

LA ELIMINACIÓN DE ANOTACIONES PENALES EN CHILE

151

María Fernanda Aguilera Fortes¹

RESUMEN: El presente trabajo pretende resolver cuál es la normativa existente en materia de eliminación de anotaciones penales en Chile, dando cuenta si actualmente esta herramienta se torna útil para el objetivo previsto por el legislador. Para estos efectos, se revisan las normas que confluyen con la eliminación de anotaciones penales, especialmente las relativas a los diversos registros de datos creados recientemente en Chile, como el de inhabilidades en ámbitos educacionales del art. 39 bis del Código Penal, el de violencia intrafamiliar, el registro nacional de conductores y la ley que crea un registro nacional de A.D.N., dando cuenta que en determinados casos no existe una coherencia entre la normativa de la eliminación de anotaciones penales y los nuevos registros. Cada requisito y efecto previsto en las distintas normas de eliminación de anotaciones penales son analizados en el sentido de determinar las exigencias y problemáticas que cada uno conlleva. El análisis cuenta con jurisprudencia administrativa y judicial respecto a los distintos tópicos, así como también revela las estadísticas a nivel nacional sobre la eliminación de las anotaciones penales.

SUMARIO: Introducción. 1. Requisitos de la eliminación de anotaciones penales; 1.1. El Decreto Supremo N° 64 que Reglamenta la eliminación de prontuarios penales, de anotaciones y el otorgamiento de certificados de antecedentes; 1.2. El Decreto Ley N° 409 que establece normas relativas a reos. 2. Los efectos de la eliminación de anotaciones penales; 2.1 Indulto de las penas accesorias a las que estuviera condenada la persona; 2.2 Se le considere como si nunca hubiere delinquido para todos los efectos legales y administrativos. Conclusiones.

¹ Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales U. Diego Portales, Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal de la U. Diego Portales, Defensora penal pública juvenil. Correo electrónico: mf.aguilera.fortes@gmail.com

Introducción

Para comenzar a desarrollar la eliminación de anotaciones penales en Chile es necesario considerar que nuestra legislación contempla una serie de registros de bases de datos que se relacionan con la comisión de delitos. El principal registro existente en este ámbito es el Registro General de Condenas, que da cuenta del prontuario penal de una persona. Este registro se encuentra a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación (en adelante, SRCI), quien será el encargado de registrar la condena y todo lo relacionado con ella. Sin embargo, nuestra legislación actual no solo establece este registro general de condenas, sino que tenemos una amplia gama de otros registros que deben ser analizados para efectos de determinar si nuestro sistema de eliminación de antecedentes penales tiene algún efecto sobre ellos. Si se analiza nuestra legislación es posible observar que la tendencia en nuestro país ha sido a endurecer las normas de registro, siendo uno de los ejemplos que mejor da cuenta de esta idea el Registro Nacional de ADN. Sin perjuicio de esto, a lo largo de este artículo se pretende dar a conocer que la eliminación de anotaciones penales aún se erige como una herramienta para evitar los efectos nocivos que implica aparecer registrado como un condenado.² A pesar de mantener esta herramienta cierta utilidad práctica, no es posible desconocer que existe un problema de proporcionalidad con algunas normas, puesto que no son capaces de distinguir supuestos distintos de aplicación donde se podría esperar por parte del Estado una respuesta diferenciada.

² En este sentido, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, en su regla 58 da cuenta que el deber de la sociedad no termina con la liberación del recluso, sino que es necesario entregar una ayuda pospenitenciaria eficaz, que disminuya los prejuicios hacia el condenado y permita una readaptación a la comunidad. Así también el principio 10 de los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos. Ambas normas permiten entender que cuando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la reforma y readaptación como objetivo para las personas condenadas, también se está refiriendo al acompañamiento que debe entregar el Estado una vez terminada la condena.

El proceso de eliminación de antecedentes penales actualmente en Chile descansa en dos normativas que se han mantenido en nuestro ordenamiento jurídico desde la década de los 40, sin mayores modificaciones. Esto obliga a una revisión de cada hipótesis en que una persona puede eliminar sus anotaciones penales, debiendo considerar la publicación de diversas normas que incrementan la posibilidad de conocer no solo por medio del Registro de Condenas las anotaciones, sino que por otras vías que en ocasiones pueden generar el mismo efecto nocivo que el conocimiento de la anotación por medio de un certificado de antecedentes penales.

Existen dos decretos que regulan la eliminación de antecedentes penales, estos son el Decreto Ley N° 409 (en adelante, DL N° 409) y el Decreto Supremo N° 64 (en adelante, DS N° 64), siendo la finalidad de ambos la eliminación del prontuario penal de la persona. El legislador estimó que uno de los aspectos necesarios para lograr la reinserción social³ de una persona, es la ausencia de anotaciones penales en el extracto de filiación y antecedentes penales,⁴ sin embargo, el análisis que se realizará de estos dos cuerpos legales permitirá dar cuenta que, actualmente, la eliminación de anotaciones penales adolece de una serie de problemas que hacen ineficaz la utilización de estas herramientas para los fines previstos desde el punto de vista legal y, a su vez, tornando imprescindible una reforma al sistema de eliminación de antecedentes penales que compatibilice las demás normas sobre registros de nuestro país, a modo de que, en primer lugar, el objetivo

³ Es necesario considerar que existen diversos factores para que se logre este objetivo, siendo la eliminación de anotaciones penales una de las herramientas existentes. Sobre los diversos factores, véase en MANZANOS BILBAO, C., “Salir de prisión: la otra condena”, *Revista de servicios sociales*, N° 35 (1998), pp. 64-70, en: www.dialnet.unirioja.es [visitado el 29.03.2019].

⁴ Así se manifiesta en las consideraciones del Decreto Ley N° 409, cuando indica que la finalidad es “que una vez cumplida su condena y después de haber llenado ciertos requisitos, pasará a formar parte de la sociedad en las mismas condiciones que los demás miembros de ella y de que no quedará el menor recuerdo de su paso por prisión”.

establecido en la ley se pueda obtener y, en segundo término, se genere una corrección de estas normas desde el punto de vista del principio de la proporcionalidad.

Actualmente, ambas normativas en comento se encuentran a cargo de distintos servicios públicos. El DL N° 409 se encuentra radicado en Gendarmería de Chile, específicamente en el Departamento Pospenitenciario, a través de sus distintos Centros de Apoyo para la Integración Social⁵ (en adelante, C.A.I.S.). Su principal función es resguardar que las personas que quieran eliminar antecedentes penales por la vía del DL N° 409 realicen el control administrativo necesario para que, con posterioridad, los antecedentes recopilados durante el proceso sean enviados al Secretario Regional Ministerial de Justicia (en adelante, Seremi) respectivo. A su vez el DS N° 64 tiene como organismo encargado al SRCI, quien por medio del Departamento de Filiación Penal determina si una persona puede optar por esta vía. La decisión por parte de la persona de utilizar alguno de estos dos sistemas dependerá de la cantidad de condenas que se encuentran en su extracto de filiación y antecedentes, el tiempo transcurrido desde el cumplimiento de la pena y la duración que ésta tuvo.

A lo largo de este artículo se realizará una exposición y análisis de cada uno de los requisitos de estas dos normativas y se establecerá, en los aspectos que no han sido abordados jurídicamente, una propuesta que sea coherente con el objetivo que se busca con la eliminación de antecedentes penales, teniendo presente, sin embargo, que una reforma es esencial, pero considerando que antes que aquello ocurra es necesario interpretar cada requisito de una manera compatible con el objetivo buscado y las nuevas normativas existentes en materia de registros

⁵ Creados por Resolución Exenta N° 8930 de 1 de octubre de 2013, por el Director Nacional de Gendarmería de Chile. Estos C.A.I.S. dependen administrativamente de la Dirección Regional de Gendarmería de Chile y, técnicamente, del Departamento Pospenitenciario. Su objeto es proporcionar apoyo en el proceso de reinserción social a las personas que hayan cumplido con sus condenas.

que dan cuenta de materias penales. Con esto se busca dar contenido y, sobre todo, dar cuenta de cuáles son realmente los alcances de las distintas formas de eliminación de anotaciones penales en nuestro país.

1. Requisitos de la eliminación de anotaciones penales

Se revisarán los requisitos de ambos decretos, debiendo tener presente que acogerse a cualquiera de estas normas genera el efecto descrito en el artículo 9° del DS N° 64, esto es la eliminación del prontuario penal.⁶

Existe claridad en orden al efecto que producen estas normas en el Registro General de Condenas, sin embargo, no sucede lo mismo en relación a otros registros existentes. Durante el desarrollo de los requisitos se dará cuenta que tanto el DS N° 64 como el DL N° 409 son normas que coexisten en nuestro ordenamiento jurídico, pero que, sin embargo, las hipótesis de aplicación son distintas. En este sentido, no se está de acuerdo con lo desarrollado por Fuenzalida⁷ cuando indica que solo una de las normas en cuestión genera realmente el efecto de eliminar el prontuario penal, siendo la otra una institución que solo permite la omisión de los antecedentes penales, indicando que el DS N° 64 solo permite este último efecto, y no la eliminación de las anotaciones penales propiamente tales. La eventual colisión de normas que se indica por el autor, como se desarrollará más adelante, no es tal, puesto que los supuestos del DS N° 64 operan como prime-

⁶ Así también sucede con la Ley N° 19.962, publicada el 25 de agosto de 2004, que dispone la eliminación de ciertas anotaciones prontuariales. Como la aplicación de esta ley fue prevista de manera automática, en la práctica existen muy pocos casos en que su aplicación a petición de parte pueda surgir, sin embargo, es necesario tener presente que su ámbito de aplicación es para determinados delitos que se detallan en su art. 1° y art. 3°, cometidos entre el 11 septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990.

⁷ FUENZALIDA, I., “Regulación y efectos de las anotaciones prontuariales de los adolescentes”, *Revista jurídica del Ministerio Público*, N° 35, (julio 2008), pp. 321-337, en: www.fiscaliadechile.cl [visitado el 29.03.2019].

ra posibilidad de eliminación de la anotación penal, siendo bastante restringida su aplicación, en cambio el DL N° 409 permite abarcar casos que el DS N° 64 no contempla o casos en que es más rápido eliminar por la vía del DL N° 409. Esto, además, es avalado por la única norma que se refiere a los casos en que un prontuario penal es eliminado, el art. 9° del DS N° 64 que indica que esto se verificará cuando se den hipótesis del DS N° 64, cuando se haga aplicación del DL N° 409 y por la muerte de la persona. De esta forma, la alusión a que la coexistencia de estas dos posibilidades de eliminación generaría el desuso de la más exigente –DL N° 409– no es tal, ni tampoco el argumento temporal en orden a que el DS N° 64 es posterior y no se hizo cargo de la norma del DL N° 409. Por último, la alusión al carácter provisional del DS N° 64, que el autor menciona, se desarrollará al final del análisis de los requisitos de ambas normas.

Se debe tener presente que ambas normas parten de la base que el cumplimiento de la pena debe haberse verificado y declarado, con la salvedad de que en el DS N° 64 hay hipótesis en que la aplicación de la eliminación de anotaciones penales se debe precisamente a que no se ha establecido la responsabilidad penal. Sin embargo, el resto de las causales en el DS N° 64, así como el presupuesto del DL N° 409 es que la o las penas se encuentren cumplidas. Para estos efectos, se ha entendido que el cumplimiento a que se refiere el DL N° 409 y las letras f), g) y h) del DS N° 64, no se refiere solo al N° 2 del art. 93 del Código Penal (en adelante, CP), sino que es más amplia, refiriéndose a las causales de extinción de responsabilidad penal.⁸ Incluso, se ha determinado que el cumplimiento insatisfactorio que permitía la antigua Ley N° 18.216 en su artículo 28, es un cumplimiento válido

⁸ Se ha entendido que las causales de extinción de responsabilidad penal son situaciones que en algunos casos imposibilitan que los efectos de una responsabilidad penal ya declarada se produzcan y en otras situaciones impiden que exista un pronunciamiento sobre dicha responsabilidad. CURY, E., *Derecho Penal. Parte general*, Chile, Santiago, 8ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 784.

para efectos de la eliminación de anotaciones penales, debido que para todos los efectos esto constituye un cumplimiento, sin que ninguna de las normas que permiten la eliminación de la anotación establezca un tratamiento diferenciado para un cumplimiento insatisfactorio frente a uno satisfactorio.⁹ En cuanto a la forma de acreditar el cumplimiento de la pena, se ha establecido que idealmente el cumplimiento debe constar en el extracto de filiación y antecedentes, sin embargo, si esto no ocurre, también se puede acreditar el cumplimiento por medio de resoluciones judiciales, o un decreto del Ministro de Justicia, en casos de indultos, u oficios de Gendarmería de Chile.¹⁰

157

Establecido que es un presupuesto que la o las condenas se encuentren cumplidas para poder optar a la eliminación de anotaciones penales, surge la necesidad de apoyar a las personas que no cumplen con este presupuesto, estando actualmente esta tarea encomendada a Gendarmería de Chile.¹¹

⁹ SUBSECRETARÍA DE JUSTICIA, “Oficio Ordinario N° 5805 del 19 de agosto de 2013 que instruye respecto a criterios para la aplicación del Decreto Ley N° 409, de 1932”, *Compendio de normas e instrucciones para la aplicación del D.L. N° 409*, (2013), pp. 52-59, en: www.minjusticia.gob.cl/media/2014/03/COMPENDIO%20DE%NORMAS.pdf [visitado el 02.04.2019]. Se planteó la controversia a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco en Rol 117-2013, debido a que según Gendarmería de Chile el cumplimiento insatisfactorio no permitiría acceder a la eliminación vía DL N° 409, controversia anterior a que se emitiera un pronunciamiento por parte del Subsecretario de Justicia, sin embargo, la Corte de Apelaciones rechaza al recurso debido a que al momento de resolver Gendarmería ya había permitido el ingreso a la eliminación vía DL N° 409 al recurrente. De esta forma, existe actualmente consenso en que el cumplimiento insatisfactorio, para los efectos de la eliminación de anotaciones penales, es suficiente.

