento debe asegurar la compatibilidad de la libertad de cada uno de sus miembros con la libertad de otros y obtener así la mayor ventaja para todos.<sup>11</sup> Esta característica «ventajosa» de la norma, se fundamenta en reconocer como indispensable el seguimiento de la misma: en la medida que los destinatarios obedezcan la norma, esta asegurará a todos ellos condiciones ventajosas para desenvolverse en sociedad (Kindhäuser, 2010: 34). Aquí no solo se admite que la vigencia de la norma constituye un estado de cosas importante para la organización de una sociedad, sino que se reconoce que su vigencia es beneficiosa en cuanto exista la confianza de que todos sus destinatarios serán leales a ella (Kindhäuser, 2010: 35).

A través del hecho punible, esto es, la infracción de la norma de comportamiento, el autor del delito expresa a través de su conducta una falta de reconocimiento de la norma como una razón eficaz para la acción (Kindhäuser, 2010: 55). El infractor no reconoce como vinculante la norma de conducta transgredida y se aprovecha del seguimiento que el resto de la comunidad realiza a la norma, y obtiene así un beneficio ilegítimo para él a costa de los demás.<sup>12</sup> Ese aprovechamiento injusto de las condiciones ventajosas para la comunidad es lo que justifica un reproche de culpabilidad (Mañalich, 2009: 55). De este modo, el hecho punible se articula sobre la

---

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

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

contradicción a la norma que implica el comportamiento punible, como realización de la conducta descrita en la norma de sanción y la norma de conducta quebrantada con dicho comportamiento.

En conclusión, la relación entre la norma de sanción, como regla secundaria, y la norma de comportamiento, como regla primaria, se puede resumir de la siguiente forma: la norma de sanción constituye una regla que habilita a la imposición de una pena como reacción jurídica a la contravención de una norma que fundamenta una obligación, como lo es la norma de comportamiento (Mañalich, 2010a: 168). De esta manera, 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 (Mañalich, 2009: 58) y, como resultado, la irrogación de un mal a quien comete el delito constituye la materialización de ese reproche mediante la imposición de una pena.

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

Hasta ahora hemos visto que la «pena» constituye la irrogación de un mal con el propósito de expresar desaprobación ante el comportamiento defectuoso del autor del delito. De acuerdo a la primera pregunta planteada al comienzo de este capítulo ¿de qué forma los antecedentes penales son incluidos en esta estructura? La respuesta es dual.<sup>13</sup> Por un lado, los antecedentes penales son consecuencia directa del registro de anotaciones judiciales como resultado de la imposición de una pena. Esto se deriva de la función que desempeña el Registro General de Condenas, cuya actividad principal es llevar la inscripción de todas las sentencias condenatorias definitivas y ejecutoriadas sobre toda clase de delitos, así como también registrar la forma en que fue cumplida la pena o las causales de su cumplimiento parcial o total (Decreto de Ley 645, artículo 3). De forma que los antecedentes penales, como consecuencia del proceso de adjudicación, son incluidos de manera normativa al concepto de pena. Sin embargo, del análisis tripartito de la definición de pena se vislumbra, además, una inclusión expresiva de los antecedentes penales.

Tal como se ha argumentado hasta ahora, el elemento distintivo de la pena respecto de otras sanciones jurídicas no penales es la carga expresiva contenida en la irrogación de un mal como forma de expresar desaprobación frente al hecho punible. Esta carga simbólica que conlleva la imposición de la pena se articula como un dispositivo convencional de reproche, lo que hace posible entender que la sanción punitiva sea el símbolo institucional de reprobación por antonomasia. Si lo que ca-

---

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

racteriza a la pena como tal es su carga expresiva mediante la irrogación de un mal de una forma particular se debe a que su imposición genera una serie de consecuencias que ninguna otra sanción dentro de un ordenamiento jurídico es capaz de producir, tales como la privación de libertad y el registro de esta privación en los antecedentes del condenado.

### La irrogación de un mal en los antecedentes penales

En este punto, retomar lo ya dicho sobre la definición de pena puede resultar útil. La pena, como irrogación de un mal, consiste en un estado de cosas que se traducen en dolor y sufrimiento para el ofensor. Registrar la pena, como consecuencia de su imposición y acto constitutivo de los antecedentes penales, es parte de ese estado de cosas que perjudican al condenado: los antecedentes penales se convierten en un atributo del condenado que lo categorizan como alguien antisocial, peligroso e indeseable para la comunidad (Goffman, 2009: 3). Este conjunto de atributos negativos es lo que se denomina «estigma».<sup>14</sup> El hecho de ser expresidentario constituye un factor de discriminación que afecta al individuo para su reinserción laboral y social<sup>15</sup> y representa una dificultad que, incluso, puede extenderse a su círculo familiar (Martínez, 2008). En este sentido, el estigma derivado de los antecedentes penales también ha de considerarse como un mal infligido al ofensor dado que tal condición genera un impacto negativo para su reintegración a la sociedad (Jacobs y Crepet, 2007: 177).

### La expresión de desaprobación en los antecedentes penales

La calidad de «estigma» que poseen los antecedentes penales queda en evidencia si volvemos al segundo elemento de la definición de pena, esto es, como expresión de

---

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

15. En países como Estados Unidos, en donde el acceso a los antecedentes penales está garantizado por distintos actores (ya sean entidades públicas o privadas), más del 80% de los empleadores verifican si los postulantes a trabajos poseen o no antecedentes penales, lo que constituye una barrera infranqueable para quienes buscan reinsertarse luego de haber sido condenados por algún delito. Para más información sobre el impacto laboral que tienen los antecedentes penales en Estados Unidos, véase Blumstein (2009: 328).

desaprobación. Ya analizamos que la pena es tal debido al carácter simbólico de reprobación que acompaña su imposición y, por tanto, prioriza una función expresiva que predomina frente a la irrogación de un mal, circunstancia que la distingue del resto de las sanciones jurídicas no penales (Mañalich, 2009: 51). En otras palabras, la pena posee una carga expresiva de reprobación y la irrogación de un mal constituye un medio para expresar ese reproche. Como resultado, los antecedentes penales son el registro de ese reproche en el prontuario del condenado. Apuntar a la función expresiva de la pena genera una importante consecuencia en los antecedentes penales: si la pena, como símbolo de reproche, constituye un medio de desaprobación frente al hecho punible, los antecedentes penales, como consecuencia del proceso de adjudicación penal, no son indiferentes a esta expresión de desaprobación. En efecto, si la pena no fuese lo que es —la irrogación de un mal como expresión de desaprobación—, los antecedentes penales no podrían considerarse como estigma y, por ende, como irrogación de un mal en los términos que hasta aquí se ha planteado. De esta forma, el elemento expresivo de la pena es transferido a los antecedentes penales, lo que permite fundamentar los efectos negativos derivados de su registro.

