

LEYES, REGLAMENTOS, DECRETOS Y RESOLUCIONES DE ORDEN GENERAL

Núm. 43.225

Sábado 9 de Abril de 2022

Página 1 de 21

Normas Generales

CVE 2111777

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia
Rol N° 12.415-21-INC

[5 de abril de 2022]

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 13 Y 14 DE LA LEY N° 16.441, QUE CREA EL DEPARTAMENTO DE ISLA DE PASCUA

Vistos:

Introducción

A fojas 1 de estos autos constitucionales rola resolución del Pleno de esta Magistratura de 24 de noviembre de 2021 que, de oficio, decretó la apertura del presente proceso a fin de pronunciarse acerca de la inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua.

Al efecto, este Tribunal Constitucional invoca la atribución que le confiere el numeral 7° del artículo 93 de la Constitución Política de la República para "[r]esolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior"; precepto que se complementa con lo dispuesto en el inciso decimosegundo del mismo artículo constitucional, que prescribe que "una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6° de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio (...)".

A su vez, la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional, determina en su artículo 94 que "[e]n los casos en que el Tribunal proceda de oficio, así lo declarará en una resolución preliminar fundada, que individualizará la sentencia de inaplicabilidad que le sirve de fundamento y las disposiciones constitucionales transgredidas".

En este contexto, en el auto motivado de fojas 1, esta Magistratura tiene presente la expedición de la sentencia de fecha 29 de enero de 2021, recaída en la causa Rol N° 8792-20-INA, en que se han declarado inaplicables por inconstitucionales los mismos artículos 13 y 14 de la ley N° 16.441.

Preceptos legales cuestionados

Los preceptos legales cuestionados de inaplicabilidad disponen:

Artículo 13°. "En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal, cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables."

Artículo 14°. "En aquellos casos en que el Tribunal deba aplicar penas de presidio, reclusión o prisión podrá disponer que hasta dos tercios de ellas puedan cumplirse fuera establecimiento carcelario, fijando en la sentencia las condiciones de trabajo y residencia que deba llevar el condenado y el tiempo por el cual se concede este beneficio, el que podrá suspenderse o

CVE 2111777

Director Interino: Jaime Sepúlveda O.
Sitio Web: www.diarioficial.cl

Mesa Central: 600 712 0001 Email: consultas@diarioficial.cl
Dirección: Dr. Torres Boonen N°511, Providencia, Santiago, Chile.

revocarse por el Juez, de oficio o a petición de parte, por medio de una resolución fundada, que se apoye en el incumplimiento de las condiciones impuestas."

Antecedentes

En la aludida sentencia previa de inaplicabilidad, Rol N° 8792-20-INA, se ha estimado que la aplicación concreta de las normas precedentemente transcritas genera resultados contrarios a la Constitución por la afectación de la dignidad humana (artículo 1°, inciso primero, de la Constitución), la igualdad ante la ley (artículo 19, numeral 2°, de la Constitución) y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19, numeral 3°, de la Constitución).

El caso concreto concernido en el precedente de inaplicabilidad Rol N° 8792-20-INA, se originó en el requerimiento presentado por el Juez Titular del Juzgado Mixto de Rapa Nui-Isla de Pascua, que accionó de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 13° y 14° de la ley N° 16.411 en una gestión judicial concreta sustanciada ante dicho Juzgado actuando en su competencia de Garantía, consistente en un juicio penal seguido contra un hombre perteneciente a la etnia Rapa Nui, natural de la isla, imputado por el presunto delito de violación propia, previsto y sancionado en el artículo 361 del Código Penal, cometido en territorio Rapanui, en contra de una mujer del continente. El reproche de inconstitucionalidad de las normas se fundó, en la infracción en el caso particular de los artículos 1°, 5, 6, 19 N°s 2, 3 y 26 de la Carta Fundamental; de los artículos 1, 2, 3, 4 b) c) e) f), 6, 7, 8 y 9 de la Convención de Belém do Pará; de los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); de los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la sentencia respectiva de este Rol 8792, dictada el 29 de enero de 2021, el Pleno de este Tribunal declaró inaplicables con efectos concretos los artículos 13° y 14° de la Ley N° 16.441, denominada Ley Pascua. El Pleno en dicha oportunidad integró en la vista de la causa con 9 Ministros titulares, y la acción de inaplicabilidad fue acogida por 8 votos contra 1. Votaron por acoger el requerimiento la Presidenta del Tribunal (a la época), 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 (actual Presidente del Tribunal).

En este fallo, muy en síntesis y entre otros asuntos, se declaró que nos encontramos frente a un beneficio excepcionalísimo que constituye un privilegio en materia sexual, y 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 N° 2, de la Constitución porque 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. 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. 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 además 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. En consecuencia, estas reglas -contenidas en los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua-, 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 se desprotege objetiva y subjetivamente a toda una categoría de personas, preferentemente mujeres, lo que se traduce en las afectaciones constitucionales referidas.

Tramitación

En cuanto a la tramitación del presente proceso de inconstitucionalidad aperturado de oficio, cabe consignar que en la misma resolución fundada de fojas 1, se acordó poner la cuestión en conocimiento de a S.E. el Presidente de la República, del H. Senado, y de la H. Cámara de Diputadas y Diputados, para que formularen las observaciones y acompañaren los antecedentes que estimaren pertinentes dentro del plazo de veinte días. Ninguno de los referidos órganos constitucionales evacuó presentaciones.

Audiencia Pública

Por resolución de Pleno de 29 de diciembre de 2021, que rola a fojas 16 del cuaderno principal y a fojas 1 del cuaderno separado, el Pleno de este Tribunal convocó a los terceros interesados en la resolución del asunto jurídico constitucional de autos a acompañar antecedentes y exponer en la audiencia pública que se verificó el día 13 de enero de 2022, antes de la vista de la causa, y en la que fueron oídos:

- Ivonne Sepúlveda Sánchez, por el Ministerio Público;
- Ninoska Huki Cuadros y Ximena Tengove Vallejos, por la Organización Comunitaria Funcional Rapa Nui Maroa y la Corporación Colectiva-Justicia en Derechos Humanos;
- Paula Cifuentes Sandoval, por el Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género;
- Camila Guerrero Martínez y Carola Cotroneo Ormeño, por la Asociación de Abogadas Feministas de Chile; y
- Consuelo Labra Videla, por el Consejo de Ancianos-Mau Hatu y la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua.

Vista de la causa y acuerdo

Traídos los autos en relación, en audiencia de Pleno del día 13 de enero de 2022, se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y sin que se anunciaran abogados para alegar en estrados. Con la misma fecha quedó adoptado el acuerdo y la causa en estado de sentencia.