¹⁰ SUBSECRETARÍA DE JUSTICIA, “Oficio Ordinario N° 9020 del 24 de diciembre de 2007 que remite informe sobre materia que indica”, *Compendio de normas e instrucciones para la aplicación del D.L. N° 409*, (2013), p. 42, en: www.minjusticia.gob.cl/media/2014/03/COMPENDIO%20DE%NORMAS.pdf [visitado el 02.04.2019].

¹¹ Gendarmería de Chile, a través de las Oficinas de Diagnóstico Prontuario (O.D.P) se encarga de aclarar el prontuario penal de la persona que quiera acceder a la eliminación de antecedentes y no acredite el requisito de cumplimiento de la pena. Estas oficinas se encuentran en los C.A.I.S.

1.1. EL DECRETO SUPREMO N° 64 QUE REGLAMENTA LA ELIMINACIÓN DE PRONTUARIOS PENALES, DE ANOTACIONES Y EL OTORGAMIENTO DE CERTIFICADOS DE ANTECEDENTES

1.1.1. *Consideraciones previas*

La publicación de esta norma fue realizada el 27 de enero de 1960 y ha sido modificada en cuatro oportunidades. A modo general, este decreto además de establecer hipótesis en que se puede eliminar una anotación y por consiguiente el prontuario penal,¹² también regla la apertura de los prontuarios penales, estableciendo que no en todos los casos se procede a abrir un prontuario penal,¹³ las hipótesis serán la comisión de crímenes,¹⁴ los simples delitos¹⁵ y los cuasidelitos.¹⁶ Para la comisión de las faltas penales se establece que solo cuando existan tres condenas por faltas penales se procederá a la apertura del prontuario penal, sin embargo, esta norma debe ser concordada con el artículo 3° del DL N° 645 sobre el Registro General de Condenas, que da cuenta que en determinadas faltas penales la regla de tres comisiones de faltas no se aplica. Estos casos son las faltas de los artículos 494 N° 19, 494 bis y 495 N° 21 del CP, en estas hipótesis la comisión de una sola falta genera el efecto de apertura del prontuario penal, tornándose una excepción a la regla general.

¹² El prontuario penal es un documento público que da fe de la identidad de una persona y de las anotaciones judiciales que registra. El prontuario penal deberá llevar las siguientes menciones: individualización jurídica de la persona, individualización dactiloscópica, fotografía y anotaciones judiciales, art. 1° DS N° 64. Para efectos de claridad es necesario considerar que el certificado de antecedentes no es lo mismo que el prontuario penal, sino más bien el documento público que acredita si una persona determinada registra anotaciones judiciales en su prontuario, art. 11 DS N° 64.

¹³ Artículo 3° DS N° 64.

¹⁴ Presidio mayor en cualquiera de sus grados y presidios perpetuos.

¹⁵ Presidio menor en cualquiera de sus grados.

¹⁶ Art. 490 y ss. CP.

1.2.2. *Causales de eliminación de antecedentes penales*

Es el artículo 8° del decreto en cuestión que se hace cargo de las distintas hipótesis en que una persona puede eliminar sus antecedentes por esta vía. Solo si una persona se encuentra dentro de los numerales que se pasarán a exponer podrá acudir al Servicio de Registro Civil para que, sin otro trámite, se proceda a eliminar su prontuario penal según el artículo 9° letra a) del DS N° 64 el trámite es a petición de parte.

Las causales se pueden clasificar en dos grandes grupos, la primera, dice relación con declaraciones judiciales en que se dé cuenta que no es posible establecer la responsabilidad penal, y las que dicen relación con penas concretas impuestas de menor entidad y el transcurso de un determinado período de tiempo. Asimismo, se establece una regla diferenciada para el caso de los condenados adolescentes y una causal que permite subsanar errores manifiestos.

Entre el año 2013 al año 2018 hubo 129.770 solicitudes de eliminación por la vía del DS N° 64, de las cuales 22.478 anotaciones fueron efectivamente eliminadas del prontuario penal.¹⁷

a) *Imposibilidad de establecer responsabilidad penal*

La posibilidad que establece el DS N° 64 referente a esta clasificación opera bajo la lógica que, ante determinados supuestos en que la investigación de un delito ha fracasado, o bien, la pretensión punitiva no ha logrado una condena, la forma de eliminar la anotación penal

¹⁷ Las estadísticas fueron entregadas por el SRCI por medio de Carta FP N° 42 de fecha 11 de marzo de 2019, en virtud de una solicitud por medio del portal de Transparencia. Se hace mención a que la información elaborada se realiza en base a las actuaciones registradas en una fecha y hora determinadas, las que esencialmente podrían variar, no constituyendo una estadística oficial del Estado de Chile. La información entregada no indica el motivo de rechazo de las solicitudes aclarando que no cuentan con dicha información.

será con un procedimiento más expedito, en que solo se necesitará constatar este hecho para que opere la eliminación.

Dentro de este grupo se encuentran las siguientes hipótesis:

Dictación de una sentencia absolutoria¹⁸

Cuando se ha dictado en el proceso penal un sobreseimiento definitivo,¹⁹ sin embargo, bajo la lógica de esta clasificación, se establece que no será posible acudir a esta causal si el sobreseimiento definitivo se funda en las causales de extinción de responsabilidad penal, de prescripción de la pena, cumplimiento de la pena o indulto. Estas tres causales de extinción de responsabilidad penal operan con posterioridad a que un tribunal estableciera la responsabilidad penal de una persona, así se ha estatuido respecto a la prescripción de la pena, indicándose que “extingue la responsabilidad penal ya declarada en una sentencia firme”.²⁰ Bajo esta lógica es necesario considerar que cuando opera esta causal de extinción de responsabilidad penal, a lo que se renuncia, en consideración al tiempo transcurrido, es a ejecutar la pena, sin embargo, esto no permite afirmar que la persona no fue condenada. En el mismo sentido, el indulto se entiende como una causal

¹⁸ El art. 8° letra a) establece la evidente exigencia que la resolución se encuentre firme y ejecutoriada. Como en el sistema antiguo de justicia criminal el solo hecho de realizar la declaratoria de reo implicaba que esta circunstancia se dejara de manifiesto en el prontuario penal, se podía dar la circunstancia que una vez absuelta la persona aún se mantuviera vigente la anotación penal en el prontuario.

¹⁹ Art. 8 letra b). Es necesario para estos efectos considerar el art. 250 del Código Procesal Penal en que se establecen las causales de sobreseimiento definitivo, como asimismo el art. 408 del Código de Procedimiento Penal. Solo respecto de la letra d) del art. 250 del Código Procesal Penal se establece la limitación de que la extinción de responsabilidad penal en que se funda el sobreseimiento definitivo no se puede referir a la prescripción de la pena, indulto o cumplimiento de la pena. El mismo resguardo está respecto al numeral 6 del art. 408 del Código de Procedimiento Penal.

²⁰ CURY, *Derecho Penal*, cit. nota N° 7, p. 797. No ocurre lo mismo en el caso de la prescripción de la acción penal, puesto que no estamos en hipótesis en que se haya establecido la responsabilidad penal.

que “sólo remite o conmuta la pena; pero que no quita al favorecido el carácter de condenado (...)”.²¹ Por último, en el mismo sentido, el cumplimiento de la pena tampoco da cuenta de la imposibilidad de establecer la responsabilidad penal, sino más bien todo lo contrario, se cumple la pena debido a que se estableció esta responsabilidad.

Por lo tanto, un sobreseimiento definitivo fundado en otra de las causales que contiene el art. 250 del Código Procesal Penal o el art. 408 del Código de Procedimiento Penal, que dice relación por ejemplo, con la prescripción de la acción penal, sí podrá encuadrarse dentro del art. 8° b) del DS N° 64.

Cuando se ha dictado auto de sobreseimiento temporal firme o ejecutoriado, siempre y cuando se refiera a las causales 1 y 2 del art. 409 del Código de Procedimiento Penal.²² Las causales a las que se hace alusión se refieren al supuesto material del delito e insuficiencia de indicios referidos a la autoría o participación de la persona. Esta causal se refiere solo al procedimiento penal antiguo, en que es necesario considerar que la dictación de un auto de sobreseimiento temporal se realizaba en la etapa de sumario de la investigación y que en caso de que se dictara este auto generaba el efecto de poner en libertad al procesado, archivando los antecedentes y en que solo por medio de una decisión del juez éstos podían conservarse, si éste lo considerara necesario para evitar la frustración de la investigación. Hay que tener presente que la figura del sobreseimiento temporal “constituye un fracaso de la investigación –que no se reconoce formalmente– desde el momento en que implica mantener un número amplísimo de casos abiertos con todos los problemas que ello acarrea, y vigente, indefinidamente, la posibilidad de la persecución penal en contra del imputado, con toda la incertidumbre que ello implica”.²³ Por lo tanto,

²¹ Art. 93 N° 4 del CP.

²² Art. 8° letra c) DS N° 64.

²³ PFEFFER, E., *Código Procesal Penal anotado y concordado*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 301.

este razonamiento de la figura del sobreseimiento temporal hay que complementarlo con las figuras específicas que permiten una eliminación de antecedentes por la vía del DS N° 64, puesto que al existir un sobreseimiento temporal por no poder justificar completamente la perpetración del delito o acreditar la participación, se está dando cuenta que no será posible continuar con la investigación ya que ésta, durante toda la etapa del sumario, ha fracasado.

Cuando el condenado ha sido favorecido con una ley de amnistía en la causa que pretende eliminar.²⁴ A diferencia del indulto, el efecto de la amnistía tiene mayor amplitud, extinguiendo no solo la pena, como en el caso de la prescripción, sino que también todos los efectos asociados a la pena. Lo que sucede con esta institución es que el legislador realiza una reevaluación de los hechos, estimando que desde el punto de vista político criminal el injusto penal ya no es tal. A este respecto se ha establecido que a los amnistiados “(...) se les concede una excusa absolutoria que determina su completa impunidad e, incluso, la imposibilidad de examinar la responsabilidad penal de aquellos a quienes se imputan cuando aún no ha sido declarada.”²⁵

Es posible que una persona se encuentre en varias de estas hipótesis, pudiendo solicitar al SRCI que elimine diversas anotaciones penales del extracto de filiación y antecedentes. A diferencia del otro grupo de causales, la exigencia para la eliminación en estos casos no obedece a la cantidad de condenas, por ende, estando, por ejemplo, cinco anotaciones en alguna de las situaciones antes descritas, el SRCI debería proceder a la eliminación de cada una de ellas.²⁶

²⁴ Art. 8° letra d) DS N° 64.

²⁵ CURY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 7, p. 790.

²⁶ En este sentido se pronunció la Contraloría General de la República en Dictamen N° 21631 de 26 de abril de 2010, estableciendo que el SRCI en virtud del art. 8° letras a) y e) del DS N° 64 debía eliminar dos anotaciones distintas. Es dable señalar que en este caso la persona tenía más anotaciones penales, por ende, operando las letras a) y e) del

b) *Conductas de menor entidad en las que ha transcurrido un determinado periodo de tiempo*

Las causales de eliminación de antecedentes penales que se incluyen en este grupo, dan cuenta que ante delitos de menor entidad respecto de los cuales ha transcurrido un determinado período, el registro no posee la misma relevancia que en causas de mayor gravedad. Se extrapola esta idea a partir de la exigencia transversal en estas causales que se trate de la primera causa penal.²⁷ Por lo tanto, lo que entiende el legislador que se logró en estos casos y por ende, la razón para hacer más expedita la eliminación de anotaciones penales, es que la persona no haya reincidido. Esta reincidencia no es entendida según el art. 12 N° 14, N° 15 y N° 16 del CP, puesto que la exigencia es que la anotación sea la única que exista en el prontuario penal, no siendo posible, por ende, que una persona tenga en su prontuario penal dos anotaciones, en que en ninguna de ellas se haya declarado la agravante de reincidencia y pueda acceder al DS N° 64, puesto que el fundamento de estas causales de eliminación de anotaciones penales es que la persona haya observado una conducta apegada a las normas penales durante un número determinado de años, entendiendo que la exigencia de la evitación de reincidencia que fundamenta una eliminación más expedita es en sentido amplio, esto es que no haya sido condenado el sujeto por sentencia firme y ejecutoriada en más de una oportunidad durante un determinado período de tiempo.

Sin embargo, es necesario hacer mención a que este grupo de causales sí puede coexistir y ser solicitada respecto al otro grupo de causales antes descritas, puesto que, como se describió anteriormente, el primer grupo de causales dice relación con causas en que no fue

artículo en comento, no existiría posibilidad de eliminar el prontuario penal en virtud del art. 9° del DS N° 64.

²⁷ Exigencia avalada por la Contraloría General de la República, dictamen N° 25338 de abril de 2011, así también dictamen N° 41718 de julio de 2013, en que se da cuenta que existiendo dos anotaciones no es posible aplicar el art. 8° letra g) del DS N° 64.

posible establecer la responsabilidad penal de una persona, y operan una vez constatado el hecho que exige la norma, por ende, eliminada una anotación penal en virtud de las hipótesis del primer grupo de causales, es posible cumplir la exigencia de este segundo grupo en el sentido de entender que es la primera anotación.

Las causales dentro de este grupo se diferenciarán por gravedad del ilícito, distinguiendo también en los casos de adolescentes condenados, siendo una constante la atención al tiempo transcurrido y teniendo como base que la condena debe estar cumplida. Esta última exigencia es en sentido amplio y no solo haciendo alusión al art. 93 N° 2 del CP, ya que en este grupo de causales es posible incorporar lo que en el otro grupo había sido excluido, esto es la prescripción de la pena y el indulto, sin embargo, la exigencia será mayor para acceder a esta eliminación, puesto que deberá haber transcurrido un determinado período de tiempo, cobrando relevancia lo establecido con anterioridad sobre el funcionamiento de la O.D.P. y la herramienta de la prescripción, puesto que el paso del tiempo necesario para que opere alguna causal no será desde la fecha en que consta la anotación, sino más bien desde el cumplimiento de la pena en sentido amplio, lo que en el caso de la prescripción es desde su declaración. Por último, mencionar que en este grupo de causales no se distingue la forma de cumplimiento que se estableció en la sentencia, pudiendo tratarse de un cumplimiento efectivo o por medio de la Ley N° 18.216, sin perjuicio de esto es necesario considerar que como la exigencia base es que sea la primera anotación, las hipótesis fácticas que se pueden dar generalmente se tratarán de cumplimientos en el medio libre.

