



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ACOGIÓ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE PRECEPTOS QUE ESTABLECEN REGLAS ESPECIALES DE DETERMINACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE LA LEY PASCUA PARA EL PUEBLO INDÍGENA DE RAPA NUI

ROL N° 8792-20 INA

RESUMEN

1. El **Pleno del Tribunal Constitucional** dictó sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, denominada Ley Pascua. El requerimiento presentado fue **acogido por 8 votos contra 1**. Votaron por **acoger** el requerimiento la Presidenta, señora María Luisa Brahm Barril y los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva, José Ignacio Vásquez Márquez, Miguel Ángel Fernández González y Rodrigo Pica Flores. Votó por **rechazar** el requerimiento el Ministro Juan José Romero Guzmán.
2. El requerimiento fue presentado por el Juez Titular del Juzgado Mixto de Rapa Nui-Isla de Pascua, solicitando al Tribunal Constitucional la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.411 que crea el Departamento de Isla de Pascua. La gestión pendiente incide en un juicio penal respecto de una persona perteneciente a la etnia Rapa Nui, imputado por el presunto delito de violación propia, previsto y sancionado en el artículo 361 del Código Penal.
3. El reproche de inconstitucionalidad de las normas se funda en una infracción a los artículos 1°, 5, 6, 19 N°s. 2, 3 y 26 de la Carta Fundamental; Convención de Belém do Pará, artículos 1, 2, 3, 4 b) c) e) f), 6, 7, 8, 9; artículos 1, 2, 3, 4, 5 Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos; y artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
4. El **voto de mayoría** fue redactado por el Ministro señor **Gonzalo García Pino**, quien argumenta:
 - a. La función de las convenciones de derechos humanos que se han invocado en este requerimiento, plantea dos cuestiones. En primer lugar, sobre el efecto derogatorio de estos respecto de la legislación interna. En segundo lugar, el planteamiento sobre la colisión de contenidos convencionales entre el Convenio N° 169 de la OIT y la CEDAW y la Convención de Belém do Pará.
 - b. Respecto de la primera cuestión convencional no es posible considerar la dimensión derogatoria puesto que el resultado de esta sentencia será meramente habilitante para la interposición o declaración de oficio de un proceso

constitucional conducente a la declaración de inconstitucionalidad de los cuestionados preceptos legales, con los efectos buscados por la parte requirente. En consecuencia, no es resorte en el actual momento de definir un criterio sobre la dimensión derogatoria del que establece el artículo 94 de la Constitución.

- c. En relación a la segunda cuestión convencional, exigiría un tipo de interpretación que ponderara reglas aparentemente contrapuestas, para lo cual habría que analizar el artículo 23 de la CEDAW en relación con los artículos 34 y 35 del Convenio 169 de la OIT, a objeto de encontrar una interpretación que los armonizara. El caso implica para esta Magistratura, necesariamente, un encuadramiento normativo acerca de si lo regulado por los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 podría o no ser una costumbre indígena, conforme al derecho que la regula, la que incorpora elementos interpretativos del Derecho Convencional. Solo en ese sentido se pronunciará esta Magistratura, sin perjuicio de estimar que los tratados internacionales de derechos humanos deben ser interpretados, conforme lo disponen los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ordenando una interpretación de buena fe y respetuosa del pacta sunt servanda. En tal sentido, hay que estimar el sentido expansivo de los derechos que contempla y en donde deben distinguirse adecuadamente el tipo de mandatos que regula puesto que algunos son de aplicación inmediata y otros de realización progresiva.
- d. Los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 no establecen una costumbre indígena. Básicamente, porque ni la historia de la Ley N° 16.441 ni la autoridad tradicional rapanui lo consideran así. Asimismo, cabe tener presente que en este caso existe una fuerte presunción de que los preceptos impugnados se encuentran tácitamente derogados, por efecto de la Ley N° 19.253, posterior a la Ley N° 16.441, que en su artículo 54 regula expresamente la posibilidad de hacer valer como derecho la costumbre indígena y las condiciones para que ello opere, en relación con el artículo 13 de la Ley N° 16.441 y de la Ley N° 20.603, respecto del artículo 14 de la Ley N° 16.441.
- e. En segundo lugar, no siendo costumbre penal indígena, tampoco se trata de un elemento cultural que se concilie con la Constitución, especialmente, con el deber estatal de promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación. Es muy relevante el hecho de que a la primera oportunidad que se tuvo para describir la mencionada clave cultural fracasó estrepitosamente. Esa descripción, pretendiendo reflejar un valorable multiculturalismo general, simplemente no describió ninguna tradición antropológica sostenible. El propio Consejo de Ancianos debió desestimarla rotundamente. Es evidente, en concepto de la autoridad tradicional, que no es posible reivindicar la violencia y depredación sexual como parte de la costumbre, tradición o cultura del pueblo rapanui.
- f. En tercer término, una dimensión cultural de esa naturaleza repugna contra su