En consecuencia, la función expresiva de la pena dota de contenido —expresivo— a los antecedentes penales, los cuales como registro de este reproche son considerados estigmas y, como resultado, se incorporan a las formas particulares que posee la pena para irrogar un mal como modo de reprobación. En este sentido, si bien el acceso de esta información está restringida solo a su titular de acuerdo a la confidencialidad del Registro General de Condenas,<sup>16</sup> en la práctica distintas personas pueden exigir la presentación de un certificado de antecedentes penales a quien pretende postular a determinadas actividades laborales o sociales y, de esta manera, el titular se convertiría en un intermediario entre el Registro Civil y el tercero para acceder a esta información. En esta misma línea el Registro de Inhabilidades, registro especial encargado de almacenar todas las penas accesorias con ocasión de una sentencia condenatoria en materia de delitos sexuales contra menores de edad, solo exige a cualquier persona que quiera acceder a la información su identificación previa (o enrolamiento) y acreditar un interés legítimo que fundamente su acceso.<sup>17</sup> Así, es posible notar

---

16. Respecto de los datos que conserva el Registro General de Condenas, por regla general, la legislación nacional ha optado por el secreto y confidencialidad de la información administrada, de acuerdo a lo establecido por el Decreto de Ley 645, artículo 6.

17. En cuanto al acceso al Registro de Inhabilidades el Decreto de Ley 645, en su artículo 6 bis, faculta a cualquier institución, sea pública o privada, que por la naturaleza de su actividad necesite contratar a una persona determinada para algún empleo, cargo, oficio o profesión que involucre relación directa y habitual con menores de edad, a solicitar que se le informe, para fines particulares, si el individuo se encuentra afecto a la inhabilitación establecida por el artículo 39 bis del Código Penal. Sin perjuicio de lo anterior, cualquier persona podrá solicitar esta información al registro siempre que cuente con la autorización expresa de aquel cuyos antecedentes se solicitan.

que la sociedad posee distintos canales para acceder a esta información y, por ende, para materializar la expresión de reproche contenida en los antecedentes penales. Por tanto, a la pregunta sobre de qué forma los antecedentes penales son incluidos en la estructura de la pena cabe responder que, además de su inclusión normativa, existe una inclusión expresiva de los antecedentes penales que se fundamenta, por un lado, en la carga simbólica de la pena y su transferencia a los antecedentes penales como consecuencia del registro de este reproche y, por otro lado, la propiedad estigmatizante de estos antecedentes que cuentan como una forma particular que tiene la pena de irrogar un mal al ofensor.

Que la pena sea una forma de irrogar un mal como medio de expresión de actitudes de desaprobación e indignación, conlleva a reconocer que los antecedentes penales, de acuerdo a su inclusión normativa, perpetúan esta carga expresiva de reprobación de manera indefinida en el prontuario de su titular.<sup>18</sup> Además, si reconocemos una determinada propiedad funcional a la pena sobre la base de su función expresiva, también es posible atribuir a los antecedentes penales una característica funcional mediante el registro de dicha función expresiva. En palabras de Feinberg, quien ingresa a prisión sufre, de forma inevitable, la vergüenza e ignominia que implican el encierro y el estigma derivado de sus antecedentes penales (Feinberg, 1974: 100). En consecuencia, los antecedentes penales no solo registran la función expresiva de la «pena», sino que también son parte de ella.

### El comportamiento previo y defectuoso en los antecedentes penales

En relación a este punto, hemos sostenido que el «comportamiento previo y defectuoso» contenido en la definición de pena resulta una condición necesaria para el reproche penal. La irrogación de un mal como expresión de desaprobación se explica como una re-acción ante la defraudación de la confianza que se deposita, *ex ante*, sobre la base de que los destinatarios serán leales a la norma de comportamiento. Quien transgrede la norma se beneficia injustamente de las ventajas que su seguimiento generalizado asegura a la sociedad, lo que sitúa al reproche penal en el plano del quebrantamiento de la norma como respuesta al hecho punible (Mañalich, 2007: 166).

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

---

18. Es indefinida porque en la mayoría de los casos la eliminación u omisión de antecedentes penales dependen del impulso procesal del usuario. Sobre esto, véase pie de página 20.

un estigma y, por tanto, en una consecuencia gravosa que sufre el sujeto del reproche penal.

Esta inclusión es aún más explícita si establecemos que el «comportamiento previo y defectuoso» es un presupuesto necesario para ambos. Frente al hecho punible, la norma de sanción habilita la irrogación de un mal como consecuencia jurídica de la realización —imputable— de la conducta que contraviene lo dispuesto en la norma de comportamiento (Mañalich, 2010a: 169). En otras palabras, si el hecho punible es presupuesto necesario para la imposición de la pena como reacción frente a un comportamiento jurídicamente reprochable, esto implica, a su vez, la procedencia de los antecedentes penales con ocasión del mismo hecho punible.

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

### **La conservación de los antecedentes penales**

La inclusión de los antecedentes penales dentro del concepto de pena es —tan solo— temporal. La expresión del reproche merecido tiene lugar en dos momentos paradigmáticos en el ejercicio del *ius puniendi* estatal:<sup>19</sup> la imposición y la posterior ejecución de la pena. Imponer una sentencia condenatoria implica el ejercicio exitoso de la acción penal que determina la satisfacción de condiciones de las cuales depende, por un lado, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado y, por otro, el correlativo deber del condenado de soportar las consecuencias jurídicas contenidas en la norma de sanción como prestación retributiva por la comisión del delito (Mañalich, 2011a: 172). La imposición de la pena fija cuáles serán las consecuencias jurídicas que en definitiva deberá soportar el condenado y, de este modo, la ejecución de la «pena» se muestra como el momento en que las consecuencias jurídicas establecidas en la sentencia condenatoria se materializan sobre el condenado (Mañalich, 2011a: 172).

Visto de este modo, 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

---

19. Cabe recordar que la teoría moderna penal presupone tres momentos distintos de legitimación del ejercicio de la potestad punitiva estatal: la conminación penal, la imposición judicial de la pena y la ejecución de la pena. Para más información, véase Roxin (1999).

(Mañalich, 2011a: 172). No obstante, que la imposición de la pena y su ejecución sean los momentos de materialización del reproche culpable como repuesta de la norma de sanción implica que la irrogación del mal, como expresión de desaprobación, se limita a estas dos instancias del ejercicio de la potestad punitiva estatal. Dada esta premisa, entonces ¿de qué manera se justifica la irrogación de un mal cuando la ejecución de la pena se encuentra cumplida?

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

La unidad entre «pena» y antecedentes penales pierde cohesión y coherencia cuando los antecedentes penales se mantienen vigentes a pesar de que el condenado haya cumplido de forma satisfactoria su condena.<sup>20</sup> De esta forma, la inclusión de los antecedentes penales en la pena como expresión de reproche es solo sustentable hasta finalizada la etapa de ejecución de condena. Su subsistencia en etapas posteriores constituye la irrogación de un mal autónomo, conceptualmente diferente de la pena y carente de justificación.

### La irrogación de un mal pospenitenciario

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

#### *La etapa «pospenitenciaria»*

Como consideración preliminar debemos señalar que la doctrina ha concebido tres momentos institucionales del derecho penal:

- i) El momento de la «conminación penal», caracterizado por actos institucionales

---

20. En general la normativa está determinada a funcionar de acuerdo al impulso del titular, ya sea para eliminar u omitir antecedentes penales. La excepción a la regla sería la Ley 18.216 sobre Medidas Alternativas a las Penas Restrictivas de Libertad, la Ley 19.962 que elimina ciertas anotaciones penales entre los años 1973-1990 y la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente. Sin embargo, como lo evidencia el título de las leyes, estas poseen una aplicación restringida y, por tanto, no constituyen la regla general en la legislación de eliminación y omisión de antecedentes penales.

de promulgación y publicación de normas penales a través de la función pública que ejerce el legislador.

ii) El momento de la «imposición de la pena», dominado por el acto institucional de la sentencia penal y la labor del juez, quien determina la responsabilidad por quebrantamiento culpable de una norma de conducta; y por último.

iii) El momento de la «ejecución de la pena», caracterizado por el cumplimiento de la sanción previamente definida por el adjudicador a cargo usualmente del respectivo aparato administrativo, en el caso chileno, Gendarmería (Sánchez, 2013: 1-3).