Y considerando:

**PRIMERA PARTE: SOBRE LA DECLARACIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD DE UN PRECEPTO LEGAL PREVIAMENTE
DECLARADO INAPLICABLE Y SOBRE EL ACUERDO ADOPTADO RESPECTO
DE LOS ARTÍCULOS 13 Y 14 DE LA LEY N° 16.441, QUE CREA EL
DEPARTAMENTO DE ISLA DE PASCUA**

PRIMERO: Que, este Tribunal Constitucional, en virtud de la atribución contemplada en el artículo 93, inciso primero, N° 7, de la Constitución Política de la República resolvió, por resolución de 24 de noviembre de 2021, iniciar de oficio el proceso para pronunciarse acerca de la inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua, normas que han sido previamente declaradas inaplicables -conforme al artículo 93, inciso primero, N° 6 constitucional, por sentencia Rol N° 8792-20-INA, de 29 de enero de 2021-, por afectar la igualdad ante la ley (artículo 19, N° 2°, de la Constitución) y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19, N° 3, de la Constitución), tal como consigna el auto motivado de fojas 1;

SEGUNDO: Que, la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable es una atribución que corresponde ejercer en la medida que ninguna interpretación del precepto impugnado permita su ajuste o adecuada sujeción con la Carta Fundamental (STC Rol N°1254, c.19);

TERCERO: Que, de los artículos 93, inciso primero, numeral 7°; e inciso decimosegundo de la Constitución Política y 93 y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, se desprenden los presupuestos necesarios para que esta Magistratura, en virtud de su atribución exclusiva y excluyente, pueda declarar la inconstitucionalidad de una determinada norma legal; a saber:

- a) Debe tratarse de un precepto de rango legal;
- b) La norma debe haber sido previamente declarada inaplicable por sentencia de este Tribunal;

c) La cuestión se debe sustentar en las causales en que se fundó la declaración previa de inaplicabilidad, y

d) El proceso de inconstitucionalidad debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por este Tribunal o por una resolución del mismo actuando de oficio;

e) La inconstitucionalidad debe ser resuelta por la mayoría de los cuatro quintos de los integrantes en ejercicio del Tribunal;

CUARTO: Que, las normas jurídicas sujetas al escrutinio constitucional en estos autos y contenidas en los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua, tienen el carácter de preceptos de rango legal, y fueron previamente declarados inaplicables por esta Magistratura Constitucional, en la sentencia de 29 de enero de 2021, Rol N° 8792-20-INA, por infringir el artículo 19 N°s 2 y 3 de la Constitución.

Tal como se refirió precedentemente, el proceso de inconstitucionalidad de autos fue promovido de oficio por esta Magistratura en mérito de lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional.

QUINTO: Que, conforme a lo previamente expresado, el Pleno de Ministros resolvió promover esta causa considerando que el sentido de la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal tiene relación directa y central con los principios de supremacía constitucional, de concentración de la justicia constitucional, de igualdad ante la ley y de certeza jurídica, principios inherentes al Estado de Derecho, cuya custodia jurisdiccional la Carta Fundamental encomienda a este órgano de control constitucional (STC Rol N°1254, c.24.);

SEXTO: Que, en estos autos constitucionales, traídos los autos en relación y luego de la audiencia pública y de verificarse la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo respectivo, obteniéndose el resultado que a continuación se enuncia:

Los Ministros señores Juan José Romero Guzmán (Presidente), Iván Aróstica Maldonado, señora María Luisa Brahm Barril, Cristián Letelier Aguilar, José Ignacio Vásquez Márquez y Miguel Ángel Fernández González votaron por declarar la inconstitucionalidad del artículo 13 y del artículo 14 de la ley N° 16.441, íntegramente.

Por su parte, los Ministros señores Gonzalo García Pino, Nelson Pozo Silva, señora María Pía Silva Gallinato y señor Rodrigo Pica Flores votaron por declarar la inconstitucionalidad del guarismo "VII" contenido en el inciso primero del artículo 13, y del artículo 14 de la ley N° 16.441.

En consecuencia, y conforme al artículo 93 N° 7 de la Constitución Política, se ha alcanzado el quórum constitucional de los cuatro quintos de los integrantes en ejercicio del Tribunal y se ha dado cumplimiento a los demás presupuestos procesales para resolver estos autos constitucionales la declaración de inconstitucionalidad respecto del guarismo "VII" contenido en el inciso primero del artículo 13 y respecto del artículo 14 de la Ley N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua. Esta declaración de inconstitucionalidad tiene como efecto la derogación de los preceptos legales indicados, la que se producirá desde la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial;

SÉPTIMO: Que, a continuación se consignarán los fundamentos de los respectivos votos, por la inconstitucionalidad total, y parcial referidas en el motivo precedente;

SEGUNDA PARTE: RAZONAMIENTOS PARA LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD TOTAL

CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

OCTAVO: Que, declarada que fue la inaplicabilidad de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, que creó el Departamento de Isla de Pascua, por STC Rol N° 8792-20, corresponde en esta oportunidad determinar si las razones de inconstitucionalidad que allí se dieron alcanzan únicamente a la gestión judicial pendiente en que recayó dicho pronunciamiento, o si -más allá de ese caso concreto- tales motivos se extienden a cualquier proceso penal sin distinción, esto es, con independencia de las circunstancias particulares que incidieron en él.

Sin perjuicio de las obvias alusiones al delito de violación que concernía a la gestión judicial pendiente en esa ocasión, la mencionada STC Rol N° 8792 reflexionó en términos amplios y sin reservas, en orden a que los siguientes preceptos legales resultaban incompatibles con la Constitución:

"Artículo 13. En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal, cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables".

"Artículo 14. En aquellos casos en que el Tribunal deba aplicar penas de presidio, reclusión o prisión podrá disponer que hasta dos tercios de ellas puedan cumplirse fuera del establecimiento carcelario, fijando en la sentencia las condiciones de trabajo y residencia que deba llevar el condenado y el tiempo por el cual se concede este beneficio, el que podrá suspenderse o revocarse por el Juez, de oficio o a petición de parte, por medio de una resolución fundada, que se apoye en el incumplimiento de las condiciones impuestas";

NOVENO: Que, lo propio de una sentencia de inconstitucionalidad consiste en determinar, entonces, si las razones vertidas para inaplicar esas normas en lo relativo a un proceso singular, revisten tal severidad y consecuencia, que justifica predicarlas sin distinciones ni excepciones en todo caso, con efectos generales o erga omnes.

Criterio parejo de inconformidad con la Constitución que, tratándose de las normas legales transcritas, aparece tanto más justificado repetir acá, cuando se considera que ellas fueron objetadas por menoscabar la dignidad de las personas, reconocida ya de entrada en el frontispicio de la Carta Fundamental, así como la igualdad ante la ley penal sin privilegios debido a raza, estirpe, sexo o domicilio civil.