propio pueblo. Es evidente que una tradición que divide no puede denominarse como tal. Y en este caso, se trata de un particularismo definido por el legislador en la década del sesenta del siglo pasado, que no se admite como un particularismo tribal reconocible. Todo lo contrario, choca de frente con la defensa universal de los derechos y la dignidad de las mujeres, especialmente, de la indemnidad sexual. En este caso, frente al deber objetivo de eliminar todas las formas de discriminación y violencia de género, dentro de la cual, la violencia sexual es una de las más graves manifestaciones. Conforme a este criterio sostendremos que se vulnera el artículo 1° inciso primero de la Constitución, en cuanto garantía de indemnidad de la dignidad humana.

- g. En cuarto lugar, el artículo 13 de la Ley N° 16.441 establece un beneficio penal excepcionalísimo e incompatible con el artículo 54 de la Ley N° 19.253 (Ley indígena). Se trata de un beneficio que se confronta con la discrecionalidad del legislador penal de establecer una rebaja del marco penal asociado siempre a conductas u omisiones que se fundan en algún interés penal reconocible. En el presente caso es excepcionalísimo porque se vincula al sujeto pasivo sin ningún tipo de funcionalidad penal. Se le beneficia porque sí. No porque colaboró para reparar el mal causado; desbaratar una organización criminal; por el grado de consumación del delito o por una eximente o atenuante que debe acreditar. Aquí basta constatar que se trata de una persona rapanui: esto es, una versión del derecho penal de autor, pero contra las víctimas, predominantemente, mujeres y en este caso, concretamente mujer.
- h. En quinto lugar, por lo mismo este beneficio excepcionalísimo es un privilegio del artículo 13 en materia sexual, el que supone una determinada supremacía de género incompatible con la igualdad ante la ley y la dignidad de las personas. Por esto mismo, es incompatible con el artículo 19 N2°, de la Constitución porque establece un “privilegio” cuando en Chile “no hay persona ni grupo privilegiados”. Este privilegio no es justificable y no pudo fundarse en una particularidad del pueblo rapanui con lo cual el legislador estableció una “diferencia arbitraria”, vulnerando el artículo 19 N 2° de la Constitución. En síntesis, hay vulneración de la igualdad ante la ley en la creación de un privilegio inmotivado y sin justificación razonable en la dimensión penal, indígena o de género.
- i. Adicionalmente, este privilegio opera en relación con el artículo 19 N° 3° de la Constitución por cuanto impide “la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”. Crea un beneficio legal concebido como una especie de fuero personal para los pascuenses, en cuanto sujetos activos de delitos sexuales, que opera reduciendo en un grado el marco penal.
- j. En consecuencia, se trata de un elemento que ajeno a las consideraciones de la teoría del delito se desenvuelve en el ámbito de la punibilidad impidiendo al juez desarrollar alguna valoración sobre las conductas, los sujetos activos o determinadas tradiciones o que requiera algún régimen de prueba, sea para

confirmarlo como para desvirtuarlo, sino que se impone como un hecho dado a aplicar.