Dentro de esta comprensión tripartita, los antecedentes penales se originan en la culminación del segundo momento paradigmático del *ius puniendi* al finalizar el proceso adjudicativo mediante la imposición de una sentencia penal condenatoria. Constatar este hecho nos permite identificar el origen institucional de los antecedentes penales dentro del ejercicio del poder punitivo estatal, pero no su fin. En este sentido, los antecedentes penales comienzan con la adjudicación de una sentencia penal, se mantienen en el prontuario del individuo durante la etapa de ejecución de penas y perduran a etapas posteriores al cumplimiento satisfactorio la sentencia.<sup>21</sup> A este momento posterior le denominaremos etapa «pospenitenciaria».

El concepto de pospenitenciario puede definirse como el conjunto de acciones que favorecen la integración jurídica, ciudadana y social de las personas que han cumplido su condena (Martínez, 2008: 38). De esta manera, el concepto «pospenitenciario» se muestra como una organización de medios hacia un fin representado por la integración del condenado. Lo pospenitenciario, como etapa cronológica, no mantiene una estructura rígida que necesariamente comienza al terminar la fase de ejecución de penas, sino que más bien se inicia una vez que el condenado logra ser titular de derechos progresivos que le permiten vincularse con el medio libre, con miras a su pronta excarcelación.<sup>22</sup> En cuanto a su extensión esta etapa duraría, al menos, hasta los primeros tres meses una vez recuperada la libertad, período de tiempo que es consignado como momento crítico en materia de reinserción en donde el individuo enfrenta posibilidades reales de materializar su integración a la sociedad.<sup>23</sup>

---

21. Esto constituye la regla general en esta materia, salvo las normas enumeradas en el pie de página 20.

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

23. Decidí emplear este periodo de tiempo para mostrar al lector que la etapa pospenitenciaria ten-

El hecho de que la etapa pospenitenciaria no constituya un momento institucional propio del ejercicio del *ius puniendi* merece las siguientes apreciaciones:<sup>24</sup>

Si la pena constituye la materialización de un reproche mediante la irrogación de un mal, entonces la pena es la pena ejecutada (Mañalich, 2005a: 172). Así, la ejecución de la pena se presenta como el momento de realización de la pretensión punitiva del Estado —y no otro— como respuesta al quebrantamiento culpable de una norma de conducta (Mañalich, 2005a: 174). Por tanto, la ejecución de la pena constituye el tercer y último estadio de realización del derecho penal (Roxin, 1999: 31).

Esto implica que los arreglos normativos e instituciones que legitiman la práctica punitiva estatal tienen, como presupuesto, la intervención jurídico penal del Estado dentro de estos tres momentos.

En consecuencia, cualquier irrogación de un mal que cuente como expresión de desaprobación por un comportamiento previo y defectuoso —es decir, como pena— fuera de estos tres momentos institucionales del derecho penal, carece de legitimación.

### La norma penal como afectación a los derechos fundamentales

En la compleja relación que existe entre el ejercicio del *ius puniendi* estatal y los derechos fundamentales en un Estado democrático, subyace una tensión que resulta explícita en la formulación estándar del discurso jurídico-penal según el cual el derecho penal protege derechos fundamentales a través de la lesión de derechos fundamentales (Mañalich, 2005b: 246). Desde esta perspectiva, el derecho penal cumple con el objetivo de proteger determinados bienes jurídicos<sup>25</sup> frente a lesiones o puestas en peligro a través de la amenaza de una pena, cuya finalidad se alcanza mediante la irrogación de un mal como reproche merecido ante el hecho punible.

---

dría una duración que se prolonga, al menos según el estudio empírico citado, por tres meses luego de cumplida la pena. Este límite temporal de la etapa pospenitenciaria es una directriz entregada por resultados empíricos contenidos en el trabajo citado, pero no constituye un criterio asentado en doctrina que la extensión de esta etapa tenga, como máximo, una duración de tres meses, la que, desde luego, podría ser incluso más extensa dependiendo del trabajo de inserción social y/o laboral que requiera el excondenado (Aguilar, 2010: 92).

24. Para efectos de este capítulo solo pretendo resaltar que el ejercicio del derecho penal, como actividad sancionatoria, se limita a estos tres momentos institucionales paradigmáticos de la actividad punitiva estatal. No se pretende aquí argumentar una extensión del derecho penal a un —hipotético— cuarto momento, como se podría inducir por la referencia pospenitenciaria realizada. Por ahora, basta con constatar la existencia de límites institucionales al ejercicio de la potestad sancionatoria penal del Estado.

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

Durante el proceso de «conminación», al establecer el legislador una norma penal para la protección de bienes jurídicos, el Estado produce una doble afectación a los derechos fundamentales: en tanto norma de comportamiento y como norma de sanción. La norma de comportamiento implica, para su destinatario, la abstención de una acción prohibida o la ejecución de una acción ordenada según se trate de una prohibición o de un mandato (Mañalich, 2011b: 91). En este sentido, la norma de comportamiento como una razón para la acción vinculante para sus destinatarios constituye una restricción de alternativas de conducta y, por ende, una sustracción de autonomía (Bascuñan, 2007: 58). De esta forma el establecimiento de normas de comportamiento determina un conjunto de acciones y omisiones que conforman un estándar categórico de conductas jurídicamente correctas a los cuales sus destinatarios deben someterse (Mañalich 2011b, 91).

Por otro lado, la norma de sanción como regla secundaria determina la irrogación de un mal como consecuencia jurídica de la realización (imputable) del correspondiente tipo delictivo (Mañalich, 2010a: 173). La sanción constituye un reproche cuya aplicación conlleva una afectación de derechos fundamentales distinta y adicional a la restricción de libertad que se deriva de una norma de comportamiento (Bascuñan, 2007: 58). En este sentido, como norma sancionatoria, esta afectación de derechos fundamentales se da en dos etapas: i) Al momento de la «imposición de la pena», que incluye a los actos procesales penales preliminares a la adjudicación penal<sup>26</sup> y; ii) En la etapa de «ejecución de penas».

Sin embargo, esta afectación de derechos fundamentales es particularmente intensa en el caso de la pena como clase especial de sanción, ya que su ejecución, como momento de realización del derecho penal, puede derivar en la lesión prolongada del derecho constitucional a la libertad ambulatoria<sup>27</sup> en el caso de las penas privativas de libertad, una afectación patrimonial al derecho de propiedad<sup>28</sup> en el caso de las penas

---

26. La imposición de una sentencia condenatoria supone una serie de actos previos que posibilitan ejercer el reproche merecido al ciudadano mediante la adjudicación penal y que afectan los derechos fundamentales de quien está siendo imputado por la comisión de un delito. Tal es el caso de las medidas cautelares, las que, durante el proceso penal, constituyen instrumentos para contrarrestar el riesgo de que durante el transcurso del proceso el sujeto pasivo pueda realizar actos o adoptar conductas que impidan o dificulten gravemente la ejecución de una eventual sentencia condenatoria. En especial, las medidas cautelares personales son aquellas medidas restrictivas o privativas de libertad que el tribunal puede decretar, contra el imputado, durante el proceso penal para asegurar la realización exitosa de este proceso, como la citación, la detención, la prisión preventiva o la concesión de otras medidas cautelares personales que sirvan para el efecto. Así, las medidas cautelares personales importan una privación o restricción al derecho fundamental de la libertad personal, entendida esta como libertad ambulatoria. Para más detalle sobre el concepto de medidas cautelares dentro del proceso penal, véase Horvitz (2002) y López (2002: 341 y ss.).