Son ellos valores esenciales de la tradición chilena, que ameritan ser preservados, incluso más allá de las corrientes jurídicas en boga fuera de la comunidad nacional, en los términos requeridos por los artículos 1º, inciso cuarto, y 22 de la Constitución patria;

ANTECEDENTES

DÉCIMO: Que, como se puede ver, los artículos 13 y 14 de la ley N° 16.441 confieren a los naturales de Isla de Pascua un trato más benigno que el aplicable a los demás chilenos y personas que cometan delitos análogos en el resto del territorio nacional, e incluso dentro de la misma isla, sin dejar, por ello, de considerar los hechos cometidos como ilícitos.

Vale decir, el legislador no constató la existencia de una supuesta cultura ancestral que, basada en una peculiar cosmovisión o imaginario colectivo, legitimara estatuir a esos respectos un régimen absolutorio o más indulgente que el común.

Más bien, el legislador aparece lenitivo frente a lo que se sostiene son algunas prácticas o usos que, siendo reprobables por no llegar a configurar la eximente de responsabilidad por fuerza irresistible (artículo 10 N° 9 del Código Penal), algunos individuos no asienten a contener o templar. Pero, sin que allá en el Chile insular, ni acá en el Chile continental, se puedan advertir diferencias culturales en torno a que a nadie le es lícito tomar lo que quiera para hacerlo objeto de sus pasiones o dominio, desde que ello arriesga la pacífica convivencia entre los propios isleños y sendos derechos ajenos de significación universal;

DÉCIMO PRIMERO: Que el artículo 13 beneficia a los nativos, con una pena menor, cuando son condenados por los delitos de que trata el Código Penal en el Título VII del Libro Segundo (artículos 342-399), referente a los "Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual". La misma prerrogativa les concede cuando perpetran los "Crímenes y simples delitos contra la propiedad" de que trata el Título IX del Libro Segundo (artículos 432-489).

Todos estos ilícitos configuran -por igual- delitos de acción penal pública, con arreglo a lo prescrito en el artículo 53, inciso segundo, del Código Procesal Penal, habida cuenta que su comisión importa la violación de un determinado derecho fundamental, de que es titular la víctima u ofendido por el delito, al paso de afectar un interés público vinculado al bien común general, según cabe observar desde la óptica del artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental.

Por su parte, el beneficio a los isleños -por el solo hecho de serlo- consiste en que necesariamente se les debe aplicar la pena inferior en un grado al previsto para todos los hechos en general: no obstante ser autores de un delito consumado, se les castiga como si se tratara de un delito frustrado (asemejándolo a un ilícito no consumado o que nunca tuvo lugar) o como meros cómplices (no obstante ser ejecutores del hecho se les asimila a simples cooperadores), si se coteja este artículo 13 de la Ley N° 16.441 con la norma equivalente del artículo 51 del Código Penal;

DÉCIMO SEGUNDO: Que el artículo 14 faculta al tribunal disponer, en las condiciones que señala, que el nativo así condenado, pueda cumplir parte de la pena privativa de libertad, a que se ha hecho acreedor, fuera del establecimiento carcelario.

Lo cual constituye otro privilegio, de cara al artículo 86 del Código Penal, en cuya virtud "Los condenados a penas privativas de libertad cumplirán sus condenas en la clase de establecimientos carcelarios que corresponda en conformidad al Reglamento respectivo".

También puede calificarse de exención o prebenda si el susodicho artículo 14 se compara con la normativa vigente al año 1966, cuando se dictó la ley N° 16.441, época en que regía sólo el instituto de la remisión condicional y de la suspensión de la ejecución de la sanción, tomando en consideración las circunstancias individuales del hechor en relación con el delito cometido que establecían el artículo 564 (603) del Código de Procedimiento Penal y las reglas de la ley N° 7.821, de 1944.

E igualmente cabe catalogar la excarcelación del artículo 14 como una ventaja, si se la coteja ahora con la ley N° 18.216, que regula penas sustitutivas a las privativas o restrictivas de libertad, como es la Reclusión parcial por cumplir preferentemente en el domicilio del condenado (artículo 7°), si se satisfacen los requisitos de mérito e idoneidad personal que allí se señalan; entre los cuales no se encuentran -ni pueden considerarse- el lugar donde se cometió el delito ni la casta o etnia o el domicilio del autor;

DÉCIMO TERCERO: Que el artículo 126 bis de la Constitución, dentro del parágrafo "Disposiciones Especiales", que se inserta a su vez en el Capítulo XIV relativo al "Gobierno y la Administración Interior del Estado", dispone que -a este específico propósito- son "territorios especiales los correspondientes a Isla de Pascua y al Archipiélago Juan Fernández", de modo que han de regirse por estatutos especiales aprobados por las respectivas leyes orgánicas constitucionales.

El artículo 19, N° 22, inciso segundo, asimismo de la Constitución, previene que, sin que implique una discriminación, la ley puede autorizar determinados beneficios en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras.

Vale decir, la Carta Fundamental, sin menoscabar su afirmación primaria de que Estado de Chile es unitario (artículo 3°), da cabida a normativas especiales en los ámbitos precedentemente referidos. Pero solo en los aspectos allí mencionados y sin que por ello haya autorizado la existencia de estatutos criminales específicos, que consideren la raza, etnia, cosmovisión o ubicación geográfica en que se encuentre el hechor. Antes, al contrario, al disponer que la materia penal debe ser objeto de codificación, en su artículo 63, N° 3, está queriendo significar que ha menester una regulación coherente y sistemática; con leyes especiales anexas solo allí donde se justifique fundadamente;

IGUALDAD ANTE LA LEY PENAL Y DIGNIDAD HUMANA

DÉCIMO CUARTO: Que el poder punitivo del Estado no puede identificarse con la benevolencia o exacerbación subjetivas hacia determinados colectivos, sin riesgo de sustituir la concepción constitucional (artículo 19 N° 3, incisos quinto y octavo) del "derecho penal del hecho", donde lo determinante es el hacer o la perpetración de un hecho concreto, por el denominado "derecho penal de autor", que atiende a un ser o pertenencia del hechor a ciertos tipos de autores o clases de delincuentes (Derecho Panhispánico del español jurídico, pág. 655).

El que la pena y sus efectos puedan morigerarse considerando las circunstancias particulares del delito y la participación coyuntural que en él haya tenido su perpetrador, ponderadas por el juez con miras a administrar justicia y dar a cada uno lo que le corresponda según su situación, todo ello, no debe confundirse con aquella intervención en que el legislador favorece o perjudica a priori a los miembros de una determinada colectividad o categoría de personas, por solo pertenecer a ella, puesto que esto último implica considerar un factor completamente ajeno a la Justicia aplicable al caso.