Los supuestos del DS N° 64 que obedecen a esta clasificación son las siguientes:

Anotación de una falta penal²⁸ en que desde el cumplimiento de la pena hayan transcurrido tres años.²⁹

Anotación por una condena referida a un simple delito.³⁰ Solo se aplica a condenas de penas en abstracto que sean de simple delito, pero que, además, la pena en concreto no sea una pena aflictiva, es decir, la condena puede ser hasta de 3 años. Una vez cumplida la pena el período de tiempo que debe transcurrir para poder eliminar la anotación penal por medio de este decreto, es de 5 años. La misma exigencia se hace respecto de los cuasidelitos tanto sobre la pena impuesta como respecto del período de tiempo exigido.

Anotación por una condena referida a un crimen.³¹ Cuando la pena en abstracto es referida a un crimen y la pena en concreto no excede los 3 años, una vez cumplida la pena, el sujeto puede acceder a la eliminación de la anotación penal vía DS N° 64 una vez transcurridos 10 años desde el cumplimiento.

Anotación penal de un adolescente.³² En la norma en comento se establecen dos hipótesis para el tratamiento de las anotaciones penales de los adolescentes. Antes de analizar cada una de ellas es necesario considerar el art. 2° inc. 4 del DL N° 645 que establece: “Los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad sólo podrán ser consignados en los certificados que se emitan para ingresar

²⁸ Es necesario tener en consideración que no todas las faltas se registran en el prontuario penal, como se describió en este acápite, por lo tanto, la hipótesis de la letra f) del art. 8° del DS N° 64 dirá relación con las faltas establecidas en el art. 3° del DL N° 645, puesto que solo éstas se anotarán en el prontuario penal. Si la hipótesis se refiere a las demás faltas, en que solo se abre prontuario penal cuando hay tres condenas de faltas, la persona no se podrá acoger a esta causal, puesto que rige la exigencia de que sea la “única anotación en el prontuario”.

²⁹ Art. 8° letra f) DS N° 64.

³⁰ Art. 8° letra g) DS N° 64.

³¹ Art. 8° letra g) DS N° 64.

³² Art. 8° letra h) DS N° 64.

a las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile y a la Policía de Investigaciones o para los fines establecidos en el inc. 1 de este artículo”, es decir, a los Tribunales y Ministerio Público. En este sentido, nuestra legislación nacional contiene, escuetamente, el fundamento de las normas internacionales de adolescentes que regulan la materia, buscando por esta vía evitar los efectos nocivos del paso por el sistema penal de un adolescente. Los registros de los adolescentes en esta materia cobran especial relevancia frente al artículo 16 de la Convención de Derechos del Niño, que establece como un principio reforzado frente al sistema de adultos que “ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (...)”. En este entendido, la diferenciación que hace el DS N° 64 en esta materia se puede visualizar como una protección a este principio general, puesto que sí establece normas diferenciadas para ciertos casos de adolescentes si se compara con el sistema de adultos, sin embargo, las diferencias no son suficientes, dejando fuera una gran cantidad de casos en que al no ser posible adherirse a este decreto, generan la consecuencia de tratamiento indiferenciado a un grupo vulnerable en que existe el deber de aplicar normas que consideren el interés superior del niño o adolescente, establecido en el art. 3 de la Convención de Derechos del Niño. La diferencia frente al sistema de adultos es que los tiempos de espera son menores, en este sentido, si el adolescente fue condenado a una pena no aflictiva,³³ la eliminación de la anotación penal es inmediata desde que el adolescente cumple su pena, esto quiere decir desde que se informa el cumplimiento de la pena al SRCI por parte del tribunal que certifica,³⁴ sin embargo, hay que tener presente que constatado el cumplimiento de la pena, la eliminación no es

³³ Para determinar la aflictividad de la pena en el sistema adolescente es necesario acudir al resultado de la aplicación del art. 21 de la Ley 20.084, no considerando, para estos efectos, los artículos 23 y 24 de la misma.

³⁴ El art. 37 de la Ley 20.084 establece que es el director del programa o director del centro, quien debe informar inmediatamente del cumplimiento de la sanción al juez de control de ejecución, debiendo remitir copia de la información al SRCI y al defensor.

automática, puesto que como indica el art. 10 del DS N° 64, opera a petición de parte. En caso que la pena sí sea aflictiva, entonces se impone una espera de 3 años desde el cumplimiento de la pena para que se solicite la eliminación de la anotación penal. De todas formas, se da cuenta que el sistema de registro cede en cierta medida frente a los delitos cometidos por adolescentes, siempre y cuando no exista reiteración de conductas punibles.³⁵

Se indica, además, en el inciso final del art. 8° del DS N° 64 que, en general, la petición de que opere alguna de las causales antes aludidas es entregada a la parte interesada, sin embargo, transcurridos 20 años o más desde el cumplimiento de la pena, el Director del SRCI podrá eliminar de oficio la anotación referente a las causales antes desarrolladas, siempre y cuando se cumpla con todos los requisitos establecidos.

c) *Anotaciones manifiestamente erróneas*³⁶

La circunstancia de que sea manifiestamente errónea una anotación penal será determinada por el Director del SRCI debiendo basarse en antecedentes e informes que así lo demuestren. Esta causal debe ser analizada en base al art. 7° del DL N° 645 que indica que los errores u omisiones del Registro (refiriéndose al de Condenas) por defecto de los datos remitidos, solo podrán ser subsanados por orden del juez que dispuso la inscripción, ya sea de oficio o a petición de parte. Para que ambas normas cobren sentido y una disposición no quede sin aplicación, es necesario considerar que el DS N° 64 entrega la facultad al Director del SRCI en hipótesis de errores manifiestos y, por ende, cuando aquello no sea manifiesto el procedimiento que rige

³⁵ Sin perjuicio de lo desarrollado en cuanto a la eliminación de antecedentes penales, existe la discusión respecto a si en caso de que no proceda la eliminación del prontuario penal, los antecedentes penales registrados durante la adolescencia deben ser considerados con posterioridad en un proceso de adultos. Sobre el tema véase Corte Suprema, Rol N° 4419-13 del 17 de septiembre de 2013, y COUSO, J.; DUCE, M., *Juzgamiento penal de adolescentes*, 1ª ed., Lom, 2013, pp. 87-91.

³⁶ Art. 8° letra e) DS N° 64.

es el del art. 7° del DL N° 645. De esta forma, el hecho de establecer lo descrito anteriormente da cuenta que el SRCI no está facultado para determinar el mérito en estos casos, puesto que cuando el error es dudoso, quien debe corregir es el juez, de oficio o a petición de parte.³⁷

Por último, la segunda parte de esta causal de eliminación de anotaciones penales establece que frente a casos de fuerza mayor comprobada que no permitan verificar la anotación penal, el Director del SRCI resolverá a conciencia. Los casos de aclaración prontuarial en que no exista constancia del cumplimiento de la causa, pueden encuadrarse dentro de esta eliminación de la anotación, argumentando principalmente que la pérdida de la certificación del cumplimiento de la pena fue por un hecho ajeno a la voluntad del condenado, que era imposible de prever y que se realizaron todas las gestiones para subsanar la situación, pero que no se logró acreditar el cumplimiento de la pena. Las certificaciones de los tribunales, archivero judicial y Gendarmería de Chile con que cuente la O.D.P. en el sentido de que la causa y la certificación del cumplimiento de la pena se encuentran extraviadas serán de relevancia para acreditar que estamos ante un hecho insuperable.³⁸

³⁷ La Contraloría General de la República, conociendo de un caso en que existían dos roles de causas en controversia y en un contexto en que una causa se había acumulado a otra, estableció que “no existiendo en el registro nacional de condenas información acerca de la antedicha causa rol N° 97788, y no habiéndose obtenido información sobre la misma por parte de los tribunales de justicia, es dable ponderar que en la especie se haya configurado la situación descrita en el artículo 8 letra e) (...) ello especialmente atendidas las similitudes entre las causas ya referidas, rol N° 97788, que aparece en el certificado de antecedentes de que se trata, y la causa rol N° 97789 que fue fallada en conjunto con la causa rol N° 34366”. Dictamen 21631 del 26 de abril de 2010 de la Contraloría General de la República.

³⁸ En causa RIT N° 29-2011 del Tribunal Oral en lo Penal de Cauquenes, RUC N° 0900418029-9, se da cuenta que al constar la certificación del archivero y del tribunal en orden a dar cuenta que se presume que la causa en cuestión, que quiere ser eliminada, fue destruida en el incendio que afectó a los tribunales en 1990 y que la unidad de cumplimiento de Gendarmería de Chile certifica también que no existen antecedentes de la causa en cuestión, era perfectamente posible que se aplicara el DS N° 64 letra e). El tribunal da

1.2. EL DECRETO LEY N° 409 QUE ESTABLECE NORMAS RELATIVAS A REOS

Según las consideraciones que se tuvieron a la vista al momento de crear la norma, es que la eliminación de anotaciones penales es un medio para levantar la moral del penado para que se esfuerce por obtener su mejoramiento por medio del estudio, del trabajo y de la disciplina, y de esta forma, una vez cumplidos los requisitos legales, se le asegure que pasará a formar parte de la sociedad en las mismas condiciones que los demás miembros de ella y de que no quedará el menor recuerdo de su paso por la prisión.

Durante el año 2019, según información de Gendarmería de Chile,³⁹ existe una población vigente de 27.109 personas en el sistema pospenitenciario. En el año 2018 se enviaron 5.770 solicitudes de eliminación por parte de Gendarmería de Chile, correspondiendo 1.030 de dichas solicitudes a personas que provenían del sistema cerrado y 4.571 del sistema abierto (penas sustitutivas).⁴⁰

El decreto en comento establece una serie de requisitos que se pasan a desarrollar, y que se adquieren de una manera voluntaria por parte del sujeto que se quiere adscribir a esta vía, para que una vez cumplidos ellos se proceda a la eliminación del prontuario penal. El procedimiento a seguir es, en primer término, que la persona se

cuenta que el acusado realizó todas las peticiones correspondientes y cumple con todos los requisitos para eliminar su anotación por esta vía, sin que sea atribuible a él la demora del SRCI en la eliminación de dicha anotación, dando por concurrente la atenuante de irreprochable conducta anterior.

³⁹ Los datos estadísticos se encuentran publicados en www.gendarmeria.gob.cl [visitado el 04.04.2019].

⁴⁰ Información entregada por Gendarmería de Chile en carta N° 226 del 17 de enero de 2019, solicitado por medio del portal de Transparencia. Se indica que además existen 169 solicitudes efectuadas por parte de personas que provienen del sistema de cumplimiento efectivo especial, sin hacer mención a qué sistema se refiere.

controle en el C.A.I.S.⁴¹ por un determinado periodo de tiempo, 2 o 5 años, para que, con posterioridad, y cumpliendo el resto de los requisitos, el C.A.I.S. envíe los antecedentes al Seremi de Justicia de la región, quien una vez analizado el cumplimiento de cada uno de los requisitos, emite una resolución⁴² en que concede o rechaza la solicitud de eliminación del prontuario penal. Una vez emitida la resolución por parte del Seremi de Justicia existe la posibilidad, en caso de rechazo de la solicitud, de interponer recursos administrativos y judiciales.

1.2.1. *Haber observado muy buena conducta en la prisión o en el lugar en que se cumplió su condena, cuando se trate de pena de prisión, presidio, reclusión o relegación*

En la práctica, este requisito ha sido cumplido por medio de un certificado que emite el C.A.I.S. al que concurrió la persona durante los 2 o 5 años, haciendo alusión a la conducta observada durante el período de control en el C.A.I.S. La fundamentación que se entrega para considerar esta conducta y no la que dice relación con el cumplimiento de su pena, es que en caso de proceder de otra forma no se estaría asegurando la igualdad de condiciones de las personas que

⁴¹ Cuando no existe un C.A.I.S. en el lugar de residencia de la persona, es posible que otra unidad de Gendarmería de Chile controle a la persona, pudiendo, por ejemplo, tratarse de un Centro de Reinserción Social (en adelante, C.R.S.) o incluso una Unidad Penal. MINISTERIO DE JUSTICIA, Gendarmería de Chile, *Manual de procedimiento Decreto Ley N° 409*, Compendio de normas e instrucciones para la aplicación del DL N° 409, (2013), pp. 80-106, p. 88. en: www.minjusticia.gob.cl/media/2014/03/COMPENDIO%20DE%NORMAS.pdf [visitado el 02.04.2019].

⁴² SUBSECRETARÍA DE JUSTICIA, “Oficio Ordinario N° 4192 del 13 de junio de 2013 que instruye sobre procedimiento a seguir en la tramitación de la solicitud de eliminación de antecedentes penales”, *Compendio de normas e instrucciones para la aplicación del D.L. N° 409*, (2013), p. 49, en: www.minjusticia.gob.cl/media/2014/03/COMPENDIO%20DE%NORMAS.pdf [visitado el 10.06.2014]. En este oficio se establece que tanto el rechazo como la aceptación del beneficio deben ser emitidos por una resolución exenta, sin que baste remitir la información por medio de un oficio.

desean eliminar su prontuario penal.⁴³ Por lo tanto, se hace hincapié en la conducta actual de la persona y no la que pudo haber tenido tiempo atrás.