- k. Asimismo, afecta la tutela judicial doblemente. Primero, porque los preceptos legales impugnados establecen una diferencia entre mujeres. Esta diferencia se manifiesta porque la ley penal protege de mejor manera a las mujeres agredidas sexualmente por chilenos en el continente que a las mujeres agredidas sexualmente en Isla de Pascua por personas de la etnia rapanui, dado que, en el primer caso, se sanciona con una pena más alta y, en el caso de la violación, se veda el acceso a una pena sustitutiva. Y, en segundo lugar, esta mayor protección de la ley se considera tanto desde el punto de vista de la valoración que el legislador hace de la conducta (reproche penal) como de la potencialidad disuasoria que la imposición de la sanción genera en la sociedad.
 - l. En consecuencia, estas reglas afectan el artículo 19 N° 2 de la Constitución en relación con el artículo 19 N° 3° de la misma, puesto que no solo no existe un fin constitucionalmente legítimo que lo sustente, sino que desprotege objetiva y subjetivamente a toda una categoría de personas, preferentemente mujeres, lo que se traduce en las afectaciones constitucionales denunciadas.
5. La **disidencia** fue redactada por el Ministro señor **Juan José Romero Guzmán**, quien funda su voto en lo siguiente:
- a. Efectivamente las disposiciones penales impugnadas, que datan de hace más de 50 años, establecen un régimen excepcional carente de racionalidad que no se aviene con el artículo 19, N° 2° de nuestra Constitución, pero el disidente difiere, sin embargo, en la vía para enmendar tal situación, toda vez que a su entender el procedimiento idóneo para rectificar la anomalía es por medio de la dictación de una ley que las derogue, más nunca a través de una sentencia que declare la inaplicabilidad de dichos preceptos y que, como consecuencia, haga aplicables retroactivamente disposiciones que perjudican al imputado.
 - b. En este sentido, señala la disidencia que la inaplicabilidad decretada por este Tribunal modifica de una forma tal el sistema legal susceptible de ser aplicado por el juez del fondo en este caso concreto, que resulta incompatible con el derecho constitucional que se le asegura a toda persona de que “[n]ingún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado” (artículo 19, N° 3°, inciso octavo).
 - c. Son los órganos colegisladores quienes tienen la llave para corregir dicho régimen legal especial. Hacerlo por la vía de una sentencia estimatoria de inaplicabilidad que tiene como efecto contrariar específica y directamente la regla constitucional reconocida en el artículo 19, N° 3°, inciso octavo, es improcedente. Incluso los criminales tienen derechos constitucionales. En la especie, que se les garantice

ser castigados de acuerdo a las leyes vigentes en el momento de la perpetración del delito, impidiendo que con posterioridad se le perjudique por aplicación de normas legales que les resulten desfavorables. Precisamente- añade - la prohibición de retroactividad busca evitar que se caiga en la tentación de introducir o agravar a posteriori las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables. Impedir que se produzcan tales efectos como consecuencia de las emociones del momento es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho. Por ende, estima que la dictación de este fallo vulnera dicha garantía.

6. Los Ministros señores **Iván Aróstica Maldonado, Cristián Letelier Aguilar y José Ignacio Vásquez Márquez**, previenen lo siguiente:
- a. La Constitución Política expresa que “En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”. Que la expresión “no hay” es un mandato prohibitivo que impide la existencia de privilegios. Una diferencia es distinta a un privilegio, por lo que le es lícito al legislador dictar normas legales diferentes que se apliquen a una determinada agrupación de persona, pero ello no puede conllevar a privilegios. Un caso de dictación de normas que crean diferencias es el establecido en el artículo 126 bis, que declara como territorios especiales a Isla de Pascua y el Archipiélago Juan Fernández.
 - b. La Ley N° 16.441 que “Crea el Departamento de Isla de Pascua” instauró un privilegio en materia penal respecto de los chilenos, naturales de Isla de Pascua que cometan delitos contra la propiedad o de índole sexual, en un doble aspecto: en relación con la determinación de la pena, en que el juez penal deberá imponer al culpable de algún delito de las especies señaladas, la pena inferior en un grado al mínimo de la sanción asignada al tipo penal, y en cuanto a la modalidad de cumplimiento de la pena, en que se faculta al tribunal para que disponga que, los dos tercios de la misma, se lleve a efecto fuera de un establecimiento penitenciario. No obstante, la historia de la Ley N°16.441 no aclara el fundamento del privilegio establecido en los artículos 13 y 14; en la discusión parlamentaria de la época no se debatió el asunto controvertido constitucionalmente por lo que, al respecto, no se puede dilucidar los motivos que tuvo el legislador para consagrar el privilegio referido.
 - c. El precepto constitucional, base de esta prevención, pertenece al catálogo axiológico de la Institucionalidad contenida en la Carta Fundamental, que se vincula directamente con la igualdad en dignidad y derechos que tienen las personas desde su nacimiento, que proclama el artículo 1° de la Carta Fundamental. De manera que, cualquiera circunstancia que denote favorecimiento a individuos o asociaciones se encuentra vedado constitucionalmente, como lo han indicado numerosas sentencias de este Tribunal en este sentido.