Tan arbitraria resulta una ley cuando carece de razones, como cuando se basa en unas que son impertinentes o completamente desvinculadas del tema concernido, puesto a distinguir respecto a la distribución de beneficios o premios, cargas o penas;

DÉCIMO QUINTO: Que al favorecer a los "naturales" de Isla de Pascua, la ley N° 16.441 abarca no únicamente a quienes pertenecen a la etnia indígena Rapa Nui o Pascuense, sea por descendencia o -sin serlo- sea por adhesión a su cultura, según el artículo 2° de la Ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los Indígenas.

Además, comprende a los demás nativos del lugar, esto es, a aquellos chilenos que hayan nacido en Isla de Pascua, aunque no desciendan ni compartan los rasgos culturales de dicho pueblo ancestral.

Mas, como se ha dicho antes, ni la raza o etnia ni el domicilio del agresor, pueden considerarse atinentes de suyo, para rebajar una pena o beneficiar al autor. Menos cuando el carácter unitario del Estado de Chile rechaza la existencia de secciones territoriales autónomas, donde la autoridad deba condescender con ciertos actos delictivos o minusvalorar los hechos de violencia. Nunca tanto como en estos casos debe afirmarse la plena vigencia de aquel aforismo clásico, de que *Dura lex, sed lex*;

DÉCIMO SEXTO: Que, por otra parte, no pudiendo menos que admitirse que la ideación de una "política criminal" no es de incumbencia del Tribunal Constitucional, no es menos cierto, sin embargo, que al manifestarse en la forma de una ley, a él le corresponde reparar su compatibilidad con la Carta Fundamental, sobremanera si deteriora derechos o principios que han de regir uniformemente para atender una cumplida -íntegra o cabal- administración de justicia "en todo el territorio nacional", sin solución de continuidad, como exige el artículo 77, inciso primero, constitucional.

Esa lenidad frente a una delincuencia particular, desmedra -como correlato- la protección debida a los derechos tutelados por la Ley Penal. Lo que no solo deprime la función del Estado de "dar protección a la población", exigida en el artículo 1º, inciso quinto, de la Constitución, sino que, además, compromete su obligación de respetar y promover, esto es, fortalecer y no precarizar, el pleno y pacífico ejercicio de legítimos derechos que asisten a todos los miembros de la comunidad nacional por igual, según requiere el artículo 5º del propio texto supremo;

DÉCIMO SÉPTIMO: Que las consecuencias e irradiaciones de esta laya de normas adquieren, pues, una dimensión social al minusvalorar la tutela debida a ciertos derechos, en general, al paso que -en su aplicación concreta- resultan en un menoscabo directo e inmediato a las víctimas de los delitos efectivamente cometidos.

La justa pretensión de que el delincuente reciba su merecido, es decir, que se le atribuya la pena a que se ha hecho acreedor, no puede sacrificarse en aras a la subsistencia de un colectivo, ni siquiera en parte, si se quiere conservar la paz y no menguar la dignidad de las personas, comoquiera que nunca ni en ninguna parte será lícito inmolarlas en provecho de algún interés general;

DÉCIMO OCTAVO: Que, finalmente, decir tiene que no existen fundamentos de derecho constitucional que permitan distinguir -para los Ministros que suscriben la inconstitucionalidad total y a los efectos que incumben en este proceso- entre los delitos del Título VII y los delitos del Título IX, ambos del Libro Segundo del Código Penal.

Sostener que el derecho de propiedad podría ser objeto de un estatuto especial, donde las fronteras entre los bienes individuales y los bienes comunes pudieran merecer un tratamiento distinto al común, conforme a ciertas costumbres consolidadas a modo de derecho propio, no justifica que, existiendo incluso allí los delitos contra la propiedad, pudieran éstos merecer un régimen penal privilegiado.

De tales premisas no se sigue esta conclusión. Es más, hacer esta distinción para declarar una inconstitucionalidad parcial, importa incurrir precisamente en la misma discriminación irritante que se achaca al legislador de la ley N° 16.441;

DÉCIMO NOVENO: Que, en fin, los preceptos reprochados de la ley N° 16.441, en tanto y en cuanto ordenan proceder como si los delitos referidos nunca se hubiesen consumado y como si el hechor no hubiese delinquido, considerando al efecto una circunstancia enteramente improcedente, no solamente configuran un privilegio injustificado para el hechor y un menoscabo inmerecido para las víctimas, sino que, además, desvirtúan la función jurisdiccional, consistente en adjudicar la sanción proporcionada a la ilicitud cometida.

TERCERA PARTE: ARGUMENTOS SOBRE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL

APERTURA DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

VIGÉSIMO: Que, de los artículos 93, inciso primero, numeral 7º; e inciso decimosegundo de la Constitución Política y; 93 y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, se desprenden los presupuestos necesarios para que esta Magistratura, en virtud de su facultad exclusiva y excluyente, pueda aperturar un proceso para declarar la inconstitucionalidad de una determinada norma legal vigente, previamente declarada inaplicable. Así, son los siguientes:

- a) debe tratarse de un precepto de rango legal;
- b) la norma debe haber sido previamente declarada inaplicable por sentencia de este Tribunal;

c) la cuestión se debe sustentar en las causales en que se fundó la declaración previa de inaplicabilidad y;

d) el proceso de inconstitucionalidad debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por este Tribunal o por una resolución del mismo, actuando de oficio;

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable es una facultad que le corresponderá ejercer en la medida que ninguna interpretación del precepto impugnado permita su ajuste o adecuada sujeción con la Carta Fundamental (STC Rol N°1254, c.19);

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, con fecha 24 de noviembre de 2021, este Tribunal acordó aperturar de oficio un proceso de inconstitucionalidad respecto de preceptos legales previamente declarados inaplicables. Así, las normas sujetas al escrutinio constitucional abstracto y de efectos erga omnes en la presente causa, son los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua, sirviendo de antecedente y de presupuesto necesario la sentencia estimatoria de inaplicabilidad por inconstitucionalidad dictada por esta Magistratura en el proceso Rol N° 8792-20-INA, de fecha 29 de enero de 2021;

VIGÉSIMO TERCERO: Que, conferidos los traslados respectivos a los órganos colegisladores, se ha dado cumplimiento a los presupuestos procesales para conocer y resolver esta acción de inconstitucionalidad, los mismos no fueron evacuados. Posteriormente se convocó a audiencia pública, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 39, letra a) del Auto Acordado de este Tribunal sobre Normas sobre lobby, registros públicos con fines de transparencia, imparcialidad, independencia y publicidad, y se verificó la vista de la causa el 12 de enero del año en curso, adoptándose en acuerdo el 13 de enero;

ACERCA DE LAS NORMAS SOMETIDAS A EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD

VIGÉSIMO CUARTO: Que, las normas cuya constitucionalidad se cuestiona disponen:

Artículo 13.- "En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal, cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables.