Estamos de acuerdo con el criterio de considerar la conducta actual y no la que pudo haber tenido el sujeto años atrás, en primer término, debido a que desde una perspectiva global, considerando la finalidad de la norma en comento, es que se estableció en las consideraciones del DL N° 409 que

“Es innecesario mantener esta anotación en el prontuario de aquellos ex-penados que han demostrado fehacientemente estar regenerados y readaptados a la vida colectiva. Que como un medio para levantar la moral del penado para que se esfuerce por obtener su mejoramiento por medio del estudio, del trabajo y de la disciplina, debe dársele la seguridad de que, una vez cumplida su condena y después de haber llenado ciertos requisitos, pasará a formar parte de la sociedad en las mismas condiciones que los demás miembros de ella y de que no quedará el menor recuerdo de su paso por la prisión.”⁴⁴

Como se vislumbra, la finalidad del DL N° 409 es entregar la posibilidad a la persona que sufrió una condena de que, una vez cumplida su pena, esto es una vez egresado de la unidad en que cumplió la pena privativa de libertad efectiva o con alguna modalidad de la Ley 18.216, pueda demostrar que se encuentra reinsertado a la vida en libertad.

El énfasis puesto en el DL N° 409 escapa a este momento anterior al cumplimiento de la pena, y pone en relieve la conducta de la persona en un momento posterior al cumplimiento de la pena, estableciendo que la persona debe demostrar estar fehacientemente regenerada y readaptada.⁴⁵ Para el logro de estas exigencias, es necesario considerar

⁴³ MINISTERIO DE JUSTICIA, Gendarmería de Chile, “Manual”, cit. nota N° 40, p. 90.

⁴⁴ Consideraciones del DL N° 409 que se manifiestan en el comienzo de la norma.

⁴⁵ Este es un fin que se encuentra acorde a las exigencias internacionales “El deber de la sociedad no termina con la liberación del recluso. Se deberá disponer, por consiguiente,

que el momento más relevante para pesquisar si esto ha ocurrido o no, es en un contexto de libertad, puesto que hay relativo consenso en que el fin de resocialización es extremadamente difícil de lograr en un contexto de encierro.⁴⁶

Si se analiza el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios y la concurrencia y alcance de la buena conducta, es posible determinar que la buena conducta en un establecimiento penitenciario tiene la finalidad de la obtención de permisos de salida, verificándose a partir de la participación del condenado en determinadas actividades y la abstención de determinadas conductas.⁴⁷ Así también, dentro del sistema de ejecución de la sanción, la buena conducta se torna relevante para cambiar la modalidad de cumplimiento de la sanción a libertad condicional⁴⁸ u obtener una rebaja⁴⁹ de la sanción.

En todos estos casos la relevancia de la buena conducta tiene efecto a nivel de ejecución de la sanción penal encargada a Gendarmería de Chile. En este sentido, y considerando la teoría del acto administrativo que se desprende la Ley N° 19.880, es necesario tener presente que la determinación de la buena conducta durante el cumplimiento de una sanción se realiza a través de un acto administrativo, y el efecto

de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al recluso puesto en libertad una ayuda postpenitenciaria eficaz que tienda a disminuir los prejuicios hacia él y le permitan readaptarse a la comunidad”. Regla 58 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Naciones Unidas. La manera en que se interprete el DL N° 409 y sus requisitos influirá en si efectivamente entregaremos una ayuda pospenitenciaria eficaz o no, puesto que ir en contra de lo que plantea el manual, implica la exclusión de un gran número de personas que no solo no podrán optar a la eliminación, sino que también no podrán ser usuarios de los programas de apoyo pospenitenciarios.

⁴⁶ ESPINOZA, O.; MARTÍNEZ, F., “Políticas de reinserción post penitenciaria: Eliminación de antecedentes penales en Chile”, *Revista de estudios criminológicos y penitenciarios*, N° 17 (2010), pp. 454-475, p. 458, en: <http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/reinsercion/Revista17/Articulo17.pdf> [visitado el 02.02.2019]

⁴⁷ Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, arts. 88 y ss.

⁴⁸ DL N° 321, art. 2°.

⁴⁹ Ley 20.588, art. 1°.

de ese acto se cumple dentro de la faz de ejecución de la sanción, es decir, el efecto siempre se debe cumplir dentro de la ejecución, puesto que la finalidad de dicho acto es ése. No es posible extender el efecto del acto a consideraciones posteriores, y en razón de aquello es que a nivel pospenitenciario no resulta relevante la conducta de la persona durante el cumplimiento de la sanción, puesto que el efecto de la conducta ya fue considerado y trajo determinadas consecuencias.⁵⁰

En base a lo desarrollado es que se considera que la buena conducta relevante para lograr el objetivo del DL N° 409, es la que tiene la persona durante el cumplimiento del período de control que se establece.

La información entregada por el Ministerio de Justicia en relación al motivo de los rechazos de la eliminación no distingue por requisito, sin embargo, indica que durante el año 2018 hubo 6.276 solicitudes efectuadas, rechazando un total de 223.⁵¹ Sin embargo, si se analiza la información de Gendarmería de Chile, que sí segrega los motivos de rechazo, no se observa que exista un rechazo de eliminación debido al incumplimiento de este requisito.⁵²

⁵⁰ El principio que existe detrás de esta postura es el del *non bis in idem* administrativo que plantea que un hecho personal no puede ser considerado con dos consecuencias de tipo administrativo perjudiciales. VERGARA, A., “Esquema de los principios del derecho administrativo”, *Revista de Derecho U. Católica del Norte*, N° 2, (2004), pp. 137-147, p. 143. Si bien es posible argumentar que este principio es aplicable solo a sanciones (consecuencias perjudiciales), la lógica que existe detrás es concordante con la revisión de que la buena conducta durante el cumplimiento de una sanción y el acto administrativo que esto genera, solo puede ser considerado para un efecto inmediato y directo, que es la obtención de algún beneficio, sin que pueda luego ser usado para una consecuencia que escapa a la ejecución de la sanción. Sobre los efectos directos e inmediatos que debe tener un acto administrativo: DIEZ, M., *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1981, pp. 174 y ss.

⁵¹ SUBSECRETARÍA DE JUSTICIA (S), “Oficio Ordinario N° 1110 del 15 de febrero de 2019”. Solicitud de información pública por medio del portal de Transparencia.

⁵² Carta N° 226 del 17 de enero de 2019, cit. nota N° 39.

1.2.2. *Conocer bien un oficio o una profesión*

Se exige que la persona tenga la posibilidad de desenvolverse en algún oficio o profesión, sin embargo, no se hace alusión a que en la actualidad de la solicitud efectivamente se encuentre inserto en el mundo laboral. En ese sentido, una persona cesante, pero que sí puede dar cuenta de que conoce algún oficio o profesión, no debería tener inconveniente en este aspecto. En este mismo sentido, el Manual del DL N° 409,⁵³ permite como una de las formas de acreditar este requisito, una declaración jurada simple que establezca cuál es el oficio o profesión. En esta misma línea que se está desarrollando, entender el requisito de otra forma impondría a la persona mayores exigencias que las impuestas por la ley, y en ese sentido sería improcedente negar la eliminación de antecedentes penales en razón de no encontrarse actualmente trabajando.

El Ministerio de Justicia ha establecido que incluso las personas que den cuenta que son dueñas o dueños de casa, pueden acceder a la eliminación del prontuario penal acreditando que esa es su labor por medio de una declaración jurada simple o incluso por una declaración realizada ante el funcionario encargado del DL N° 409.⁵⁴

Es posible en este requisito, así como también en el que se pasa a desarrollar a continuación, exceptuarse de su cumplimiento en casos en que “personas que por su edad o estado físico, según certificado médico, no estén en condiciones de (...) trabajar”,⁵⁵ sin embargo, quedará a la discrecionalidad del Seremi de Justicia otorgar o no la eliminación del prontuario penal.

El área de estudios penitenciarios del Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana de la Universidad de Chile, en el año 2006, realizó

⁵³ MINISTERIO DE JUSTICIA, Gendarmería de Chile, “Manual”, cit. nota N° 40, p. 91.

⁵⁴ SUBSECRETARÍA DE JUSTICIA, “Oficio Ordinario N° 5805” cit. nota N° 8, p. 58.

⁵⁵ Art. 4° del DL N° 409.

un estudio de campo para determinar el perfil de las personas que eliminan su prontuario penal.⁵⁶ Sin que el número sea representativo actualmente, considerando el tiempo transcurrido desde su realización y el número de personas que actualmente se encuentra como población vigente en este decreto y la muestra utilizada en el estudio de solo 189 personas, el hallazgo en cuanto a este requisito fue que el 82% de las personas de la muestra poseía algún tipo de trabajo, dependiente o independiente. En este entendido, sería útil contar con algún estudio de similar naturaleza que captara una mayor cantidad de población adscrita al DL N° 409, para determinar si los rechazos que actualmente entrega el Ministerio de Justicia se ajustan a la realidad del perfil actual de los sujetos que se encuentran en control en los distintos C.A.I.S. y medir la efectividad de los Programas de Apoyo Pospenitenciario y Reinserción Laboral⁵⁷ que cada C.A.I.S. ofrece a las personas que se encuentran en este proceso de eliminación de prontuario penal.

1.2.3. *Poseer conocimientos mínimos de cuarto año de escuela primaria*

En este requisito es necesario tener presente que la exigencia no es haber cursado el cuarto básico, sino más bien tener los conocimientos mínimos que las personas obtienen si es que hubieran cursado cuarto básico, es decir, las operaciones básicas necesarias para desenvolverse adecuadamente en la sociedad. El DL N° 409 lo que busca es que las personas que quieran regenerarse utilizando esta herramienta de eliminación de antecedentes penales, como se indica en las consideraciones para legislar, sepan al menos leer, escribir y tengan manejo en las operaciones básicas matemáticas. De esta forma, existirán menos barreras para ingresar a la sociedad. Sin embargo, hay que tener

⁵⁶ ESPINOZA; MARTÍNEZ, “Políticas de reinserción post penitenciaria”, cit. nota N° 45, p. 467.

⁵⁷ Información disponible en http://www.gendarmeria.gob.cl/apoyo_post_apoyo.jsp [visitado el 02.04.2019]

presente que el DL N° 409 es del año 1932, y, por ende, el contexto actual es muy distinto al de esa época, surgiendo entonces la interrogante de si son suficientes los conocimientos antes descritos para tales fines. Sin perjuicio de aquello, es necesario considerar que las posibilidades de acreditar este requisito también se establecen en el Manual de Procedimientos, dando cuenta que incluso un profesional del Centro de Apoyo para la Integración Social idóneo, puede acreditar este requisito.⁵⁸ De esta forma se apoya la postura de que la exigencia es tener los conocimientos y no haber cursado efectivamente cuarto año básico. Al igual que en el caso anterior, se pueden exceptuar las personas que acrediten por certificado médico que por su edad o estado físico no están en condiciones de estudiar.

Se debe tener en cuenta que este requisito no es necesario tenerlo acreditado al momento de ingresar al C.A.I.S., sino más bien al momento de enviar los antecedentes al Seremi para la dictación de la resolución que concede la eliminación de antecedentes penales, por ende, durante los 2 o 5 años de periodo de observación es posible subsanar esta acreditación.

1.2.4. *Haber estado en contacto con el Patronato de Reos durante dos años, por lo menos, si es primera vez condenado, y cinco años si ha sido condenado dos o más veces y ser recomendado por este organismo*

Como se mencionó anteriormente, para poder contabilizar el período de tiempo establecido, es necesario considerar el momento en que se acreditó el cumplimiento de la pena.⁵⁹ Desde ese momento es

⁵⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA, Gendarmería de Chile, “Manual”, cit. nota N° 40, p. 87.

⁵⁹ Existe una excepción a esta exigencia en el art. 13 de la Ley N° 18.216, puesto que en caso de que se aplique remisión condicional o reclusión parcial a personal de las Fuerzas Armadas o Carabineros de Chile, estando en servicio, el tiempo que se cumpla en esta modalidad de pena se computará para efectos de completar el período de control de 2 o 5 años del DL N° 409. Así se ha establecido en el dictamen N° 37608 de agosto de 2008 de la Contraloría General de la República, poniendo énfasis en que el cumplimiento

que se debe cumplir con dos años en caso de que se trate de una sola condena o de cinco años si fue condenado dos o más veces. Respecto al contacto que refiere con el Patronato de Reos, en primer término es dable mencionar que actualmente el Patronato de Reos fue suprimido por medio del Decreto N° 522 de febrero de 2014, pasando las labores de este organismo a los C.A.I.S., por lo tanto, es este el lugar al que las personas deben acudir para comenzar con el proceso de eliminación. El contacto que establece la ley se traduce en una firma mensual en un libro de control.

Para que el C.A.I.S. pueda recomendar al Seremi de Justicia a la persona que desea eliminar sus anotaciones penales, es necesario considerar el sistema existente en materia de tratamiento de inasistencias a los contactos mensuales que puedan existir. Asimismo, existe una regla especial para determinados delitos sexuales, siendo necesario también pasar a desarrollar los casos de acumulación procesal y unificación de condenas, puesto que estas instituciones pueden incidir en el período de control de la persona que se quiere adscribir al DL N° 409.

Antes de pasar a desarrollar cada una de las distintas aristas que se deben analizar en este requisito, surge como una necesidad al análisis de estas normas la crítica que se puede realizar en base al presente requisito. La escasa proporcionalidad que surge de esta normativa es patente en esta exigencia, puesto que no se distingue por categoría de delitos, ni tampoco se hace alusión alguna a la gravedad de los mismos para determinar el período de control al que se debe sujetar una persona para poder eliminar su prontuario penal por medio de esta norma.