27. Constitución Política de la República de Chile, artículo 19, 7 letra a).

28. Constitución Política de la República de Chile, artículo 19, 24.

patrimoniales, y una restricción al derecho a la libertad económica<sup>29</sup> en casos de prohibiciones de ejercer determinadas actividades lucrativas, entre otros.

### Los antecedentes penales como afectación de derechos fundamentales

La inclusión de los antecedentes penales dentro del concepto «pena» descansa en consideraciones normativas y expresivas que permiten fundamentar, por un lado, con arreglo a la ley, que los antecedentes penales se inician al momento de la imposición de la sentencia penal, mediante su registro correspondiente en el prontuario del condenado.<sup>30</sup> Por otro lado, desde una perspectiva expresiva, la pena constituye un reproche que expresa desaprobación mediante la irrogación de un mal, y los antecedentes penales son el registro de ese reproche en el prontuario del condenado. Hemos visto durante este trabajo que los antecedentes penales son un foco que posibilitan múltiples lesiones a los derechos fundamentales de su titular tales como el derecho a la privacidad, el derecho a la dignidad, el derecho a la igualdad y el derecho a no ser discriminado, entre otros, y que tienen un impacto negativo en el círculo social, laboral y familiar de la persona que los posee. Esta afectación a derechos fundamentales se explica en que los antecedentes penales son el resultado del registro de la imposición de una pena, y la pena, como ningún otro tipo de sanción, constituye el modo de reprobación más intenso que posee el ordenamiento jurídico. Esta vinculación entre la pena, como símbolo de reprobación, y los antecedentes penales, como registro de esta carga expresiva, dotan a estos últimos del efecto estigmatizante que lesiona estos derechos fundamentales. A diferencia de la pena ejecutada, las consecuencias del registro de esta carga expresiva de la pena no se aprecian sino hasta la etapa pospenitenciaria.

Si el concepto «estigma» es un término empleado para denotar un atributo personal negativo de un individuo, cuyos efectos lo sitúan en una posición de desventaja dentro de un determinado círculo social,<sup>31</sup> los antecedentes penales necesitarían de interlocutores capaces de acceder a esta información y usarla de manera discriminatoria para afectar los derechos de su titular. Esta circunstancia permite distinguir dos etapas de vulneración. En primer lugar, la privación de libertad es el modo primario de ejercicio del *ius puniendi* estatal y opera tanto en etapas previas a la imposición de la sentencia —con la aplicación de medidas cautelares, por ejemplo— como al momento de su ejecución (Bascañan, 2007: 48). Por su parte, los antecedentes penales producen su máximo daño a los derechos fundamentales no al momento de la imposición ni en la posterior ejecución de la pena, donde existe un número acotado

---

29. Constitución Política de la República de Chile, artículo 19, 16.

30. Decreto de Ley 645, artículo 3.

31. Ver *supra*, pie de página 14.

de interlocutores con los que el condenado puede interactuar, sino que en la etapa pospenitenciaria.

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

De acuerdo al carácter progresivo del efecto negativo de los antecedentes penales, estos constituyen una máxima fuente de riesgo para los derechos fundamentales en la etapa pospenitenciaria debido a la sensibilidad que este momento representa para los objetivos de integración a la comunidad (Aguilar, 2010: 92). Si el ejercicio del *ius puniendi* constituye una fuente de peligro para los derechos fundamentales esto implica que la práctica punitiva esté bajo una constante necesidad de legitimación, pero ¿responden los antecedentes penales a esta legitimación como fuente de irrogación de mal durante la etapa pospenitenciaria?

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

### Una ¿legítima? afectación a los derechos fundamentales

Que la pena se legitime como medio de protección a través del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, no implica que la legitimidad de la potestad punitiva deba restringirse únicamente al examen de este principio.<sup>32</sup> Aunque un determinado estado de cosas pueda ser reconocido como valioso o digno de protección, sigue en pie la cuestión sobre cómo justificar las prohibiciones o mandatos de determinadas conductas restrictivas de libertad (Frisch, 2007: 320). Para determinar la existencia y alcance de la coacción jurídica se deben incorporar distintas perspectivas, principios y arreglos institucionales que justifiquen y controlen esta afectación a los derechos

---

32. Aquí nos referimos al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos según el cual el derecho penal se limita a la protección de bienes jurídicos como criterio que legitima cuándo y cómo debe intervenir el derecho penal. Sobre esto, véase Frisch (2007), Bascuñan (2007: 47-74) y Mañalich (2005b).

fundamentales (Frisch, 2007: 324). De acuerdo a los objetivos de este capítulo nos restringiremos a analizar la proporcionalidad que debe existir entre la intervención punitiva estatal y la afectación de derechos fundamentales como consecuencia del reproche jurídico penal. La selección de este principio por sobre otros responde a las siguientes consideraciones analíticas:<sup>33</sup> i) El derecho penal es un derecho de intervención, el cual desde su formulación como norma hasta la ejecución de la pena judicialmente impuesta importa la irrogación de un mal que lesiona los derechos fundamentales del condenado; ii) Una concepción amplia del principio de proporcionalidad no solo se muestra como el tradicional principio que pondera la gravedad del delito y gravedad de la pena, sino que, además, incorpora otros reconocidos límites materiales al ejercicio del *ius puniendi* (Frías, 2010: 3). Por ende, este esquema del principio de proporcionalidad permite efectuar un control de validez de la afectación de los derechos fundamentales con ocasión del ejercicio de la potestad punitiva estatal. iii) Finalmente, si los antecedentes penales se encuentran incluidos dentro de la pena como irrogación de un mal, su legitimidad también está sujeta a un examen de proporcionalidad. En especial consideraremos su desarrollo en la etapa pospenitenciaria, dado que la extensión en la irrogación de un mal a etapas posteriores a la ejecución de la pena parece, en principio, desproporcionada.

### **El principio de proporcionalidad y la conservación de antecedentes penales**

Que una determinada realidad sea catalogada como bien jurídico puede ser suficiente como punto de partida de consideraciones de legitimación en torno a la justificación y concreción del derecho penal como medio de protección de ese bien jurídico. Sin embargo, este escenario varía cuando se trata de legitimar el derecho penal en cuanto limitación o restricción de libertades individuales que se imponen, coactivamente, sobre una persona (Frisch, 2007: 321-322).