Artículo 14.- "En aquellos casos en que el Tribunal deba aplicar penas de presidio, reclusión o prisión podrá disponer que hasta dos tercios de ellas puedan cumplirse fuera del establecimiento carcelario, fijando en la sentencia las condiciones de trabajo y residencia que deba llevar el condenado y el tiempo por el cual se concede este beneficio, el que podrá suspenderse o revocarse por el Juez, de oficio o a petición de parte, por medio de una resolución fundada, que se apoye en el incumplimiento de las condiciones impuestas."

Es del caso señalar que el Título VII del Libro Segundo del Código Penal está referido a los "Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual" y que el Título IX del mismo Libro está referido a los "Crímenes y simples delitos contra la propiedad".

En tal contexto, las normas sometidas a examen de constitucionalidad establecen un régimen penal especial, rebajando por una parte las penas en ciertos tipos de delitos, incluyendo entre ellos a los delitos sexuales cometidos en la isla y por isleños, y por otra parte permitiendo que hasta 2/3 de la pena sean cumplidos fuera de establecimiento de privación de libertad, sujeto a condiciones de trabajo y residencia;

VIGÉSIMO QUINTO: Adicionalmente, si bien podría sostenerse que el artículo 14 sometido a control establece una atribución judicial y no un privilegio para el condenado, al disponer en lo pertinente que "En aquellos casos en que el Tribunal deba aplicar penas de presidio, reclusión o prisión podrá disponer que hasta dos tercios de ellas puedan cumplirse fuera del establecimiento carcelario", debe considerarse que al ejercer tal facultad el juez estaría determinando por habilitación legal un trato privilegiado respecto de los demás sujetos que cometan el mismo delito, y el fundamento sería la existencia de tal norma, que a su vez ya se constató en la sentencia Rol N° 8792-20-INA, carece de fundamentación constitucionalmente razonable y que, como se verá, en un procedimiento de consulta indígena la propia comunidad Rapa Nui se manifestó para que dicha norma fuera derogada;

VIGÉSIMO SEXTO: En efecto, como se señalara en la sentencia Rol N° 8792 que sirve de antecedente a este proceso, el artículo 13 aludido "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. 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" (cons. 32°).

A su vez, entre los diversos efectos del artículo 14 en examen, en el caso concreto abordado en la sentencia Rol N° 8792, se constata que si la libertad sexual es el bien jurídico protegido en los delitos de violación y abuso, el sistema penal chileno minusvaloraría la libertad sexual de las mujeres Rapa Nui, al dar una respuesta penal menor frente a los atentados a tal bien jurídico, resultando en un verdadero sistema de discriminación por factores de territorio, sexo y etnia, relativizando además los deberes de erradicación y sanción efectiva de la violencia sexual contra las mujeres, establecidos en el derecho internacional convencional;

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Las normas referidas han sido declaradas inaplicables por inconstitucionalidad en el proceso Rol N° 8792-20-INA, mediante sentencia definitiva de fecha 29 de enero de 2021, por configurarse "vulneraciones constitucionales acreditadas relativas a la afectación de la dignidad humana (artículo 1°, inciso primero de la Constitución), la igualdad ante la Ley (artículo 19, numeral 2° de la Constitución) y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19, numeral 3° de la Constitución)" (cons. 65°), con referencias en el estándar de argumentación a derecho internacional convencional ratificado por Chile y vigente, que se da también por infringido, en especial normas de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, "Convención de Belem Do Pará y de la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, conocida como CEDAW, por sus siglas en inglés;

VIGÉSIMO OCTAVO: En tal marco, el artículo 101 de la ley orgánica de esta Magistratura constitucional dispone que en un proceso de este tipo "La declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento."

Así, constatándose las 3 normas constitucionales que se declararon vulneradas en la mencionada sentencia Rol N° 8792-20-INA, y que se señalan en el considerando que antecede, bastará constatar que solo una de ellas subsiste en esta sede de control abstracto para poder declarar la inconstitucionalidad de las normas sometidas a control;

ACERCA DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 93, NUMERAL 7° DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE A ESTA FECHA

VIGÉSIMO NOVENO: Ahora bien, hay que determinar si los referidos preceptos legales pugnan bajo toda forma de interpretación posible con las garantías constitucionales consagradas en las disposiciones constitucionales reseñadas precedentemente, para determinar así si se declara o no su inconstitucionalidad;

TRIGÉSIMO: Que, conforme a lo previamente expresado, el pleno de ministros resolvió promover esta causa considerando que el sentido de la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal tiene relación directa y central con los principios de supremacía constitucional, de concentración de la justicia constitucional, de igualdad ante la ley y de certeza jurídica, principios inherentes al Estado de Derecho, cuya custodia jurisdiccional la Carta Fundamental encomienda a este órgano de control constitucional (STC Rol N°1254, c.24.);

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, el 26 de marzo de 2007, esta Magistratura dictó sentencia en causa Rol N° 681, declarando, por primera vez en la historia constitucional de Chile, la inconstitucionalidad de un precepto legal -el artículo 116 del Código Tributario-, precisando que ello "(...)refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley generada por los órganos legitimados para ello dentro de un Estado democrático. Este principio, reiterado en la jurisprudencia de este Tribunal, constituye una expresión que concreta la separación de funciones del Estado y su asignación a los órganos competentes, que se encuentra expresamente establecida en el artículo 7°, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

Asimismo, el control a posteriori de constitucionalidad de la ley, que puede derivar, como en este caso, en la expulsión de un precepto del ordenamiento jurídico positivo, es una competencia que procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de Derecho,

lográndose con ello el fortalecimiento constante de los sistemas de frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones prevista en los artículos 6° y 7° de la Constitución" (c. 7°);

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, la envergadura y trascendencia de esta atribución y la repercusión que su ejercicio produce en el ordenamiento jurídico han sido asumidas nítidamente por esta Magistratura, de lo que dejamos constancia en la sentencia pronunciada en la causa Rol N° 558, que rechazó la acción de inconstitucionalidad planteada respecto del artículo 416 del Código Procesal Penal, porque "(...) es indiscutible que dicha declaración constituye el último recurso para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica no sólo la anulación o derogación de un acto emanado de un órgano legislativo -expresión éste irrecusable de la soberanía popular-, sino que conlleva un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de la norma jurídica naturalmente destinada a regular inmediatamente las conductas, cuyo reemplazo es incierto" (c. 18°).