De esta manera, la sujeción a cinco años de control en el C.A.I.S. puede darse con una persona que mantiene dos condenas por hurto, o bien con una persona que mantiene un extracto de filiación con más

de las sanciones por parte del condenado debe ser en calidad de funcionario activo, en caso de que eso no se verifique, no podrá abonar el tiempo de cumplimiento de la pena al período de control.

de diez condenas. En el mismo sentido, existe una falta de especialización al momento de determinar cuándo una persona, realmente, durante este tiempo de control, logra el objetivo de este decreto, esto es la resocialización del individuo, puesto que se carece de normas que apunten a las diferentes características de cada criminalidad, no distinguiendo en casos de, por ejemplo, delitos de homicidio o delitos de violencia intrafamiliar. En ambas categorías de delitos la exigencia es la misma.

a) *Inasistencias*

El Manual de Procedimientos del DL N° 409 da cuenta de un sistema en que atendiendo a la gravedad de las inasistencias, es la forma en que se procederá a determinar una consecuencia a la falta de contacto con el C.A.I.S. Lo establecido en este instrumento distingue entre una falta mensual, volviendo la persona al mes siguiente, e inasistencias reiteradas y consecutivas que superen los tres meses. En el primer caso, el funcionario encargado del control en el C.A.I.S. deberá recepcionar las eventuales justificaciones a la inasistencia. En el segundo caso será el Consejo Técnico quien deberá resolver sobre la ausencia de la persona.⁶⁰

Respecto a estas dos formas de proceder, es necesario considerar que el Consejo Técnico, en materias pospenitenciarias, tiene establecidas sus funciones en la Resolución Exenta N° 11.523 que aprueba las Normas de Funcionamiento de los Consejos Técnicos⁶¹ dando cuenta

⁶⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA, Gendarmería de Chile, "Manual", cit. nota N° 40, p. 88.

⁶¹ Art. 16. Funciones: Son funciones del Consejo Técnico en los C.R.S. y en los Establecimientos Postpenitenciarios las siguientes: h). Asesorar al jefe y equipo técnico del centro de reinserción social, en los programas, o proyectos diseñados y ejecutados para la población atendida por éste; i). Asesorar al jefe del centro de reinserción social en su calidad de jefe del centro de educación y trabajo, con relación a la formulación, desarrollo y evaluación de programas laborales diseñados para la población beneficiaria; j). Proponer y realizar actividades de capacitación interna, conforme a intereses y necesidades del equipo técnico del establecimiento. k). Proponer a la instancia pertinente la realización de

que este órgano solo tiene funciones de asesoría para proponer, articular y ejecutar actividades tendientes a contribuir a la reinserción social. Sin embargo, bajo ningún aspecto se entregan funciones resolutorias ni tampoco decisorias. El problema de fondo es la exigua reglamentación existente sobre materia de inasistencias, siendo insuficiente el desarrollo que se realiza en el Manual de Procedimientos, puesto que no se indica cuáles serán las consecuencias de las inasistencias, dejando al arbitrio del Consejo Técnico la posibilidad de no considerar los controles anteriores realizados por la persona en caso de inasistencias reiteradas y consecutivas, así como tampoco se da cuenta de las hipótesis en que es posible retomar el control y con posterioridad sumar al final del control los contactos mensuales faltantes. Es decir, en este aspecto el Consejo Técnico tendrá un rol fundamental que, sin embargo, no se encuentra entregado ni a nivel legal ni a nivel administrativo. El problema se acentúa si se considera que frente a este proceder el Consejo Técnico podría prohibir la continuación del control a la persona que se ausenta durante un determinado tiempo, propiciando una causal de anulación que legalmente no existiría, puesto que el DL N° 409 solo permite la anulación, con los efectos que aquello implica, esto es pérdida de firmas realizadas, cuando el sujeto ha cometido un nuevo delito.⁶²

b) *Delitos sexuales*

Si bien la exigencia general es de dos o cinco años de contacto con el C.A.I.S., el 20 de agosto de 2013 se introdujo una modificación en el DL N° 409, por medio de la Ley N° 20.685, que establece en el art. 1° inc. 2⁶³ que los casos de personas condenadas a la inhabili-

estudios y evaluaciones ex ante, de proceso y de impacto, en el ámbito nacional, regional o local tendiente a optimizar el funcionamiento del sistema; m). La formulación del plan de trabajo anual, monitoreo y evaluación permanente de los penados o usuarios según correspondiere.

⁶² Lo establece el art. 2° letra e) del DL N° 409.

⁶³ Art. 1° inc. 2 DL N° 409 “Cuando la persona hubiere sido condenada a la pena

tación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren relación directa y habitual con personas menores de edad del art. 39 bis del CP, deberán esperar 10 años para eliminar su prontuario penal contados desde el cumplimiento de la pena principal. En este sentido, el contacto con el C.A.I.S. por dos o cinco años no será suficiente, extendiendo el período de espera para los condenados a esta inhabilidad específica.⁶⁴

La introducción de este inciso ha sido entendida de la siguiente manera “el condenado deberá, además de cumplir con los requisitos del artículo 2° del DL N° 409, esperar 10 años desde el cumplimiento de la pena principal. Lo anterior no obsta, a que el usuario pueda comenzar su período de firma en cualquier momento dentro de los diez años de espera fijados por el legislador, e incluso en un momento posterior”.⁶⁵ Por lo tanto, si bien se puede adelantar el control durante estos 10 años, los cuales se continuarán ciñendo a la cantidad de condenas, la persona estará obligada a tramitar su resolución que concede la eliminación de antecedentes penales cumplidos los diez años, contados desde el cumplimiento de la pena principal, no del cumplimiento de la de inhabilitación del art. 39 bis del CP.

temporal del artículo 39 bis, de conformidad con el artículo 372, ambos del CP, el derecho a que se refiere el inciso anterior sólo se podrá ejercer transcurridos diez años desde el cumplimiento de la pena, sin importar el número de condenas que dicha persona tuviere”.

⁶⁴ La inhabilidad del art. 39 bis del CP fue introducida por medio de la Ley N° 19.921, publicada el 14 de enero de 2004. Antes de esta fecha regían el resto de inhabilidades establecidas en el CP. El DL N° 409 solo se refiere a la inhabilidad del art. 39 bis, norma a la cual se remite el art. 372 del CP, que solo aplica el art. 39 bis a los delitos comprendidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII del CP y en la sola hipótesis que sean cometidos contra menores de edad. Por lo tanto, puede ocurrir que un delito sexual no traiga aparejada la pena accesoria del art. 39 bis del CP, por no tratarse de la hipótesis prevista en el art. 372 del CP.

⁶⁵ MINISTERIO DE JUSTICIA, Jefa División Jurídica, “Memorandum N° 693”, *Compendio de normas e instrucciones para la aplicación del D.L. N° 409*, (2013), pp. 77-79, en: www.minjusticia.gob.cl/media/2014/03/COMPENDIO%20DE%NORMAS.pdf [visitado el 29.03.2019].

Esta modificación solo opera desde el 20 de agosto de 2013, fecha en que es publicada la ley que modifica el DL N° 409. Por lo tanto, lo que será necesario examinar es la fecha en que la persona fue condenada,⁶⁶ no la fecha en que cumple su condena, para determinar si se aplica este tiempo de espera. En caso que la persona haya sido condenada con anterioridad a esta fecha, rige el periodo de control de dos o cinco años atendiendo no al tipo de delito cometido, sino a la cantidad de condenas. Esta regla especial solo es aplicable a la inhabilidad del art. 39 bis del CP, sin que se haya expresado la inclusión de las otras penas accesorias del art. 372 del CP.

Finalmente, los rechazos basados en el período de firma, sin especificar el motivo concreto, de acuerdo a los datos entregados por Gendarmería de Chile, entre el año 2013 a 2018, corresponde al 2,37%.⁶⁷

1.2.5. *No haber sufrido ninguna condena durante el tiempo de prueba y hasta la fecha de dictarse la resolución*

Existen dos consideraciones importantes en este requisito, la primera es que la norma no distingue entre simple delito, crimen o falta, por ende, cualquier condena firme y ejecutoriada, independiente de la gravedad de la misma, no permitirá a la persona finalizar el proceso de eliminación de antecedentes penales. Esta obligación pesa hasta el momento en que se emite la resolución por parte del Seremi de Justicia extendiéndose más allá del período de control de 2 o 5 años. Esta situación, además, generará que los controles mensuales antes realizados no puedan ser considerados con posterioridad si la persona quisiera nuevamente adscribirse al DL N° 409, puesto que el

⁶⁶ En caso contrario, se vulneraría el art. 19 N° 3 de la Constitución Política de la República.

⁶⁷ Carta N° 226 del 17 de enero de 2019, cit. nota N° 39. No fue posible contrastar la información con los datos solicitados al Ministerio de Justicia, debido a que no especifican el motivo de los rechazos que indican.

presupuesto para comenzar con el período de control es que las penas se encuentren cumplidas, y esta nueva condena generará el efecto de que la fecha en que constan los cumplimientos de las condenas sea una nueva y posterior a los controles antes realizados.

Como segunda consideración, se debe tener presente que la exigencia es que exista una condena firme y ejecutoriada para que no se verifiquen los requisitos para la eliminación de antecedentes penales. Por lo tanto, la calidad de imputado o acusado no permiten el incumplimiento de este requisito, por regir la presunción de inocencia del art. 4° del CPP. Sin embargo, cabe preguntarse sobre la posibilidad de que un imputado o acusado se encuentre durante el proceso con la medida cautelar personal de prisión preventiva, viéndose imposibilitado a la asistencia mensual del C.A.I.S. y el efecto que esto tendrá en la exigencia del contacto mensual. La respuesta dependerá de lo que se resuelva por parte del tribunal, puesto que si es condenado, las inasistencias al control mensual perderán relevancia, ya que el sujeto se encontrará incumpliendo el requisito que estamos desarrollando, sin embargo, si no es posible acreditar la responsabilidad penal de la persona generando otra forma de término, o bien, se cambia la medida cautelar de prisión preventiva por una menos gravosa, el sujeto podrá retomar su control mensual. Como se revisó respecto a las inasistencias, el sistema actual para resolver sobre estos aspectos se centra en las consideraciones que podrá tener el Consejo Técnico. Este órgano, para efectos de resolver en estos casos, debería considerar la privación de libertad como un caso de fuerza mayor, que imposibilita al sujeto a concurrir por causas ajenas a él, sin que sea posible considerar esta circunstancia para perjudicar a la persona y su proceso de eliminación del prontuario penal.

2. Los efectos de la eliminación de anotaciones penales

La eliminación de antecedentes penales, ya sea por la vía del DS N° 64 o del DL N° 409 genera que la anotación penal desaparezca.

Una anotación penal puede eliminarse, pero sin embargo, el prontuario penal mantenerse vigente, por ejemplo, cuando se hace aplicación de la letra a) del DS N° 64 respecto de una anotación, pero se mantiene otra vigente que no se puede eliminar por esta vía. La finalidad de las dos normas desarrolladas precedentemente es lograr que todas las anotaciones penales se encuentren en alguna hipótesis del DS N° 64, o bien, se eliminen sin realizar una distinción particular respecto de cada una de ellas por medio del DL N° 409. Cuando esto sucede, opera el art. 9° del DS N° 64 que da cuenta de las hipótesis en que el prontuario penal, en su conjunto, se elimina.⁶⁸ El art. 9° indica lo siguiente: “El prontuario penal sólo se eliminará: a) Cuando todas las anotaciones registradas en él se hallen en algunas de las condiciones indicadas en el artículo precedente; b) Cuando el prontuario sea favorecido con los beneficios del Decreto Ley 409, de 12 de agosto de 1932; c) Por muerte de la persona prontuaria.”.

Al eliminarse el prontuario penal, si una persona solicita un certificado de antecedentes penales, éste no registrará anotación alguna, puesto que según el art. 11 del DS N° 64 “El certificado de antecedentes es un documento público que acredita si una persona determinada registra anotaciones judiciales en su prontuario”.

Considerando este efecto general que tienen ambas normas es que existe discordancia con lo afirmado por Fuenzalida,⁶⁹ al dar cuenta que no es posible que coexistan dos normas que generen los mismos efectos, puesto que como se desarrolló, los requisitos de cada una de las normas consideran hipótesis distintas, siendo el DS N° 64 una norma aplicable a casos en que no fue posible establecer la responsabilidad penal, cuestión que genera la razonabilidad de la decisión de que estas anotaciones fueran eliminadas del prontuario penal sin más trámite, y

⁶⁸ El art. 10 del DS N° 64 indica que la eliminación de la anotación penal se hará a petición de parte.

⁶⁹ FUENZALIDA, “Regulación y efectos”, cit. nota N° 6, p. 322.

las hipótesis en que por la gravedad del delito, el tiempo transcurrido y la falta de reincidencia se estima que el procedimiento para eliminar la anotación prontuaria debe ser más expedita si se compara con el DL N° 409. Sin embargo, esta última norma permitiría, en todos los demás casos que no son contemplados por el DS N° 64, que se pudiera realizar la eliminación del prontuario penal, con una exigencia mayor. Es por esta razón que ninguno de los dos mecanismos ha quedado en desuso, puesto que apuntan a situaciones distintas. En este mismo sentido, plantear un argumento de temporalidad para negar el efecto propio al DS N° 64, como el esgrimido por Fuenzalida⁷⁰ en orden a que esta norma al ser posterior se debió hacer cargo de la vigencia del DL N° 409, no es correcto, puesto que al incluir en el artículo 9° del DS N° 64 la posibilidad de que el prontuario penal se elimine por medio de ambas normativas, es precisamente dar cuenta que la vigencia y utilidad de ambas normas no genera colisión alguna, estableciendo el mismo efecto en ambos casos. En cuanto al carácter provisional⁷¹ que tendría la eliminación por medio del DS N° 64, cuestión que el autor utiliza para concluir que la aplicación del DS N° 64 no implica una eliminación del prontuario penal, basándose en el art. 14⁷² de la norma, es una afirmación que no compartimos. El art. 14 del DS N° 64 da cuenta de otra institución que reglamenta el decreto, a saber, la omisión de antecedentes penales, que a diferencia de la eliminación de antecedentes penales, solo oculta una anotación penal, sin que produzca el efecto del art. 9° del DS N° 64. Como indica el art. 14, segunda parte, a lo que se está refiriendo es a la omisión que permite el art. 13 del DS N° 64. Por lo tanto, la consecuencia prác-

⁷⁰ FUENZALIDA, “Regulación y efectos”, cit. nota N° 6, p. 332.