- d. En atención al caso concreto,, el privilegio en relación con la determinación de la pena provoca una vulneración al artículo 76 constitucional, por cuanto los jueces del fondo están impedidos de aplicar la pena asignada al delito, teniendo, por la fuerza de la ley que rebajarla en un grado, lo cual ocasiona que los jueces vean sus atribuciones jurisdiccionales disminuidas, así en el caso concreto, el Tribunal Oral en lo Penal competente deberá inhibirse de aplicar las disposiciones legales impugnadas por el Juez Titular del Juzgado Mixto de Rapa Nui-Isla de Pascua en el juicio oral que se lleve a efecto.
 - e. En cuanto al cumplimiento de la pena, el artículo 14 de la Ley N° 16.411 altera las reglas generales previstas en el artículo 86 del Código Penal, al establecer una facultad al juez penal disponer que hasta dos tercios de la pena privativa se cumpla fuera del establecimiento carcelario. Ello constituye otro privilegio que riñe con lo expresado en el N° 2°, del artículo 19 de la Constitución. Asimismo, pugna con este mandato constitucional en cuanto a que se establece una excepción a la regla prevista en el inciso segundo, del artículo 1°, de la Ley N° 18.216, sobre penas sustitutivas, que precisamente excluye del régimen sustitutorio penal al delito de violación propia.
7. El voto particular por acoger redactado por el Ministro señor **Nelson Pozo Silva**, se funda en lo siguiente:
- a. Señala que el reconocimiento a los “usos y costumbres” indígenas en Chile está supeditado no solo a los derechos humanos o los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico, sino a la Constitución, incluyendo todas sus reglas, no sólo los derechos fundamentales. De esta manera, cuando la propia Constitución no reconoce en forma alguna la existencia de pueblos indígenas, o de sus particularidades, es muy complejo encontrar situaciones en las que se podría configurar un espacio para la aplicación del derecho consuetudinario indígena en Chile. Ahora bien, en aquellos casos, en que el derecho siguiendo su propia cultura entra en colisión con otros derechos de terceros deberá dilucidarse con sumo cuidado la importancia relativa –el peso específico– de los derechos (en colisión), y sólo en algunas instancias el derecho de la propia cultura puede ser desplazado por otros derechos.
 - b. Añade que los artículos 13 y 14 de la Ley de Pascua al tenor de lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, en la CEDAW, en la Convención Belém do Pará o Convención Interamericana sobre la Violencia contra la Mujer y en la Convención de los Derechos del Niño, dejan en una situación de vulnerabilidad y desprotección a aquella mujer, niña o adolescentes que fue víctima de un delito sexual en la isla, en la medida en que la sanción que se impone al agresor varía por el sólo hecho de ser natural de la isla y haberse encontrado en su territorio. El artículo 14 resulta incompatible por contravenir el ordenamiento jurídico interno, dado que la propia legislación nacional tiene regulaciones que han

establecido mecanismos para la concesión de penas sustitutivas y en mérito del “principio de especificidad” no resulta sino contradictorio, al establecer distinciones arbitrarias prohibidas por la Carta Política, específicamente en los artículos 1° y 19° N°2, al vulnerar el principio de igualdad en la ejecución de las penas, fijando, igualmente, una discriminación arbitraria que se encuentra prohibida constitucionalmente.