Por ello, es consecuencia necesaria que la declaración de inconstitucionalidad "(...) requiere la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal. Si deviene en una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma" (c. 19°);

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, por lo mismo, el artículo 94 de la Carta Fundamental dota a la declaración de inconstitucionalidad de efecto sólo hacia el futuro, a partir de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial, que conlleva la derogación del precepto legal cuestionado, de tal manera que, como lo explicó la ex Ministra de esta Magistratura, profesora Luz Bulnes Aldunate, "en el proceso de la reforma constitucional se debatió sobre el efecto derogatorio y el de nulidad de la norma declarada inconstitucional. La derogación se diferencia de la nulidad en que se produce al momento de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial y no afecta los derechos adquiridos bajo el amparo de la ley inconstitucional; la nulidad en cambio opera con efecto retroactivo y puede afectar a tales derechos. En conformidad con el nuevo artículo 94 la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal produce la eliminación de la norma del ordenamiento jurídico desde la fecha de la publicación de la misma. Este punto tiene gran importancia, pues de él depende la posibilidad de adquirir y mantener derechos que nacieron al amparo de la ley inconstitucional" (Luz Bulnes Aldunate: "Los Recursos de Inaplicabilidad y de Inconstitucionalidad en la Reforma Constitucional, Actualidad Jurídica, N° 13, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, 2006, pp. 113-114);

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, en consecuencia, el ejercicio de la atribución conferida en el artículo 93 inciso primero N° 7° de la Constitución Política por parte de esta Magistratura nos conduce a un control abstracto acerca de la constitucionalidad de la preceptiva legal en cuestión, con alcance erga omnes y efecto derogatorio, pero que debe adoptarse a partir, al menos, de una sentencia previa de inaplicabilidad, dando cuenta, al mismo tiempo, de la trascendencia de esta potestad cuanto de los límites que la circunscriben, contemplados también en la preceptiva que la confiere;

TRIGÉSIMO QUINTO: A su vez, el quorum de declaración de inconstitucionalidad en el presente proceso es de 4/5 de miembros en ejercicio del Tribunal, motivo por el cual el acuerdo del Tribunal que se exprese en esta parte considerativa de sentencia para motivar y justificar una sentencia estimatoria requiere de 8 votos.

ACERCA DE LA VULNERACIÓN DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY

TRIGÉSIMO SEXTO: En orden a consagrar el principio de igualdad, la Constitución Política dispuso en sus artículos 1° y 19, numeral 2°, que "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", que se asegura a todas las personas "La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley" y que "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, reiterada y sostenidamente, este Tribunal ha razonado que la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de

acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad. (STC 784 c. 19, STC 1254 c. 46, STC 1399 c. 12, STC 1732 c. 48, STC 1812 c. 26, STC 1951 c. 15, STC 1988 c. 64, STC 2014 c. 19, STC 2259 c. 27, STC 2438 c. 28, STC 2489 c. 18, STC 2664 c. 22, STC 2841 c. 6, STC 2955 c. 7, STC 2838 c. 19, STC 2888 c. 22, STC 53 c. 72, STC 219 c. 17, STC 280 c. 24, STC 755 c. 27, STC 811 c. 18, STC 1133 c. 17, STC 1138 c. 24, STC 1140 c. 19, STC 1217 c. 3, STC 1414 c. 14, STC 2895 c. 8, STC 2983 c. 2, STC 3364 c. 22, STC 3297 c. 22, STC 3309 c. 25, STC 3121 c. 23, STC 6339 c. 5, STC 6370 c. 5, STC 7330 c. 3, STC 7443 c. 3, STC 5599 c. 3, STC 4170 c. 12, STC 4623 c. 14, STC 6082 c. 5, STC 6866 c. 12, STC 4710 c. 29, STC 4914 c. 27, STC 4222 c. 32, STC 3732 c. 5, STC 3869 c. 5, STC 4097 c. 5, STC 4379 c. 3, STC 4533 c. 3, STC 4972 c. 3, STC 4988 c. 3, STC 5104 c. 3, STC 5778 c. 3, STC 5993 c. 3, STC 5613 c. 3, STC 5751 c. 3, STC 5979 c. 3, STC 5999 c. 3, STC 6108 c. 3, STC 6163 c. 3, STC 6473 c. 3, STC 6349 c. 3, STC 6353 c. 3, STC 6381 c. 3, STC 6508 c. 3, STC 6750 c. 3, STC 6941 c. 3, STC 7076 c. 3, STC 7228 c. 3, STC 7232 c. 3, STC 7233 c. 3, STC 7311 c. 3, STC 7398 c. 3, STC 7430 c. 3, STC 7606 c. 3, STC 4794 c. 54, STC 3406 c. 2, STC 3482 c. 23, STC 3972 c. 17, STC 3440 c. 5, STC 4592 c. 18, STC 4735 c. 18, STC 4820 c. 20, STC 5835 c. 18, STC 5016 c. 17, STC 3570 c. 8, STC 3702 c. 2, STC 5267 c. 9, STC 4836 c. 2, STC 4722 c. 9, STC 5180 c. 9, STC 4800 c. 9, STC 4078 c. 2, STC 3978 c. 14, STC 4843 c. 8, STC 5484 c. 9, STC 5360 c. 8, STC 5625 c. 9, STC 5912 c. 9, STC 6085 c. 9, STC 6073 c. 9, STC 6513 c. 9, STC 7259 c. 9, STC 7516 c. 7, STC 7626 c. 14, STC 7635 c. 13, STC 7785 c. 13, STC 7777 c. 13, STC 7778 c. 14, STC 6180 c. 14, STC 5353 c. 23, STC 5776 c. 23, STC 7464 c. 10, STC 7750 c. 16, STC 4370 c. 19, STC 3406 c. 2, STC 3470 c. 18, STC 3063 c. 32, STC 7217 c. 24, STC 7203 c. 28, STC 7181 c. 24, STC 7972 c. 40). Así, debe tenerse presente que la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos. (STC 784 c. 19, STC 1138 c. 24, STC 1140 c. 19, STC 1340 c. 30, STC 1365 c. 29, STC 2702 c. 7, STC 2838 c. 19, STC 2921 c. 11, STC 2922 c. 14, STC 3028 c. 11, STC 2895 c. 9, STC 2983 c. 3, STC 6685 c. 17, STC 5674 c. 3, STC 4434 c. 33, STC 4370 c. 19, STC 3470 c. 18, STC 5275 c. 27).

De igual manera, ha de considerarse que la igualdad entre hombres y mujeres ante la ley es un principio inherente a los derechos fundamentales, tanto en los ordenamientos jurídicos nacionales como en el derecho internacional positivo, que abarca su dimensión de iure y de facto y que resulta de la equiparación de los derechos de la mujer respecto de los del hombre. De ahí que la tendencia aceptada sea la de impedir el menoscabo o la desventaja de la mujer respecto del hombre en la consagración y el goce de los derechos. (STC 1348 c. 66), cuestión que debe tenerse especialmente presente en el presente proceso.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que, en lo medular, el voto de mayoría de la sentencia Rol N° 8792 que sirve de antecedente al presente proceso declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, sometidos a control en este proceso, por los siguientes motivos:

" ... 6. 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

CUADRAGESIMOQUINTO.- La igualdad en y ante la Constitución, tiene un conjunto de modos diferentes de expresarse, lo que la convierte en uno de los derechos más recurrentemente reprochados como vulnerados, pero complejo de demostrar la efectiva concurrencia de una inconstitucionalidad.