⁷¹ FUENZALIDA, “Regulación y efectos”, cit. nota N° 6, p. 332.

⁷² Art. 14 DS N° 64: La anotación en el prontuario de una nueva declaratoria de reo o condena hará caducar el beneficio concedido en virtud del presente decreto. En tal caso, los certificados que se expidan contendrán todas las anotaciones ordenadas omitir con anterioridad, salvo que el Director del Servicio otorgue nuevamente dicho beneficio, y sólo por una vez más.

tica que establece Fuenzalida⁷³ respecto a una eventual agravante de reincidencia, en casos de condenados que se adherieron al DS N° 64 no es tal, puesto que como hemos afirmado, tanto el DS N° 64 como el DL N° 409, eliminan el prontuario penal, trayendo aparejada la consecuencia de que no será posible que el certificado de antecedentes registre alguna condena, puesto que este es el reflejo del prontuario penal, y este último se eliminará acorde a lo esgrimido en el art. 9° del DS N° 64. Por ende, no será posible acreditar una eventual agravante de reincidencia si el sujeto eliminó su prontuario penal, independiente si esto sucedió por las normas del DS N° 64 o del DL N° 409.

Incluso, considerando que la alusión a la condena se elimina del Registro de Condenas, el sujeto que eliminó su prontuario penal tendría derecho a que se le considere la atenuante de irreprochable conducta anterior⁷⁴ del art. 11 N° 6 del CP.⁷⁵

⁷³ FUENZALIDA, “Regulación y efectos”, cit. nota N° 6, p. 333.

⁷⁴ Existe acuerdo que la forma de acreditar esta atenuante es por medio del Registro de Condenas del SRCI, por ende, si no existe alusión a condenas en este registro estaríamos ante una persona exenta de reproche penal. Así se ha fallado en Rol 1106-2012 de la Corte de Apelaciones de Temuco, también en Rol 41-2008 de la Corte de Apelaciones de San Miguel y Rol 1210-2009 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso. En contra, estableciendo mayor exigencia para la atenuante en cuestión, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 34-2011 del 28 de marzo de 2011, considerando 6°, estimando que la eliminación de la anotación penal permite cumplir con el aspecto negativo de la irreprochable conducta anterior, esto es un prontuario exento de reproche, pero no permite afirmar que se cumple con el aspecto positivo de la atenuante referida a un comportamiento ético.

⁷⁵ A favor de esta postura Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa Rol N° 807-2007 del 16 de agosto de 2007, sentencia de reemplazo. Corte de Apelaciones de La Serena, causa Rol N° 70-2013 del 9 de abril de 2013, considerandos 4° y 5°. Tribunal de Garantía de Temuco, RIT N° 1530-2006, RUC N° 0600191442-K, considerando 7°. En todas estas sentencias la consideración de un extracto libre de anotaciones en virtud de la eliminación del prontuario penal no solo permitió acoger la atenuante de irreprochable conducta anterior, sino que además, permitió obtener la pena de remisión condicional del art. 4° de la Ley N° 18.216. Solo pronunciándose respecto a la atenuante de irreprochable conducta anterior, respecto de la eliminación del prontuario penal vía DS N° 64 Tribunal Oral en lo Penal de Cauquenes, RIT N° 29-2011, RUC N° 0900418029-9.

Si bien en ambas normas se establece que el efecto será la eliminación del prontuario penal y, por ende, la imposibilidad de que el certificado de antecedentes penales contenga alguna anotación penal, es necesario hacer una distinción. En el caso del DS N° 64, como se desarrolló precedentemente, la exigencia para que se proceda a eliminar una anotación penal es el cumplimiento de la pena, en sentido amplio, incluyendo otras formas de extinción de responsabilidad penal, sin embargo, la exigencia es que todas las penas, incluyendo las privativas de libertad, pecuniarias o accesorias se encuentren cumplidas. Esta exigencia no se replica en el DL N° 409, puesto que uno de los efectos de esta norma es que al sujeto “se le indulten todas las penas accesorias a las que estuviere condenado”.⁷⁶ Asimismo, el DL N° 409 determina expresamente que el efecto de la resolución emitida en orden a eliminar el prontuario penal permite considerar a la persona “como si nunca hubiere delinquido para todos los efectos legales y administrativos”.⁷⁷ Ambas particularidades en cuanto a los efectos del DL N° 409 se pasarán a desarrollar.

2.1. INDULTO DE LAS PENAS ACCESORIAS A LAS QUE ESTUVIERA CONDENADA LA PERSONA

El DL N° 409 establece que este es uno de los efectos que produce la resolución emitida por el Seremi de Justicia una vez que constata que se ha cumplido con todos los requisitos. Sin embargo, este efecto se debe tener presente al momento de analizar el extracto de filiación y la viabilidad de comenzar el contacto que indica el DL N° 409. Como el efecto propio es que las penas accesorias se indultan, se entiende que el presupuesto referente al cumplimiento de la pena solo es respecto a la pena principal, no siendo necesario acreditar lo mismo respecto de las penas accesorias. A diferencia de lo que ocurre con el DS N° 64,

⁷⁶ Art. 1°, inc. 1 DL N° 409.

⁷⁷ Art. 1°, inc. 1 DL N° 409.

en que al no hacerse distinción, como en el caso del DL N° 409, se entiende que todas las penas deben estar cumplidas, incluidas las accesorias, para poder eliminar por esa vía.

La palabra indulto, por parte del legislador, es comprendida en su sentido natural, es decir, como un perdón o disculpa respecto a la pena accesoria.⁷⁸ En este sentido, lo que ocurre es que no será una exigencia para comenzar el control del DL N° 409 que la pena accesoria se encuentre cumplida, ni tampoco acreditar dicho cumplimiento al momento en que el Seremi de Justicia evalúe los antecedentes. Es decir, no será un impedimento para la eliminación por esta vía no haber cumplido la pena accesoria.

Las penas accesorias, según la doctrina, “son aquellas cuya irrogación se sigue a la de una principal, ya sea porque la ley así lo ha ordenado en general o porque dispone que ocurra de esa manera en el caso específico de un cierto delito.”⁷⁹

Según el concepto de pena accesoria, no solo las establecidas en el art. 22 del CP tienen tal naturaleza, sino que también encontramos en otras leyes penas accesorias que se imponen solo si se aplica una pena principal determinada por el tipo penal y que serán relevantes al momento de ingreso de la persona al DL N° 409, puesto que no necesitarán estar cumplidas,⁸⁰ sin perjuicio de que puedan terminar de cumplirse durante el proceso de eliminación de antecedentes penales por medio del DL N° 409, la fecha posterior con que ingresaría una persona en relación al cumplimiento de la pena accesoria⁸¹ no debería

⁷⁸ SUBSECRETARÍA DE JUSTICIA, “Oficio Ordinario N° 5805”, cit. nota N° 8, p. 54.

⁷⁹ CURY, *Derecho Penal*, cit. nota N° 7, p. 703. En el mismo sentido GUZMÁN DALBORA, J., *La pena y la extinción de responsabilidad*, Montevideo, Uruguay, 2009, p. 118.

⁸⁰ El DL N° 409 se pone en la hipótesis de que las penas accesorias subsistan en un tiempo posterior al cumplimiento de la pena principal, determinando que en esos casos el cumplimiento será irrelevante para esa pena accesoria.

⁸¹ Existen en la práctica rechazos de solicitudes de eliminación del prontuario penal basados en la pena accesoria. Entre el año 2013 y 2018, el 2,84% de rechazos de elimi-

ser esgrimida como una razón para negar la eliminación del prontuario penal, ni tampoco justificante para aumentar el período de control, por constar el cumplimiento de la pena con posterioridad.

Existen ciertas penas accesorias que en virtud del delito al que se refieren pueden generar ciertas dudas sobre la posibilidad de que este perdón respecto al cumplimiento de la pena accesoria opere por medio de esta norma del DL N° 409. Esto sucede con las penas establecidas en el art. 372⁸² del CP. Sin embargo, si se analiza la única modificación que ha tenido el DL N° 409, se puede concluir que efectivamente en estas penas accesorias no se exige el cumplimiento para efectos de realizar la eliminación del prontuario penal. La modificación del año 2013 introduce la exigencia de la espera de 10 años⁸³ para los condenados a la pena accesoria de inhabilitación en ámbitos educacionales del art. 39 bis del CP. Esto indica que la introducción de esta norma responde a que efectivamente si esto no se modificaba, la persona condenada a esta inhabilitación, por la vía del DL N° 409, podría eliminar su prontuario penal. Sin perjuicio de aquello, el artículo solo introduce la espera para condenados con posterioridad a la ley modi-

nación fueron por la pena accesoria. La estadística no indica a cuál pena accesoria se está refiriendo, pero sí da cuenta de la inobservancia de la ley en este aspecto. Carta N° 226 del 17 de enero de 2019, cit. nota N° 39.

⁸² El carácter de penas accesorias surge de manera expresa del artículo cuando se indica que su cumplimiento debe comenzar con posterioridad al cumplimiento de la pena principal. Además, tienen la característica propia de una pena accesoria, puesto que solo se aplican si la pena de presidio es aplicada. Esto es avalado por la Subsecretaría de Justicia, “Oficio Ordinario N° 5805”, cit. nota N° 8, p. 54. Así también se establece por GUZMÁN, K.; SOTO, F., “Penas accesorias especiales y medidas cautelares del Código Penal en materia de delitos sexuales”, *Revista jurídica del Ministerio Público*, N° 40, (2009), pp. 127-144, p. 134, en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/biblioteca/juridica.do?d1=10> [visitado el 16.01.2019].

⁸³ Considerando que según el art. 39 bis se puede imponer desde 3 años y 1 día a 10 años, los 10 años de espera introducidos para eliminar el prontuario penal se explican desde la óptica de que el legislador se pone en el escenario de personas condenadas al máximo de esta inhabilitación. Manifestando, de esta forma, que no se quiere olvidar el paso por la prisión en casos de delitos sexuales.

ficatoria y solo respecto a una de las penas establecidas en el art. 372 del CP, la referente a la inhabilidad del art. 39 bis, sin embargo, no establece dicha espera para las otras dos penas accesorias posibles de aplicar en delitos sexuales, esto es la interdicción del derecho a ejercer la guarda y ser oídos como parientes y la sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal. Cuando la condena lleva aparejada alguna de estas otras penas accesorias del art. 372 del CP o cuando la condena es anterior al 20 de agosto de 2013, entonces una persona sí puede controlarse en el C.A.I.S. por dos o cinco años, dependiendo de la cantidad de condenas, y eliminar su prontuario penal, incluyendo estas penas accesorias. En la misma lógica anterior, las penas del art. 196 E de la Ley de Tránsito referidas a la suspensión y cancelación de la licencia de conducir, así como también las penas accesorias del art. 9° de la Ley de Violencia Intrafamiliar, tampoco son un impedimento para ingresar a la eliminación de antecedentes penales por medio del DL N° 409, y si el cumplimiento de estas penas accesorias se verifica durante el periodo de control de dos o cinco años, o bien no se cumplen, no imposibilitan la eliminación del prontuario penal ni tampoco permiten un rechazo por parte del Seremi de Justicia en este sentido.

Sin embargo, el hecho de que se permita la eliminación del prontuario penal a pesar de tener el cumplimiento pendiente o no haber cumplido la pena accesoria, no debe confundirse con la efectividad que trae aparejada realmente la eliminación del prontuario penal, puesto que se debe tener en cuenta que existen registros paralelos que imposibilitan aquello.

2.2. SE LE CONSIDERE COMO SI NUNCA HUBIERE DELINQUIDO PARA TODOS LOS EFECTOS LEGALES Y ADMINISTRATIVOS

Se analizó que la exigencia en el DL N° 409 para poder comenzar con el contacto exigido es el cumplimiento de la pena principal y no

de las penas accesorias. El segundo de los efectos es que una vez cumplido con los requisitos se entiende que la persona nunca cometió un delito, aduciendo la norma que esto se aplica para todos los efectos legales y administrativos.

El primer corolario de esta afirmación es que si la persona es condenada nuevamente, no será posible aducir la agravante de reincidencia del art. 12 del CP y, además, podrá contar con la atenuante de irreprochable conducta anterior del art. 11 N° 6 del CP.⁸⁴ Sin embargo, hay que tener presente que actualmente el Registro de Condenas⁸⁵ no es el único registro existente que contiene las anotaciones penales. Por lo tanto, hay que distinguir que en el caso del DS N° 64, si bien se elimina el prontuario penal, solo se elimina la anotación del Registro de Condenas que contiene el prontuario penal, teniendo de esta manera una actuación limitada si se analiza a la luz de lo que establece el DL N° 409, que no solo se refiere al Registro de Condenas, sino que extiende sus efectos para todos los ámbitos legales y administrativos.

Esta afirmación implicaría que al eliminarse el prontuario penal por medio de la resolución que emite el Seremi de Justicia, sería posible no solo eliminar la anotación penal del Registro de Condenas, sino que también del resto de los registros que contienen dicha anotación. Sin embargo, esta afirmación tiene bastantes matices que se pasarán a explicar respecto de cada uno de los registros relevantes para este

⁸⁴ Un errado entendimiento de este efecto se da en la causa Rol 29247-2005 de la Corte de Apelaciones de Santiago, puesto que entiende que no es posible considerar una anotación anterior eliminada vía DL N° 409 para negar la irreprochable conducta anterior, sin embargo, indica que para conceder la remisión condicional de la pena en virtud del art. 4° de la Ley 18.216, la eliminación de la anotación penal tendrá efectos para determinar la concurrencia de la letra c) de dicho artículo, que pide analizar los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible. De esta forma, la Corte establece que no podrá considerar la anotación para la letra b) del art. 4° que se refiere a condenas anteriores, pero sí para la letra c), desconociendo que el DL N° 409 establece que para ningún efecto se puede considerar a la persona como condenada anteriormente.