La Constitución reconoce que la actuación del Estado puede limitar el goce o ejercicio de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, pero también es posible constatar un límite a dicha restricción, dado que la idea bajo la cual los derechos fundamentales poseen un núcleo esencial que no puede ser afectado implica, a su vez, un límite a los límites de derechos constitucionales.<sup>34</sup> Si el punto de partida lo constituye una intervención jurídico-penal destinada a la protección de bienes jurídi-

---

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

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

cos, dicha intervención debe ser, además, idónea para tal fin, necesaria y, por último, proporcional en sentido estricto (Frías, 2010: 4). Por tanto, el principio de proporcionalidad, más que un principio de legitimación material del derecho penal, constituye un principio de control de validez de afectación de derechos fundamentales en la intervención punitiva estatal.<sup>35</sup>

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

i) Principio de idoneidad: El derecho penal puede y debe intervenir solo cuando sea eficaz e idóneo para el fin perseguido y, por tanto, debe evitar su intervención cuando, político-criminalmente, se muestre inoperante, ineficaz o inadecuado (Aguado, 1999: 151).

ii) Principio de necesidad: Una intervención del derecho penal es innecesaria si el fin de la medida también puede ser alcanzado a través de otro medio igualmente (o más) eficaz que no restrinja o que restrinja en menor medida los derechos fundamentales en cuestión (Aguado, 1999: 159).

Para establecer el contenido de esta necesidad la doctrina suele incorporar en él ciertas consideraciones que, en suma, fundamentan el principio de necesidad. Tal es el caso del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y el principio de intervención mínima (Aguado, 1999: 160).

Bajo el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el derecho penal resulta necesario cuando así lo exija la protección de bienes jurídicos penales (Aguado, 1999: 159). Por otra parte, una reacción jurídico penal no se considera necesaria para proteger todos los ataques a bienes jurídicos en general, sino solo ante aquellos que revistan cierta importancia en atención a su gravedad y cuya protección no sea posible de realizar por otros medios, es decir, la actividad punitiva estatal debe responder al principio de intervención mínima.<sup>36</sup> Por tanto, el examen de necesidad que debe superar el derecho penal requiere ponderar tanto el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como el principio de intervención mínima.

iii) Principio de proporcionalidad en sentido estricto: Si la imposición de una pena implica la irrogación de un mal como desaprobación a un comportamiento previo y defectuoso, debe existir una proporción entre la irrogación de ese mal como re-

---

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

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

proche merecido, y la realización culpable del hecho punible como objeto del castigo. En sentido, el equilibrio entre gravedad del delito y la severidad de la sanción ha de determinarse mediante un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena, como afectación a derechos fundamentales, y el fin perseguido con el establecimiento de la norma penal (Aguado, 1999: 277).

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 (Frías, 2010: 10): 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 (Frías, 2010: 11). Esta ponderación retrospectiva de la proporcionalidad en sentido estricto está inserta en la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad en sentido amplio el cual, como principio aglutinador de otros límites al ejercicio del *ius puniendi* estatal, realiza un test de legitimación prospectivo conforme a la racionalidad de los fines dado que incluye el examen de idoneidad y necesidad de la pena como medio de control social (además de la proporcionalidad en sentido estricto) (Frías, 2010: 15). Así, la estructura del principio de proporcionalidad en sentido amplio está orientada a maximizar las libertades de las personas frente a la afectación de derechos fundamentales provocada por el derecho penal (Frías, 2010: 14).

### ¿Proporcionalidad en el registro de antecedentes penales?

Hasta ahora hemos advertido que los antecedentes penales se inician con la imposición de una sentencia penal condenatoria. A diferencia de esta sanción, el registro de estas anotaciones judiciales mantiene una duración indefinida, dado que su fecha de eliminación depende de la concurrencia de una serie de requisitos con los que debe cumplir el titular, además de las cargas institucionales a las que debe sujetarse.<sup>37</sup> Esto provoca que el registro de los antecedentes penales sea una fuente progresiva de afectación a los derechos fundamentales, cuya máxima expresión —como fuente de vulneración de derechos— se alcance en la etapa pospenitenciaria. En consecuencia, el examen de los antecedentes penales a la luz del principio de proporcionalidad se basa en las siguientes consideraciones:

i) Los antecedentes penales constituyen, en lo que hasta aquí se ha analizado, la irrogación de un mal pospenitenciario. Sin embargo, también reconocimos que estos

---

37. Por ejemplo, el Decreto de Ley 409 establece un periodo de firma mensual de dos o cinco años y, además, la persona debe haber observado muy buena conducta en la prisión; conocer bien un oficio o profesión; haber cursado a lo menos cuarto año de educación básica; y no haber sufrido ninguna condena hasta la fecha que se emita el decreto.

antecedentes son el resultado de la actividad punitiva estatal —específicamente la imposición de una sentencia penal condenatoria—, la cual se encuentra en constante necesidad de legitimación, debido a que lesiona derechos fundamentales. Si bien se podría sostener que debido a esta relación accesoria entre la pena y los antecedentes penales originados por su imposición estos ya estarían incluidos en un examen de legitimidad al igual que la pena, medidas cautelares u otras medidas de intervención del derecho penal, su extensión a etapas posteriores a la ejecución de la pena exigen que, al menos, se considere un nuevo examen para su conservación luego de concluida la etapa de sanción.

ii) En la etapa pospenitenciaria, los antecedentes penales constituyen un elemento disociado de la pena y se convierten en un foco autónomo de afectación a derechos fundamentales, lo que justifica un análisis de legitimidad circunscrito a los antecedentes penales.

### *El principio de idoneidad en el registro de antecedentes penales*

Tal como vimos, este principio exige que la intervención penal deba ser apta para la consecución de los fines para los cuales se aplica (Aguado, 1999: 152). Esta relación de aptitud del medio, como instrumento eficaz para alcanzar un fin, es lo exigido por el principio de idoneidad.

El fin perseguido por la actividad registral penal no fue establecido expresamente por el legislador, pero de acuerdo a la regulación del Registro General de Condenas es posible concluir que su principal función es la de auxiliar a los órganos de justicia penal.<sup>38</sup> Esto se fundamenta en el rol protagónico que tienen los antecedentes penales

---

38. El Decreto de Ley 645 nada dice sobre la finalidad perseguida con la creación de este registro. Sin embargo, bajo el sistema procesal penal vigente en Chile, la finalidad de auxiliar al sistema de justicia penal se mostraría como la principal finalidad de este registro basado en las siguientes consideraciones: i) de acuerdo a este decreto la función primordial del Registro General de Condenas se limita a registrar sentencias condenatorias penales; ii) consecuente con la recolección y conservación de datos, todo registro publica o divulga, en mayor o en menor medida, la información que recolecta. En el DL 645 se establece un número restringido de destinatarios a quienes el Registro General de Condenas puede y debe entregar la información referida a las sentencias penales registradas; iii) el círculo de usuarios que puede acceder a esta información está, en su mayoría, compuesto por órganos pertenecientes a la administración de justicia, tales como tribunales de justicia con competencia en lo penal, el Ministerio Público y el Juzgado de Policía Local, quienes podrán requerir, directamente, esta información al registro; iv) la entrega de información que realiza el Registro General de Condenas posee un rol explícito dentro del proceso penal —en el cual intervienen todos los destinatarios antes mencionados— al momento de determinar la naturaleza, magnitud y la forma de ejecución de una pena en tanto consecuencia jurídica impuesta sobre la persona responsable de un hecho jurídico-penalmente delictivo. Es decir, la información contenida en el Registro General de Condenas constituye un elemento crucial para que el tribunal competente efectúe la determinación exacta de la pena cuya imposición es objeto de la

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 (Mañalich, 2010a: 42). Así, los antecedentes penales cumplen una función auxiliar al ejercicio del *ius puniendi* en la determinación judicial de la pena, y se muestran como un medio para la aplicación de disposiciones penales pertinentes al momento de imponer una pena.<sup>39</sup>

En cuanto al Registro de Inhabilidades,<sup>40</sup> el registro de antecedentes penales relativos a delitos sexuales contra menores de edad también constituye una función auxiliar, que pretende garantizar el cumplimiento de las penas de inhabilitación absoluta perpetua o temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.<sup>41</sup> De este modo, se faculta a quienes tengan un legítimo interés en contratar a una persona para ejercer tales funciones,<sup>42</sup> evitar que un individuo perteneciente a este registro pueda quebrantar la inhabilidad.