Por lo mismo, destinaremos algunos considerandos a recordar los tratamientos jurisprudenciales de nuestro Tribunal en la materia, a objeto de identificar en qué sentido estimaremos que las reglas aplicables vulneran el artículo 19, numeral 2°, de la Constitución.

En primer lugar, está la "igualdad en la generalidad de la ley" como una extensión natural de la "igualdad ante la ley". En este tipo de casos, la ley es la regla espacial que determina el universo del caso. No necesita nada desde la Constitución. Ninguna diferencia ni criterio que justifique tratamientos distintos. Aquí el juez opera de modo binario: interpreta los hechos conforme a la norma para incluirlo o excluirlo. Esta explicación, inmediatamente, implica negar que nos encontremos frente a un caso de igualdad ante la generalidad de la ley, puesto que aquí la ley misma es el problema.

CUADRAGESIMOSEXTO.- El segundo modo de manifestación de la igualdad es la "igual aplicación judicial de la ley". Esto implica vincular el artículo 19, numeral 2°, en relación con el artículo 19, numeral 3°, inciso primero 1°, de la Constitución en cuanto exige "la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos".

Aquí nos encontramos frente a casos que implican una interpretación singular de una norma general que afecta la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos -tutela judicial efectiva- o el debido proceso al interior de un proceso judicial. Por ende, nuevamente lo buscado es la protección que la propia ley brinda en su ámbito normativo pero que por deficiente interpretación cercena la garantía jurisdiccional dentro de un proceso o que le impide acceder al mismo.

De este modo, el caso planteado nuevamente no se inscribe en esta modalidad exclusivamente de una igual aplicación judicial de la ley, puesto que lo que el requirente judicial en autos pretende es justamente eximirse de su aplicación por su inconstitucionalidad. La ley es el problema y un test de igualdad que no la cuestione no es el que corresponde al caso.

CUADRAGESIMOSÉPTIMO.- La tercera manifestación de la igualdad es "la igualdad en la ley" como un derecho a un trato normativo diferenciado, motivado y razonable la que se deriva del mandato que indica que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias" (inciso final del numeral 2º del artículo 19 de la Constitución).

De un modo distinto a los dos enfoques anteriores, aquí se trata de una igualdad que no pone a la ley como la medida de las cosas, sino que la cuestiona a la luz de la Constitución, sea porque debió igualar, sea porque debió diferenciar.

Este examen tiene intensidades diferentes, grados o niveles de cuestionamiento desde la Constitución. La doctrina reciente [por poner un ejemplo, Díaz de Valdés, José Manuel (2019), Igualdad constitucional y no discriminación, Tirant Lo Blanch, Valencia o Esparza, Estefanía (2018), La igualdad como no subordinación, Tirant Lo Blanch, Valencia] y la jurisprudencia constitucional [basta ejemplificar con las STC 4757/2018 o 7774/2019] están divididas respecto de los alcances superiores de las exigencias desde la igualdad constitucional.

Las diferencias doctrinarias y jurisprudenciales se basan en la naturaleza de los sujetos obligados por la igualdad, en el sentido de abarcar o no a los particulares; de la presencia o no de categorías sospechosas de tratamiento diferenciado; de la frontera entre los casos de igualdad en la ley y la no discriminación; en el modo en que se resuelven los casos discriminatorios y en la función constitucional de igualar las condiciones fácticas que deben ser removidas para igualar oportunidades y derechos.

No obstante, el presente caso no se situará en la dimensión de las exigencias máximas de la igualdad, sino que se refiere, más bien, a la deficiencia de las condiciones esenciales de una igualdad motivada, razonable y no arbitraria.

CUADRAGESIMOCTAVO.- Hay que constatar un evidente punto de partida. Los artículos 13 y 14 de la ley N° 16.441 suponen un tratamiento distinto en dos categorías de delitos regulados en el Código Penal: "los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal". Esos títulos son "Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual" (artículos 342 a 389) y "Crímenes y simples delitos contra la propiedad" (artículos 432 a 489). En total, 104 artículos bajo un tratamiento favorable, representativo de más de un 27% de todos los delitos del Código Penal, sin contar que uno de ellos se refiere a la máxima prevalencia de casos.

El Tribunal Constitucional ha entendido que "la igualdad ante la ley" consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición". Por lo tanto, se ha concluido, "la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad". (Sentencias roles Nos. 28, 53 y 219)" (STC 1365, c. 2º). Desde este punto de vista, en principio, frente a la comisión de un mismo delito, la sanción penal prevista en la ley debe ser la misma.

En consecuencia, debe superar el test de la diferencia, en cuanto razonabilidad y no mera racionalidad, a objeto de verificar si nos encontramos frente a una normativa motivada; si la norma reprochada como medio se encuentra justificada en un objetivo o finalidad constitucionalmente legítimo y si la desvinculación de la igualdad general no resulta arbitraria.

CUADRAGESIMONOVENO.- El primer elemento de la racionalidad de estas normas, en particular del artículo 13 de la ley N° 16.441, debe encontrarse en la motivación de la misma. Aquí el Tribunal no sustituirá la motivación definida por el legislador, sino que la definirá conforme lo estableció en la década de los sesenta.

Esta cuestión fue examinada en esta sentencia como unos de los criterios interpretativos y recordaremos la conclusión del análisis de los artículos 13 y 14 de la ley N° 16.441. Aquí no cabe

especular, no existe ninguna referencia que fundamente un tratamiento diferenciado relativo al Título VII del Libro II, del Código Penal, en general, y de los delitos sexuales, en particular.

La fuente de fundamentación diferenciadora resultó un ejercicio interpretativo de algunos parlamentarios que pudieron constatar in situ, determinadas realidades que no describen, no expresan y que la entienden como un cierto fundamento antropológico o ancestral de la cultura rapanui, pero que tiene algunas verificaciones en el ámbito de la propiedad, mas no en el ámbito de este caso.

QUINCUAGÉSIMO.- El segundo elemento de la diferencia dice relación con vincular este tratamiento distinto como un medio que propicie el cumplimiento de una finalidad constitucionalmente legítima.

En ese ámbito, la justificación del mismo ha sido asociada a la exigencia del derecho a un trato distinto en razón de referirse a una costumbre propia de un pueblo indígena.

Así como las cuestiones indígenas, en cuanto criterio de justificación, tienden a argumentar la justificación de una diferencia; las cuestiones relativas al género tienden al tratamiento idéntico, a aplanar, anular o aplacar la brecha.