⁸⁵ Art. 1° DL N° 645.

aspecto de la eliminación del prontuario penal y que dan cuenta que el efecto previsto en el DL N° 409 no es tal.

2.2.1. Registro de A.D.N.

La Ley N° 19.970 que Crea el Sistema Nacional de Registros de A.D.N., publicada con fecha 6 de octubre de 2004, establece en su art. 5° inc. 2.

“Las huellas genéticas incluidas en este Registro deberán ser integradas adicionalmente a los antecedentes que consten en el prontuario penal de los condenados. La eliminación de los antecedentes contenidos en el prontuario penal, realizada en conformidad a la ley y a los reglamentos correspondientes, no implicará la eliminación de la huella genética contenida en el Registro de que trata este artículo”.

Es decir, este primer registro especial ya excluye la posibilidad de que una vez emitida la resolución por parte del Seremi de Justicia, en que se concede la eliminación de antecedentes penales, se permita borrar este registro.⁸⁶ Ante esta realidad, este registro se constituye como el más gravoso de nuestro país, puesto que excluye cualquier posibilidad de que el efecto propio de la eliminación del prontuario penal se genere. Si bien el Registro Nacional de A.D.N. se creó con la finalidad de “dotar a los órganos investigadores del máximo poder para esclarecer los delitos”⁸⁷ que finalmente culminó en que la misma Ley N° 19.970 diera cuenta de este objetivo, es necesario esclarecer que a pesar de que la eliminación de antecedentes penales por medio

⁸⁶ En el caso de los adolescentes, la Corte Suprema ha determinado en sus fallos que la Ley 19.970 no sería aplicable, ya que la Ley 20.084 se trataría de un subsistema penal especial que aboga por la mínima intervención con miras a reforzar el objetivo de la reinserción social. Véase Corte Suprema, Rol N° 2995-2012, Rol N° 5012-2012. Por lo tanto, en el sentido desarrollado, nos estamos refiriendo al Registro de ADN en condenados adultos.

⁸⁷ Mensaje del Ejecutivo N° 150-345 con el que se inicia un proyecto de ley que crea el Registro Nacional de ADN, del 10 de diciembre de 2001. En este mismo sentido sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1365-09-INA, del 8 de abril de 2010.

del DL N° 409 no permite eliminar el efecto de inclusión del A.D.N. a raíz de la anotación penal en este registro, en ningún caso se podrá aducir la agravante de reincidencia si es que una persona eliminó su prontuario penal y con posterioridad es condenada nuevamente, encontrándose con su huella genética registrada como condenada, puesto que el registro de A.D.N. solo tiene una finalidad investigativa.⁸⁸

En este sentido, solo la identificación de la persona en la investigación de un delito podrá ser probada a través de este medio, sin que sea posible extraer otra consecuencia distinta.

No hay otro registro que de manera expresa, como lo hace la Ley N° 19.970, excluya el efecto de la eliminación del prontuario penal. La decisión de introducir esta alusión a la eliminación de antecedentes penales surgió en la Cámara Mixta,⁸⁹ como una forma de salvaguardar el inconveniente de que las pruebas de A.D.N. solo permanecían en la causa penal respecto de la cual se habían solicitado. De esta forma, al permitir que la huella genética se mantenga incluso una vez eliminada la anotación penal, resuelve el posible escollo que se podría producir para efectos de investigación. Sin embargo, se vuelve a dar cuenta que la finalidad de mantener este registro es para el solo efecto de identificar la autoría o participación de la persona.

2.2.2. *Registro Nacional de Conductores de Vehículos Motorizados*

Si se analiza el resto de los registros paralelos existentes en nuestra legislación y que tienen una relación directa con el de condenas, es posible observar que solo en el caso del Registro Nacional de Conductores de Vehículos Motorizados, a cargo del SRCI, establecido en el art. 210 de la Ley N° 18.290, es posible, en general, que una vez emitida la resolución por parte del Seremi de Justicia dando cuenta de

⁸⁸ Esta interpretación estaría acorde con las Directrices para la regulación de los archivos de datos personales informatizados de las Naciones Unidas. Principio N° 3.

⁸⁹ Historia de la Ley 19.970, p. 309.

la aplicación del DL N° 409, la persona, con este antecedente, solicite la eliminación de la anotación en el Registro Nacional de Conductores de Vehículos Motorizados que hace alusión a la anotación penal ya eliminada.

El art. 219 de la Ley 18.290 da cuenta de aquello, poniéndose en la hipótesis de que la causa penal anotada en el prontuario penal se haya inscrito también en el Registro Nacional de Conductores de Vehículos Motorizados, por tratarse de un delito de la Ley del Tránsito. Sin embargo, hay que hacer una distinción en el caso de la pena accesoria de cancelación de la licencia de conducir, puesto que con la publicación de la Ley N° 20.580, del 15 de marzo de 2012, esta pena queda sustraída del régimen del DL N° 409, puesto que se incorpora el inc. final del art. 208 de la Ley N° 18.290 que establece que en los casos de cancelación de la licencia de conducir es solo el juez quien puede alzar esta medida transcurridos 12 años, si es que existen nuevos antecedentes de que la persona no es un peligro para el tránsito o seguridad pública. Por lo tanto, no es posible por la vía del DL N° 409 eliminar la anotación y sus efectos, ya que desde el 15 de marzo de 2012 es el juez quien debe eliminar los efectos de la cancelación de la licencia de conducir. Así se pronunció la Contraloría General de la República en su dictamen N° 196382/12, del 11 de diciembre de 2012. Sin embargo, para condenas con anterioridad a esta fecha sí es posible que el DL N° 409 sea esgrimido para la eliminación de la anotación en la hoja de vida del conductor, eliminando a su vez los efectos de esta pena de cancelación de la licencia de conducir.

2.2.3. Sección especial del Registro General de Condenas, art. 39 bis CP

No sucede lo mismo que se revisó con el Registro Nacional de Conductores en el caso de la sección especial accesible por vías telemáticas referida a las inhabilitaciones para ejercer funciones en ámbitos educacionales o con menores de edad (artículo 39 bis del Código Penal), puesto que esta sección especial opera de manera independiente

al Registro de Condenas. Teniendo claro que el art. 39 bis del CP es una pena accesoria, la relevancia de conocer su funcionamiento y relación con el DL N° 409 radica en que mantener la pena accesoria en cuestión sin cumplimiento no es óbice para eliminar la anotación penal por medio del DL N° 409,⁹⁰ sin embargo, si bien existe claridad en torno a que no es posible negar la eliminación del prontuario por el solo hecho de que la persona no tenga cumplida su pena accesoria del art. 39 bis del CP, sí es necesario hacer una distinción relacionada con el efecto real que tendrá el DL N° 409. En el caso de esta pena accesoria no opera el perdón real de la misma, es decir, una persona condenada por el art. 39 bis del CP puede eliminar su prontuario penal, pero esto no generará la posibilidad de que con la resolución del Seremi de Justicia se solicite al SRCI la eliminación de la anotación penal de esta sección especial por vías telemáticas, puesto que esta sección opera con reglas especiales establecidas en el DL N° 645 y en el Decreto N° 475, que aprueba Reglamento de la sección especial del Registro General de Condenas denominada inhabilitaciones para ejercer funciones en ámbitos educacionales o con menores de edad (artículo 39 bis del Código Penal).

Estas reglas especiales dan cuenta, en primer término, que cualquier persona, natural o jurídica, puede realizar la consulta sobre esta inhabilidad al SRCI por internet, siempre y cuando la finalidad de realizar la consulta sea precedida de la necesidad de contratar a una persona para algún empleo, cargo, oficio o profesión que involucre una relación directa y habitual con menores de edad. El SRCI puede entregar la información solo en los siguientes términos: si registra inhabilidades del art. 39 bis del CP para trabajar con menores o no registra inhabilidades del art. 39 bis del CP para trabajar con menores. El art. 7° del reglamento de la inhabilidad del art. 39 bis del CP indica

⁹⁰ Habrá que distinguir, como se mencionó anteriormente, respecto de la fecha de condena, para determinar si se aplica el inc. 2 del art. 1° del DL N° 409, y si por ende, la persona deberá esperar 10 años para la eliminación de su prontuario penal.

que el SRCI debe realizar la inscripción en esta sección especial una vez que sea remitida la sentencia ejecutoriada y que, incluso, debe hacerlo cuando la sentencia no indique el tiempo por el cual fue condenada la persona. Considerando que el art. 39 bis del CP da cuenta que esta pena puede durar entre 3 años y 1 día a 10 años, y que su cumplimiento se cuenta desde que se cumple la pena principal, es que es de suma importancia considerar que cuando se indica que el SRCI puede inscribir la inhabilidad incluso sin contar con el tiempo específico, la responsabilidad de aclarar la condena de esta pena accesoria pesa sobre este organismo, por ende, no es posible bajo ninguna circunstancia negar la eliminación del DL N° 409 en base a que la condena de la pena accesoria no está aclarada. Esto también debe considerarse a la luz de lo que indica el art. 7° del reglamento de la inhabilidad del art. 39 bis del CP, en que se da cuenta que esta inhabilidad deja de informarse cuando ha transcurrido el tiempo por el cual fue condenada la persona. De esta manera, se introduce la caducidad del registro por el solo transcurso del tiempo.

Por lo tanto, si bien el sujeto podrá eliminar su prontuario penal, la anotación penal mantendrá su vigencia en la sección a la que se alude. En este entendido, la pena accesoria continuará informándose, puesto que al poder ser consultado por la vía telemática, incluso cuando ya exista la resolución del Seremi, esta consulta podrá arrojar, como lo indica el art. 7° del reglamento, “si registra inhabilidades del artículo 39 bis del CP para trabajar con menores”, por ende, en este caso no existe un real perdón de la pena accesoria, ni tampoco se hace efectivo el efecto de que a la persona se le considerará como si nunca hubiera delinuido para todos los efectos legales y administrativos, puesto que esta inhabilidad en particular contiene una regla especial para efectos de su eliminación.

Sin perjuicio de esta situación, es necesario considerar que si se llegara a producir la hipótesis en que un sujeto eliminó su prontuario penal por medio del DL N° 409, manteniendo vigente su anotación en esta sección especial, dicha información, al ser para el solo efecto de

que las contrataciones por organismos públicos o privados de personas que se relacionen con menores de edad se hagan de manera informada, no se podría utilizar este registro con un fin distinto al que establece el DL N° 645 y, por ende, no se podría fundamentar una agravante de reincidencia en caso de que el sujeto volviera a ser condenado.

La posibilidad de que esta pena accesoria sobreviva a la pena principal, trayendo consigo la posible hipótesis de que un condenado elimine su prontuario penal dejando vigente la información de esta sección especial, tiende a resolverse con la modificación introducida en el DL N° 409 por medio de la Ley N° 20.685, publicada el 20 de agosto de 2013, puesto que al introducir la espera de 10 años para la eliminación del prontuario penal, en los casos de condenados a esta pena accesoria, siempre al momento de la emisión de la resolución del Seremi de Justicia, esta pena accesoria no podrá ser informada al público por parte del SRCI, puesto que el grado máximo de la pena es de 10 años. Como ya se mencionó anteriormente, esta modificación solo rige para condenados con posterioridad a la publicación de la Ley N° 20.685, sin que las personas condenadas con anterioridad a esta fecha tengan que esperar 10 años para la eliminación de su prontuario penal vía DL N° 409.

2.2.4. *Registro de Sanciones y Medidas Accesorias por Actos de Violencia Intrafamiliar*

El art. 12 de la Ley 20.066 establece este registro especial para personas que hayan sido condenadas como autoras de violencia intrafamiliar. Se indica que el SRCI debe inscribir la pena principal y accesoria aplicadas por el hecho de violencia intrafamiliar. Sin perjuicio de que esta condena debe también inscribirse en el Registro de Condenas. Al existir el deber de registrar tanto en el Registro de Condenas como en el de Violencia Intrafamiliar, es que es necesario hacerse cargo del efecto que produce en este registro especial el hecho de la eliminación del prontuario penal por la vía del DL N° 409. Una vez emitida la

resolución del Seremi de Justicia que elimina el prontuario penal en casos de condenados por violencia intrafamiliar, se ha estimado que respecto a este registro especial no se aplica el efecto del DL N° 409 en orden a entender que la persona nunca delinquirió para todos los efectos legales y administrativos.

La posición del Subsecretario de Justicia⁹¹ se manifestó en el sentido de que la Ley N° 20.066 no contemplaría la posibilidad de eliminar la anotación penal de este registro especial una vez que se aplica el DL N° 409, entregando como posible solución la aplicación de la omisión de la anotación penal de este registro especial por medio de la Ley N° 19.628 de Protección de Vida Privada. Esta postura se basa en que el art. 12⁹² de la Ley N° 20.066 no permite la eliminación de la anotación. Nosotros no estamos de acuerdo con esta afirmación, en primer lugar, debido a que el artículo en comento solo establece que se creará un registro especial, sin que efectivamente haga alusión a la eliminación de la anotación, pero en ninguno de los dos sentidos esto es ni negando ni afirmando la posibilidad de la eliminación de la anotación penal, como por ejemplo, sí lo hace la Ley N° 19.970 al prohibir expresamente la posibilidad de eliminar el Registro de A.D.N. por medio de las reglas generales, como lo sería el DL N° 409. Por lo tanto, existiendo el DL N° 409, norma de carácter general, y ninguna alusión en la ley especial que estamos revisando, que excluya su aplicación, no vemos razón alguna para determinar que al menos las

⁹¹ SUBSECRETARÍA DE JUSTICIA, “Oficio Ordinario N° 5805”, cit. nota N° 8, p. 57.