En menor medida podemos añadir que, de acuerdo la clasificación de certificados de antecedentes penales contenida en la ley,<sup>43</sup> el registro de antecedentes penales constituye un medio para (des)acreditar requisitos respecto de quienes busquen desempeñarse en instituciones como Carabineros de Chile, Fuerzas Armadas, Policía de Investigaciones, entre otros. La ausencia de antecedentes penales constituye un requisito de idoneidad para estas instituciones.

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

---

sentencia respectiva.

39. Código Penal, artículo 69, artículo 11, artículo 12.

40. Decreto de Ley 645, artículo 1.

41. Código Penal, artículo 39 bis.

42. Decreto de Ley 645, artículo 6 bis.

43. Decreto Supremo 64, artículo 12.

### *El principio de necesidad en el registro de antecedentes penales*

El examen de necesidad supone determinar si existen medios igualmente (o más) idóneos, pero que resulten menos restrictivos de derechos fundamentales.<sup>44</sup> Ya analizada la dimensión práctica del registro de antecedentes penales cabe responder: ¿es necesaria la conservación de antecedentes penales en la etapa pospenitenciaria? La respuesta amerita realizar expresas consideraciones. Los antecedentes penales tienen su origen en la actividad registral, la cual constituye una serie de actos administrativos destinados a registrar la actuación jurídico-penal de imponer una sentencia condenatoria. Esto implica que la necesidad detrás de la conservación de antecedentes penales deba ser analizada tanto desde una perspectiva administrativa como desde otra jurídico-penal debido a la variedad de funciones que cumplen los antecedentes penales. Si bien el foco de investigación de este trabajo se basa en un análisis sobre la conservación pospenitenciaria de antecedentes penales desde una óptica jurídico-penal, un completo examen de proporcionalidad debe considerar todas sus variantes.

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

*¿Existe una necesidad administrativa en el registro de antecedentes penales?* La legislación no solo contempla el registro de las sentencias penales condenatorias, sino

---

44. Para efectos del análisis de proporcionalidad que aquí se propone, la necesidad en la actividad de registrar antecedentes penales debe entenderse en relación a su dimensión práctica; esto es, si los antecedentes penales constituyen un medio necesario para la consecución de determinados fines institucionales.

que también establece los mecanismos legales que posibilitan su eliminación. En particular, el DL 409 señala que es innecesario conservar la anotación penal en el prontuario de aquellas personas que han cumplido satisfactoriamente su condena.<sup>45</sup> En este sentido, hemos identificado un conjunto de normas destinadas a eliminar, o al menos a omitir, la existencia de antecedentes penales en etapa pospenitenciaria. Tal es el caso de la omisión y —eventual— eliminación de antecedentes penales que contempla la Ley 18.216 sobre medidas alternativas a las penas privativas de libertad. En esta ley en particular —que regula los casos de medidas alternativas a las penas privativas de libertad—, la omisión opera durante la fase de ejecución de condenas del individuo de forma automática al momento de solicitar el certificado de antecedentes penales al Registro Civil.<sup>46</sup> Si se cumple de manera satisfactoria la condena, el tribunal de oficio deberá comunicar al Registro Civil el fin de la ejecución de la pena para la eliminación de la anotación judicial a los que haya dado lugar la sentencia penal ya cumplida.<sup>47</sup> Este análisis nos lleva a dos conclusiones sobre la necesidad pospenitenciaria de los antecedentes penales. En primer lugar, el legislador sí vislumbra un escenario pospenitenciario sin antecedentes penales. La eliminación y, en menor medida, la omisión evidencian que la necesidad de conservar las anotaciones penales a etapas posteriores a la ejecución de la condena no es absoluta, e incluso es reconocido expresamente por el legislador que la integración del individuo a la comunidad en la etapa pospenitenciaria pierde gran parte de su eficacia con la conservación pospenitenciaria de antecedentes penales dado que la persona, luego de cumplir su condena, queda marcada para toda su vida con el estigma de haber sido condenado.<sup>48</sup> En segundo lugar, advertimos una tendencia a evitar la conservación de antecedentes penales a etapas pospenitenciarias. El legislador, en sus más recientes aportes en materia de eliminación y omisión de antecedentes penales como la Ley 18.216 —reformada por la Ley 20.603 el año 2012— y la Ley 19.628 del año 1999, facilita el acceso de los usuarios a la posibilidad de eliminar u omitir sus antecedentes penales. Sobre esto, rescatamos la ya citada Ley 18.216 que contempla hipótesis de omisión y eliminación que buscan evitar la conservación de antecedentes penales a etapas posteriores a la ejecución de la pena. En el caso de la Ley 19.628 se establece una hipótesis de omisión al momento de pedir un certificado de antecedentes penales que opera de forma automática una vez cumplida la sentencia penal.<sup>49</sup> En consecuencia, la tendencia normativa se encamina a restringir el uso de antecedentes penales solo a la etapa de ejecución de la pena.

---

45. Decreto de Ley 409, considerando 3.

46. Ley 18.216, artículo 38, inciso 1.

47. Ley 18.216, artículo 38, inciso 3.

48. Decreto de Ley 409, considerando 2.

49. Ley 19.628, artículo 21.

En conclusión, las señales que entrega el ordenamiento jurídico a través de la normativa sobre eliminación y omisión en la materia permiten sostener que el legislador propicia un escenario jurídico con prescindencia de antecedentes penales en la etapa pospenitenciaria para casos particulares. Sobre este punto mencionamos que algunas leyes especiales han optado por considerar el cumplimiento satisfactorio de la condena como requisito suficiente para eliminar u omitir antecedentes penales y evitar su extensión a etapas pospenitenciarias. Por tanto, si la conservación de antecedentes penales responde a una determinada necesidad de acuerdo a su dimensión práctica, hemos visto cómo el legislador —en ciertos casos— optó por facilitar su eliminación u omisión para crear un contexto jurídico con prescindencia de esta información, lo que equivale a decir que su conservación no resulta tan necesaria después de todo.

### *¿Necesidad jurídico penal en el registro de antecedentes penales?*

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

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

Por otro lado, de acuerdo al principio de intervención mínima, el derecho penal debe restringir su intervención a ataques graves a bienes jurídicos de especial impor-

tancia<sup>50</sup> cuando no existan medios menos lesivos para efectuar la protección del bien jurídico en cuestión.<sup>51</sup> Sobre este punto, la afectación a derechos fundamentales producida por la conservación pospenitenciaria de antecedentes penales no se muestra necesaria como reacción ante ataques graves a bienes jurídicos cuando ya se ha cumplido una sentencia condenatoria penal, ni tampoco constituye el medio menos lesivo de protección de dichos bienes, dado que una vez concluida la etapa de ejecución de penas el derecho penal emplea otros medios para la protección de bienes jurídicos como el establecimiento de normas penales, que si bien constituyen una restricción en la autonomía del individuo, implican una menor afectación a derechos fundamentales en comparación a la conservación pospenitenciaria de antecedentes penales.