8. El Ministro señor **Rodrigo Pica Flores**, sentencia sin compartir lo razonado en los considerandos 25°, 26° y 27°, de la misma y la referencia que a ellos se hace en el considerando 28° (que entonces no alcanzan a tener 5 de los 9 votos concurrentes a la integración del Pleno en esta causa y, en consecuencia, no debiesen ser consignados como fundamentos de mayoría) y teniendo además presente los siguientes razonamientos:
- a. No existe un derecho subjetivo a la pena alternativa en el derecho penal común de nuestro país, y hace énfasis en que la proporcionalidad de la sanción es un tema de igualdad ante la ley, sin perjuicio de lo cual precisa que esta causa tiene elementos de derecho que la hacen diferente y que no puede ser omitidos.
 - b. Conforme a lo anterior, indica que es posible analizar el asunto desde dos perspectivas: la proporcionalidad de la pena y el enfoque interseccional en el análisis de la norma impugnada. En tal sentido, respecto al trato que el Estado de Chile asigna a hechos de violencia sexual sufridos por una mujer pascuense, sostiene que no puede prescindirse de los estándares de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará", ratificada por Chile y vigente, y que incluye expresamente en su artículo 1 a la violencia sexual, que ve su punto más visible en la violación. Ésta debe ser tenida como parámetro de juzgamiento en función de a lo menos tres normas constitucionales: el artículo 5°, inciso segundo, en cuanto a la incorporación de tratados de derechos humanos y su contenido al sistema constitucional chileno, como límite al poder estatal; la garantía de igualdad ante la ley, en su dimensión material y en cuanto a la plena igualdad de hombres y mujeres, y en cuanto a los derechos y medidas de tipo específico de las mujeres, entendidas como grupo históricamente postergado, y la tutela judicial efectiva y la igualdad ante los órganos jurisdiccionales en la protección de sus derechos e intereses (artículo 19 N° 3° de la Constitución Política).
 - c. Por ende, no es posible de justificar que la libertad sexual de una mujer Rapa Nui tenga menos valor que la de una mujer continental en nuestro país, pues para el derecho penal chileno la violación de una mujer isleña termina siendo desvalorada en relación a la violación de una mujer continental, cuestión que implicaría sostener como cuestión previa que hay libertades sexuales que valen menos que otras, lo cual es en sí un trato diferente por factor de pertenencia al pueblo originario isleño, y que se traduce en una protección penal menor del bien jurídico libertad sexual, que es de manifestación individual, ya que, aun siendo un

conflicto penal, es el cuerpo y la siquis de la mujer quien sufre las atroces consecuencias de una violación, frente a las cuales tiene derecho a pedir tutela y sanción en tribunales. Es esta minusvaloración legislativa de la libertad sexual de las mujeres pascuenses en el sistema penal termina siendo contrario del cumplimiento de los deberes asumidos voluntariamente por el Estado de Chile al firmar y ratificar la aludida Convención de Belém do Pará: prevención, erradicación, tutela y sanciones, con eficacia y sin discriminación.

CAUSA ROL N° 8792-20 INA

Requirente de inaplicabilidad: Juez Titular del Juzgado Mixto de Rapa Nui–Isla de Pascua.

Norma que se solicitó fuera declarada inaplicable por ser contraria a la Constitución: artículo 13 y 14 de la Ley N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua.

Normas de la Constitución que el requirente señaló serían vulneradas: Artículos 1°; 5°; 6°; 19 N°s 2 y 3, y 26 de la Constitución Política; artículos 1, 2, 3, 4 b) c) e) f), 6, 7, 8, 9 de la Convención de Belém do Pará; artículos 1, 2, 3, 4, 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Fecha ingreso causa: 05 de junio de 2020.

Sala TC: Segunda. Integrada por su Presidenta, Ministra señora María Luisa Brahm Barril, y por sus Ministros señores Gonzalo García Pino, Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y Miguel Ángel Fernández González.

Fecha sentencia: 29 de enero de 2021. **Acoge por 8 a 1.**

Integración Pleno: Presidenta, Ministra señora María Luisa Brahm Barril, y por sus Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Juan José Romero Guzmán, Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva, José Ignacio Vásquez Márquez, Miguel Ángel Fernández González y Rodrigo Pica Flores.

Juicio en que incidía la solicitud de inaplicabilidad: Proceso penal RUC N° 19-0-1075741-2, RIT 426- 2019, seguido ante el Juzgado de Letras y Garantía de Rapa Nui-Isla de Pascua, en actual conocimiento del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, bajo el RIT 142-2020.