⁹² Art. 12. Registro de sanciones y medidas accesorias. El Servicio de Registro Civil e Identificación deberá llevar un Registro Especial de las personas que hayan sido condenadas, por sentencia ejecutoriada, como autoras de violencia intrafamiliar, así como de las demás resoluciones que la ley ordene inscribir. El tribunal, ejecutoriada que sea la sentencia, deberá oficiar al Registro Civil, individualizando al condenado y la sanción principal y las accesorias aplicadas por el hecho de violencia intrafamiliar, con excepción de la prevista en la letra d) del artículo 9, circunstancias que el mencionado Servicio hará constar, además, en el respectivo certificado de antecedentes. Este Registro Especial será puesto en conocimiento del tribunal a solicitud de éste, en los casos regulados en la ley.

anotaciones penales que se incluyan en este registro especial no puedan ser eliminadas una vez que opere el DL N° 409. Sobre todo pensando que en esta situación y habiendo operado el cumplimiento de todos los requisitos para la eliminación del prontuario penal, se entiende que la persona se encontraría reintegrada a la sociedad, habiendo ya dado cuenta de la falta de reincidencia en un período considerable de dos o cinco años, dependiendo de la cantidad de condenas.

Durante la tramitación de la Ley 20.066 hubo determinadas discusiones relativas al Registro Especial de Violencia Intrafamiliar, sin embargo, en ninguna discusión hubo una referencia a que la anotación de este registro especial debía tener el carácter de permanente, sino más bien todo lo contrario. En el segundo informe de la Comisión de Familia⁹³ hubo una indicación respecto al artículo que creaba el Registro de Violencia Intrafamiliar, en que se daba cuenta del efecto nocivo de un registro de este tipo, dando cuenta que la anotación impediría rehacer la vida de personas rehabilitadas o personas que no fueran reincidentes, dificultando la reinserción laboral y social, tornándose en una situación injusta para las personas que ya cumplieron su condena. Los opositores a esta indicación dieron cuenta que los efectos nocivos del registro que se planteaban no eran tales, puesto que bajo determinadas condiciones y pasado un tiempo existía la posibilidad de eliminar la anotación.

De esta forma, de la historia de la ley se puede dar cuenta que la afirmación de que en el caso de las anotaciones del Registro de Violencia Intrafamiliar por delitos no es posible la eliminación, sino solo la omisión, es incorrecta, puesto que en primer lugar ésta nunca fue la intención de los legisladores, y en segundo lugar, no hubo una prohibición en tal sentido, como sí sucedió con la Ley N° 19.970.

⁹³ Historia de la Ley 20.066, p. 152.

Conclusiones

El presente trabajo comenzó buscando una respuesta a cuál es la legislación existente en materia de eliminación de anotaciones penales. Durante el desarrollo del mismo hubo un análisis de cada uno de los requisitos que se exigen para que una persona pueda hacer desaparecer su paso por el sistema penal por las dos normas disponibles para tales efectos, el DS N° 64 y el DL N° 409.

La utilización de una norma frente a la otra será determinada por las características de cada anotación penal, así como también por medio del análisis del prontuario penal en su totalidad. Como surge del análisis de los requisitos, la utilización del DS N° 64 conllevará a menores exigencias y un escaso control administrativo si se compara con el DL N° 409. Sin embargo, si se entiende la lógica del DS N° 64 surge como relevante dar cuenta que generalmente la persona que desea adscribirse a alguna de las dos normas de eliminación de prontuario penal no podrá realizar una elección de una por sobre la otra, sino más bien operan de una manera progresiva y cada una absorbe determinados casos que la otra norma no. Como se analizó, el DS N° 64 permite incluso que en determinadas circunstancias sea posible solicitar que se apliquen varias causales dentro del mismo prontuario penal, pudiendo de esta manera llegar incluso al caso en que por medio de este decreto el prontuario penal solo registre una anotación penal, pudiendo el sujeto adscribirse con posterioridad al DL N° 409, pero por un control de dos años.

El principal problema que surge de ambas normas revisadas es la falta de proporcionalidad existente cuando una persona desea eliminar su prontuario penal. Esta situación no guarda relación con el objetivo manifestado por el legislador en cuanto a utilizar esta herramienta como una arista para propender a la reinserción social. La mayor manifestación de esta situación es la arbitrariedad con que se determina el período de control en el DL N° 409, puesto que como se dio cuenta, una persona que mantiene diez anotaciones en su prontuario penal

deberá controlarse la misma cantidad de tiempo que una que registra solo dos. Esta situación se agrava aún más si se da por sentado que durante este período la persona logrará reinsertarse en la sociedad, sobre todo considerando la escasa oferta de programas de apoyo pospenitenciario y el entendimiento de que el requisito de conocimiento de una profesión u oficio es tener un trabajo actual al momento de postular. Esta falta de proporcionalidad también incide en la poca especialización de la norma en cuanto a tipos de criminalidad. No es posible afirmar que necesariamente durante dos años de control en el C.A.I.S. una persona que cumplió una pena relacionada con violencia intrafamiliar logrará obtener las herramientas para reinsertarse en la sociedad, pudiendo lograrse dicho objetivo en un menor o superior período de tiempo. Si a esto se le agrega la escasa cobertura en cuanto a programas de apoyo pospenitenciario existente para toda la población vigente surge la interrogante en cuanto a si los requisitos exigidos por la norma realmente logran el objetivo que se puso el legislador para determinar que la persona se encontrará reinsertada en la sociedad luego de pasar por este proceso de eliminación de prontuario penal.

Incluso si estimáramos que los requisitos para la eliminación del prontuario penal bastan para lograr el objetivo de la reinserción social por medio de esta herramienta, el solo hecho que los efectos de ambas normas estén en discusión y en algunas oportunidades sean entendidos de manera errónea permite dar cuenta que también existe un problema de eficacia de la norma. El efecto básico, y que salta a la vista con la sola lectura de las normas pertinentes, es que tanto por medio del DS N° 64 como por el DL N° 409 se logra eliminar el prontuario penal y al no existir anotación alguna en éste no es posible considerar dichas anotaciones para fundamentar algún reproche penal posterior, sin embargo, existen sentencias que reconocen un efecto a anotaciones penales eliminadas. El hecho de que el DL N° 409 sea explícito en manifestar que la eliminación del prontuario penal se entenderá para todos los efectos administrativos y legales no quita validez a la eliminación del prontuario penal por medio del DS N° 64, sino más

bien extiende los efectos de la primera norma no solo al Registro de Condenas, sino a otros registros existentes.

Particularmente, el DL N° 409 es una norma de antigua data que solo ha sufrido una modificación en el año 2013, que se encuentra vigente y siendo aplicada a un nuevo contexto en que no solo se registra una condena penal en el Registro de Condenas, sino más bien este registro convive actualmente con otros registros que continúan manteniendo la anotación penal, a pesar de que haya operado la eliminación del prontuario. Esta situación merece un análisis integral como el que se intentó realizar en este trabajo, y en razón de aquello es que si bien existen normas posteriores expresas en otras leyes que permiten la vigencia de una anotación penal en otro registro distinto al de condenas, el uso que se puede hacer de dicha información, para que sea coherente con el efecto propio del DL N° 409 en orden a entender que la persona para todos los efectos no ha cometido delito, es restringir el uso de estos otros registros a la sola finalidad con que fueron creados, con la excepción de que si la ley especial que crea un registro distinto al de condenas, que hace constar la anotación penal, no se ha referido expresamente a la exclusión de la eliminación de la anotación penal, el efecto propio del DL N° 409 es plenamente aplicable y, por ende, permite borrar la anotación penal no solo del Registro de Condenas, sino también de este otro registro especial en que existe la información eliminada. Esta singularidad del DL N° 409 debería evitar que en el caso del Registro de Violencia Intrafamiliar se continúe registrando la anotación penal a pesar de que haya operado la eliminación del prontuario penal.

En lo práctico, por medio de la aplicación de ambas normas es posible afirmar que quien ha eliminado su prontuario penal, bajo ninguna circunstancia puede ser considerado como un reincidente, sino más bien puede ser acreedor de la atenuante de irreprochable conducta anterior. Sin embargo, la diferencia entre el DS N° 64 y el DL N° 409 estará en la extensión de esta eliminación para otros efectos distintos al que resulta de la eliminación del prontuario penal.

Otra de las diferencias importantes entre el DS N° 64 y el DL N° 409 en cuanto a sus efectos, y que incide en sus requisitos, es que esta última norma no exige que las penas accesorias se encuentren cumplidas, puesto que el efecto propio del DL N° 409 es perdonarlas, es decir, no considerarlas como factor para ingresar al control de dos o cinco años, ni tampoco considerarlas para efectos de denegar la solicitud de eliminación del prontuario penal por parte de los Seremi de Justicia. En este sentido es bastante relevante que Gendarmería de Chile informe que uno de los motivos de rechazo de la eliminación fue precisamente la pena accesoria. Si bien no se explicita a qué se refieren cuando deniegan en virtud de la pena accesoria, dentro de esta causal pueden darse situaciones que impliquen mayores exigencias a las que legalmente se exigen, como, por ejemplo, el cumplimiento de la pena de inhabilitación establecida en el art. 39 bis del CP, que significaría retrasar considerablemente el proceso de eliminación del prontuario penal. Esto no ocurre en el DS N° 64, puesto que al no distinguir como el DL N° 409, se debe entender que la exigencia de cumplimiento de la pena es respecto de todas las penas y no solo de las principales, como en el caso del DL N° 409. Las consecuencias negativas que podría traer aparejada esta aplicación del decreto ley en cuestión pueden ser salvaguardadas solo con una modificación legal, siendo una manifestación de aquello la modificación introducida en el año 2013 a la norma, teniendo en cuenta, sin embargo, que opera desde la fecha de su publicación hacia adelante.

Uno de los aspectos relevantes en relación a estas exigencias superiores a las que legalmente se establecen en las normas, es tener presente que respecto a los actos administrativos que ejecute tanto el SRCI como el Seremi de Justicia para efectos de otorgar la eliminación del prontuario penal, es posible interponer recursos administrativos y judiciales que intenten revertir la denegación de la eliminación.

Bibliografía

- CURY, ENRIQUE, *Derecho Penal, Parte general*, Chile, Santiago, 8ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.
- COUSO, JAIME; DUCE, MAURICIO, *Juzgamiento penal de adolescentes*, 1ª ed., Lom, 2013.
- DIEZ, MANUEL, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1981.
- ESPINOZA, OLGA; MARTÍNEZ, FERNANDO, “Políticas de reinserción post penitenciaria: Eliminación de antecedentes penales en Chile”, *Revista de estudios criminológicos y penitenciarios*, N° 17 (2010), pp. 454-475, en: <http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/reinsercion/Revista17/Articulo17.pdf>.
- FUENZALIDA, IVÁN, “Regulación y efectos de las anotaciones prontuariales de los adolescentes”, *Revista jurídica del Ministerio Público*, N° 35, (julio 2008), pp. 321-337, en: www.fiscaliadechile.cl
- GARRIDO, MARIO, *Derecho Penal. Parte general*, Tomo I, 1ª ed., Santiago, Chile, 2001.
- GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS, *La pena y la extinción de responsabilidad*, Montevideo, Uruguay, 2009.
- GUZMÁN, KAREN; SOTO, FRANCISCO, “Penas accesorias especiales y medidas cautelares del Código Penal en materia de delitos sexuales”, *Revista jurídica del Ministerio Público*, N° 40, (2009), pp. 127-144, p. 134, en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/biblioteca/juridica.do?d1=10>
- MANZANOS BILBAO, CÉSAR, “Salir de prisión: la otra condena”, *Revista de servicios sociales*, N° 35 (1998), pp. 64-70, en: www.dialnet.unirioja.es
- MINISTERIO DE JUSTICIA, Jefa División Jurídica, “Memorándum N° 693”, *Compendio de normas e instrucciones para la aplicación del D.L. N° 409*, (2013), pp. 77-79, en: www.minjusticia.gob.cl/media/2014/03/COMPENDIO%20DE%NORMAS.pdf
- MINISTERIO DE JUSTICIA, Gendarmería de Chile, “Manual de procedimientos Decreto Ley N° 409”, *Compendio de normas e instrucciones para la*

aplicación del D.L. N° 409, (2013), pp. 80-106, en: www.minjusticia.gob.cl/media/2014/03/COMPENDIO%20DE%NORMAS.pdf

MORALES, EDUARDO, “La regulación de la pena en conformidad con el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales”, *Revista de estudios de la Justicia*, N° 14, (2011), pp. 199-216, p. 201, en: http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej14/MORALES%20_6_.pdf

OLIVER, GUILLERMO, “Aproximación a la unificación de penas”, *Política Criminal*, vol. 7, N° 14, (2012), pp. 248-275, p. 251, en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A1.pdf

PFEFFER, EMILIO, *Código Procesal Penal anotado y concordado*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 301.

SUBSECRETARÍA DE JUSTICIA, “Oficio Ordinario N° 5805 del 19 de agosto de 2013 que instruye respecto a criterios para la aplicación del Decreto Ley N° 409, de 1932”, *Compendio de normas e instrucciones para la aplicación del D.L. N° 409* (2013), pp. 52-59, en: www.minjusticia.gob.cl/media/2014/03/COMPENDIO%20DE%NORMAS.pdf

SUBSECRETARÍA DE JUSTICIA, “Oficio Ordinario N° 9020 del 24 de diciembre de 2007 que remite informe sobre materia que indica”, *Compendio de normas e instrucciones para la aplicación del D.L. N° 409* (2013), p. 42, en: www.minjusticia.gob.cl/media/2014/03/COMPENDIO%20DE%NORMAS.pdf

SUBSECRETARÍA DE JUSTICIA, “Oficio Ordinario N° 4192 del 13 de junio de 2013 que instruye sobre procedimiento a seguir en la tramitación de la solicitud de eliminación de antecedentes penales”, *Compendio de normas e instrucciones para la aplicación del D.L. N° 409* (2013), p. 49, en: www.minjusticia.gob.cl/media/2014/03/COMPENDIO%20DE%NORMAS.pdf

VERGARA, ALEJANDRO, “Esquema de los principios del derecho administrativo”, *Revista de Derecho U. Católica del Norte*, N° 2, (2004), pp. 137-147.