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

### El principio de proporcionalidad *strictu* sensu en los antecedentes penales

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

Si el principio de proporcionalidad en *strictu sensu* busca el equilibrio entre los presupuestos de la reacción penal y la pena, tiene, por tanto, una naturaleza valora-

---

50. Aquí se hace alusión al principio de fragmentariedad del derecho penal. Para más información, véase Aguado (1999: 247).

51. Esta noción corresponde al principio de subsidiariedad del derecho penal. Para más información, véase Aguado (1999: 247).

tiva innegable y, como todo juicio valorativo, es un juicio en parte impreciso (Frías, 2010: 12). Sin embargo, establecer una escala proporcional entre delitos y penas al medir las consecuencias jurídicas contenida en la norma de sanción, desde el principio de proporcionalidad en *strictu sensu*, implica que al menos podamos afirmar que si dos delitos distintos son castigados con la misma pena el legislador considera ambos delitos de gravedad equivalente; en cambio, si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado por el legislador más grave que el segundo (Aguado, 1999: 281). En consecuencia, si dos delitos, considerándose uno más grave que el otro, se sancionan con la misma pena o el que se considera más grave se sanciona con una pena menor, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad en sentido estricto (Ferrajoli, 1995: 402).

### *Proporcionalidad en el acto de registrar*

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

En Chile, la regla general es registrar todas las sentencias condenatorias penales en el Registro General de Condenas<sup>52</sup> con prescindencia del delito cometido. Dado que el sistema de eliminación y omisión de antecedentes penales no prevé una eliminación automática de estos —salvo la excepción de la Ley 18.216— al terminar la ejecución de la pena, esto implica que la irrogación de un mal en la etapa pospenitenciaria recaiga sobre una persona indistintamente del delito por el cual haya sido condenado, lo que equivale a decir que ante delitos de distinta gravedad se están afectando, de igual forma, los derechos fundamentales mediante la conservación de antecedentes penales. Se vulnera así el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Quizás hasta aquí la consideración entre el acto de registrar una anotación judicial y la irrogación de un mal pueda parecer forzada, pero este razonamiento no resulta extraño en la legislación nacional. La valoración o ponderación entre el delito, la pena y sus correspondientes antecedentes penales en el acto de registrar sentencias condenatorias ha sido tratada por el legislador, por ejemplo, en materia de delitos

---

52. Decreto de Ley 645, artículo 3.

sexuales. En conjunto con el establecimiento de inhabilidades accesorias en materia de delitos sexuales contra menores de edad, la creación de un registro especial para registrar dichas inhabilidades<sup>53</sup> constituye una intervención punitivo estatal más intensa que el reproche penal efectuado al resto de los delitos dado que, tal como se discutió en la elaboración del proyecto de ley, al crear el registro se buscó incrementar las consecuencias jurídicas en materia de delitos sexuales,<sup>54</sup> situación que además tiene su correlato en el establecimiento en un procedimiento especial de eliminación de antecedentes penales más severo que el resto de los delitos.<sup>55</sup> Esta situación muestra una valoración negativa del legislador respecto de los delitos sexuales contra menores de edad en atención a la gravedad del ataque y al daño sufrido por la víctima<sup>56</sup> pero, desde la perspectiva de la actividad registral penal, no resultaría proporcional registrar y establecer procedimientos especiales de eliminación respecto de una clase de delitos sexuales sin que exista una valoración respecto del resto de los delitos contenidos en el ordenamiento jurídico.

En conclusión, si los antecedentes penales constituyen una fuente de vulneración de derechos fundamentales en la etapa pospenitenciaria, el acto de registrar sentencias penales debiese estar sujeto también a un examen de proporcionalidad en sentido estricto. En este sentido, en Chile no existe una ponderación entre la escala de delitos y los antecedentes penales a los que da lugar la sentencia condenatoria correspondiente. En incursiones recientes el legislador sí hizo una distinción respecto de los delitos sexuales contra menores de edad al crear un registro especial y establecer un requisito especial de eliminación de antecedentes penales llevados por dicho registro. Por tanto, una actividad registral, sujeta al examen de proporcionalidad en sentido estricto, debiese considerar qué delitos vale la pena registrar y cuáles no sobre la base del disvalor de la conducta contemplada por el legislador en el ordenamiento jurídico penal.

### *Proporcionalidad en la conservación pospenitenciaria de antecedentes penales*

A pesar de lo anterior, debe efectuarse un examen aun más riguroso respecto de la conservación de antecedentes penales como fuente progresiva de vulneración de derechos fundamentales, dado que en esta investigación lo hemos definido como la irrogación de un mal pospenitenciario.

---

53. Decreto de Ley 645, artículo 1.

54. Historia de la Ley 20.084.

55. Decreto de Ley 409, artículo 1 inciso 2. El decreto establece que en caso de que la persona hubiere sido condenada a la pena temporal del artículo 39 bis, de conformidad con el artículo 372, ambos del código penal, el derecho de eliminación establecido por el decreto solo se podrá ejercer transcurridos diez años desde el cumplimiento de la pena, sin importar el número de condenas que dicha persona tuviere.

56. Historia de la Ley 20.594.

Como remarcamos antes, uno de los problemas de la proporcionalidad en sentido estricto, en el caso de la ley penal, es establecer una relación valorativa y adecuada entre el delito y la pena en atención a las consecuencias jurídicas contenidas en la norma de sanción.<sup>57</sup> Empero, el problema de la proporcionalidad en sentido estricto respecto de los antecedentes penales en la etapa pospenitenciaria no es una cuestión de valoración, sino de merecimiento. Lo que debemos ponderar respecto de los antecedentes penales en la etapa pospenitenciaria no es la relación entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito, sino determinar cuál es la base que subyace al merecimiento que legitima un reproche constante e indefinido y que se extiende a etapas posteriores a la ejecución de la pena. Por tanto, la pregunta que el principio de proporcionalidad en sentido estricto debe responder es si resulta proporcionada la conservación de antecedentes penales incluso una vez cumplida, satisfactoriamente, la condena que dio origen a dicha anotación judicial.

Decir que una persona merece algo implica reconocer en ella determinadas circunstancias que justifican ese merecimiento (Feinberg, 1974: 56). Esto conlleva a identificar que aquello que la persona merece debe, necesariamente, serlo en virtud de alguna característica particular o conducta previa del sujeto, dado que nadie puede merecer algo a menos que exista alguna base para ello (Feinberg, 1974: 58). No se puede sostener, por ejemplo, que Cirila merece gratitud pese a que «no ha hecho nada en particular». Si se dice que Cirila merece gratitud, esto lleva implícita la pregunta «¿por qué lo merece?». Por supuesto podríamos desconocer las bases que justifican la gratitud, pero si negamos que existan dichas bases se pierde el derecho a usar la terminología «merecer». Incluso podríamos aseverar que Cirila debe ser tratada de forma agradable «por ninguna razón en particular», o por el solo hecho de «querer ser buena persona», pero es insostenible afirmar que Cirila merece ser tratada de forma agradable por ninguna razón en particular. A tal justificación subyacente a «merecer» le denominaremos base de merecimiento (Feinberg, 1974: 58).

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>58</sup> Según Feinberg a tales tratos es posible asignarles una función

---

57. En este sentido, las investigaciones empíricas en el campo del principio de idoneidad y el principio de necesidad resultan fundamentales frente a la realización del principio de proporcionalidad, de naturaleza eminentemente normativa. El campo científico, al igual que ocurría con el principio de idoneidad, constituye un elemento clave para conseguir la realización del principio de intervención mínima, puesto que se trata de principios de naturaleza empírica frente a la naturaleza eminentemente normativa del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Para más información, ver Frías (2010).

58. Feinberg distingue una variedad de tratos que él clasifica, de forma genérica, en premios (*awards of prizes*), asignaciones de grado (*assignments of grades*), recompensas y castigos (*rewards and punishments*), alabanza o reproche (*praise and blame*) y reparación y formas de compensación (*reparation, liability, and other modes of compensation*). Para más información, véase Feinberg (1974: 71).

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 (Feinberg, 1974: 68-69). Así, las actitudes que expresan estos tratos son denominadas «actitudes receptivas» (Feinberg, 1974: 70) y lo esencial a estas actitudes es que todas ellas responden a un objetivo fenomenológico, dado que estas se sienten en virtud de algo (Feinberg, 1974: 70). Esto permite identificar que las actitudes receptivas tienen una lógica de merecimiento intrínseca en ellas (Feinberg, 1974: 71) 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. De esta manera un reproche que no posea base que justifique su merecimiento difícilmente puede contar como reproche (Feinberg, 1974: 71).

## Conclusiones

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. En este sentido, la pena como reproche merecido tiene siempre como referencia –o como base del merecimiento– el quebrantamiento culpable de la norma penal y, por ende, la irrogación de un mal materializado en la ejecución de la pena solo puede ser entendida como un dispositivo convencional que es funcional al desempeño comunicativo de la pena como respuesta al hecho punible.

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. 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 pospenitenciario?

En términos de la función expresiva que le corresponde a la pena y los antecedentes penales, la dimensión práctica de estos últimos, en cualquiera de sus funciones auxiliares, no permitiría calificar como proporcionada su conservación pospenitenciaria. 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. Los antecedentes penales constituyen un registro de la carga expresiva de la pena como reproche merecido ante el hecho punible y si desaparece tanto la pena como el delito como resultado de la ejecución completa de la

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

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

## Referencias

- AGUADO, Teresa (1999). *El principio de proporcionalidad en derecho penal. Editoriales de Derecho Reunidas*. Madrid: Editorial Edersa.
- AGUILAR, Luisa, Carolina ESPINA, Olga ESPINOZA, Rodrigo LANDABUR, Fernando MARTÍNEZ, Alejandra MOHOR, Mauricio SÁNCHEZ, Carolina VIANO, Carolina VILLAGRA (2010). *Volver a Confiar, caminos para la integración postcarcelaria*. Santiago: Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana.
- BASCUÑAN R., Antonio (2007). «Derechos fundamentales y derecho penal». *Revista de Estudios de la Justicia*, 9: 47-74.
- BLUMSTEIN, Alfred, Kiminori NAKAMURA (2009). «Redemption in the Presence of Widespread Criminal Background Checks». *Criminology*, 47, (2): 327-359.
- DIDEROT, Denis (1970). *La enciclopedia*. Madrid: Editorial Guadarrama.
- FEINBERG, Joel (1974). *Doing and deserving: essays in the Theory of Responsibility*. Nueva Jersey: Princeton University Press.
- FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- 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*, 2: 1-33.
- FRISCH, Wolfgang (2007). «Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal». En Roland Hefendehl, Andrew von Hirsch, Wolfgang Wohlers (editores), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 309-349). España: Jurídicas y Sociales.
- GREENAWALT, Kent (1983). «Punishment». *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 74 (2): 343-362.
- GOFFMAN, Erving (2009). *Stigma: Notes on the management of spoiled identity*. Nueva York: Simon and Schuster Inc.
- HART, Herbert Lionel Adolphus (1980). *El concepto de derecho*. Trad. por Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- HORVITZ, María Inés, Julián López (2002). *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Jurídica de Chile.

- HRUSCHKA, Joachim (2005). *Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación*. Trad. por Pablo Sánchez-Ostiz. Navarra: Aranzadi.
- JACOBS, James, Tamara Crepet (2007). «The Expanding Scope, Use, and Availability of Criminal Records». *N.Y.U Journal of Legislation & Public Policy*, 11: 177.
- KINDHÄUSER, Urs (2010). «Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal». *Revista de Derecho y Humanidades*, 1 (16): 31-47.
- LESCH, Heiko H (1999). *La función de la pena*. Trad. por Javier Sánchez-Vera. Madrid: Dykinson.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2005a). «Pena y ciudadanía». *Revista de Estudios de la Justicia*, 6: 63-83.
- . (2005b). «La prohibición de la infraprotección como principio de fundamentación de las normas punitivas: ¿Protección de los derechos fundamentales mediante el derecho penal?». *Revista de Derecho y Humanidades*, 11: 245-258
- . (2007). «La pena como retribución». *Revista de Estudios Públicos*, 108: 117-206.
- . (2009). «Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena». En Urs Kindhäuser, Juan Pablo Mañalich, *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho* (pp. 29-38). Lima: Ara.
- . (2010a). «Norma e imputación como categorías del hecho punible». *Revista de Estudios de la Justicia*, 12: 165.
- . (2010b). «Retribución como coacción punitiva». *Revista de Derecho y Humanidades*, 1 (16): 49-67.
- . (2011a). «El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos». *Revista de Derecho y Humanidades*, 18: 163-178.
- . (2011b). «El delito como injusto culpable: Sobre la conexión funcional entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno». *Revista de Derecho*, 24 (1): 87-115.
- MARTÍNEZ MERCADO, Fernando (2008). *Asistencia pospenitenciaria en Chile: diagnóstico de la oferta pública*. Santiago: RIL.
- MOORE, Michael S. (1992). *Law as a functional kind. Natural Law Theory: Contemporary Essays*. Oxford: Oxford University Press
- . (2010). *Placing blame: A general theory of the criminal law*. Oxford: Oxford University Press.
- 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*. Buenos Aires: Pannedille
- ROBINSON, Paul H. (1990). «Rules of Conduct and Principles of Adjudication». *The University of Chicago Law Review*, 57 (3): 729-771. Disponible en <https://bit.ly/2yjuEyV>.

- ROXIN, Claus (1976). «Sentido y límites de la pena estatal en Problemas Básicos del Derecho Penal». En Claus Roxin, *Problemas básicos del derecho penal*, Trad. por Diego Manuel Luzón Peña (pp. 14-39). Madrid: Reus.
- SÁNCHEZ ROSSI, Carlos (2013). «Problemas de determinación de la pena en la Ley 20.393». Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago.

### **Reconocimientos**

Mi agradecimiento a las observaciones realizadas por los dos evaluadores anónimos de este artículo, así como también a los espacios de discusión generados por la ONG Leasur para la estructuración del presente trabajo.

### **Sobre el autor**

HUGO VILLALOBOS VALLEJOS es abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, ayudante *ad honorem* del Departamento de Ciencias Penales de la misma universidad en las cátedras impartidas por el profesor Miguel Schürmann Opazo, e investigador de la ONG Leasur. Su correo electrónico es hfvillobos@gmail.com.