Sin embargo, la diferencia no se sostiene. Podría haber existido en el ámbito de la costumbre penal indígena, lo que fue doblemente descartado, tanto porque la autoridad rapanui del Consejo de Ancianos la desechó terminantemente, como por la autoridad técnica en materia indígena.

Cabe considerar que la Constitución dispone como finalidad que "hombres y mujeres son iguales ante la ley" (artículo 19, numeral 2º, de la Constitución). La rebaja penal en un grado a dos títulos del Libro segundo del Código Penal y, en particular, respecto del delito de violación implicaría argumentar en qué sentido esa rebaja cumpliría un objetivo legítimo. El tratamiento diferenciado de la rebaja penal significa, inmediatamente, una subvaloración de los bienes jurídicos que protege la regla penal en la Isla de Pascua. No sería lo mismo el tipo de protección que la justicia le brinda en la Isla.

El artículo 19 N° 3, inciso primero, de la Constitución asegura la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Desde este punto de vista, los preceptos legales impugnados establecen una diferencia entre mujeres. Esta diferencia se manifiesta, particularmente, aunque no en el caso concreto, porque la víctima es una mujer del continente, respecto de las mujeres indígenas que habitan Isla de Pascua. En efecto, 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. 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.

En el apartado siguiente especificaremos por qué no es posible fundar en el multiculturalismo una diferencia que justifique este precepto legal.

En consecuencia, no solo no existe un fin constitucionalmente legítimo que lo sustente, sino que afecta sensiblemente derechos constitucionales reconocidos en el artículo 19, en sus numerales 2º y 3º de la Constitución".

TRIGÉSIMO NOVENO: A su vez, el voto de prevención de los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, a pesar de concurrir a lo resuelto únicamente por los fundamentos que expresaron, también tuvieron por infringida la Constitución Política en lo referido a la igualdad ante la ley, teniendo presente que:

1º. Que, el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República expresa que "En Chile no hay persona ni grupo privilegiados", prohibiendo con ello cualquier especie de ventaja en favor de alguna persona o conjunto de ellas. No puede ni el legislador ni autoridad alguna crear reglas o situaciones que establezcan circunstancias más favorables en beneficio de uno o varios sujetos;

2º. Que, el legislador de los años sesenta, al dictar 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. Privilegio que contempla un doble aspecto, uno dice 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. El otro privilegio consiste en 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;

3°. Que, el vocablo "no hay" constituye "un mandato prohibitivo, pues impide que haya privilegios. Con el verbo en presente, se le da carácter atemporal, en el sentido que no hubo ni habrá, ni existe en el presente. No se pueden invocar, por tanto, privilegios históricos. También es un mandato para que siempre, de manera permanente, el Estado debe velar por esta obligación. Por lo mismo, debe ponerles término apenas se constaten" (STC Rol N° 2386 voto disidente c.4);

4°. Que, una diferencia es una cosa distinta a un privilegio, por eso, el legislador puede dictar normas legales diferentes que se apliquen a una determinada agrupación de personas, pero que no puede conllevar privilegios, normas que, además, deben estar justificadas razonablemente. La misma Constitución contiene disposiciones que regulan situaciones aplicables sólo a parte del territorio nacional. Es el caso del artículo 126 bis, que, precisamente declara como territorios especiales a Isla de Pascua y al Archipiélago Juan Fernández, por lo cual el gobierno y administración de estas zonas geográficas están sujetas a estatutos particulares, y la libertad personal de toda persona, que asegura el artículo 19 N° 7 constitucional se regula conforme a una ley de quórum calificado (en el caso de Isla de Pascua corresponde a la ley N° 21.070);

5°. Que, la historia de la ley N° 16.441 no aclara el fundamento del privilegio establecido en los artículos 13 y 14 en los términos que se han señalado en el requerimiento de estos autos constitucionales. 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;

CUADRAGÉSIMO: A su vez, en la misma sentencia Rol N° 8792 se registraron además prevenciones aditivas de los Ministros señores Nelson Pozo Silva, reforzando en ellas las argumentaciones de inconstitucionalidad, incluyendo las de infracción de igualdad ante la ley;

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Por otra parte, en la misma sentencia Rol N° 8792, el único voto disidente fue el del Ministro señor Juan José Romero Guzmán, quien al rechazar manifestó que "Concuerdo con el fallo (voto de mayoría) en que las mencionadas disposiciones penales, 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. Difiero, sin embargo, en la vía para enmendar tal situación. El procedimiento idóneo para rectificar la anomalía es por medio de la dictación de una ley que las derogue, mas nunca a través de una sentencia que declare la inaplicabilidad de los preceptos impugnados" (cons. 2°), por motivos de alteración de efectos de la ley de penas en el tiempo como efecto de la sentencia estimatoria de control concreto, pero, constatando que del contraste del texto mismo de los preceptos sometidos a control con la norma constitucional fluye una clara infracción a la garantía de igualdad ante la ley;

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que, siendo el proceso de inaplicabilidad de carácter concreto y el presente proceso de inconstitucionalidad uno de tipo abstracto, en el que solamente se contrasta la normativa cuestionada con disposiciones constitucionales, sin hipótesis de aplicación ni resultado de caso concreto, se debe tener presente lo enunciado por este Tribunal durante más de un lustro en sus sentencias, en orden a que en el proceso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad "comparecen tres elementos de cotejo necesarios para su decisión; a saber: la norma constitucional, el precepto legal cuya inaplicación se solicita y -lo más específicamente decisivo- el examen particular acerca de si en ese caso, la aplicación del precepto cuestionado pudiera generar efectos opuestos a la finalidad implícita de aquella", motivo por el cual "puede advertirse que hay preceptos legales que pueden estar en perfecta consonancia con la carta fundamental y, no obstante ello, ser inaplicables a un caso particular, precisamente porque en la particularidad de ese caso, la aplicación de una norma legal objetada es contraria a los efectos previstos por la norma constitucional" (Lautaro Ríos Álvarez, Trascendencia de la reforma constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional, Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Vol. 3, N° 1, año 2005 páginas 77 y 78, citado a partir de la sentencia Rol N° 478, de 8 de agosto de 2006);

CUADRAGÉSIMO TERCERO: En tal sentido, puede constatarse en primer lugar que la unanimidad de los 9 Ministros del Tribunal que concurrieron a la dictación de la sentencia Rol N° 8792 consideraron que se vulneraba la garantía de igualdad ante la ley por parte de los artículos 13 y 14 de la ley N° 16.441. En segundo lugar, de la lectura de los considerandos precedentes se constata que todas las motivaciones transcritas de la aludida sentencia, tanto del voto de mayoría como de los votos particulares, se refieren a caracteres de la normas en sí mismas, a su contenido de texto y no de cuestiones derivativas de aplicación en caso concreto, por lo que las inconstitucionalidades declaradas son derivadas de su texto mismo, entendido

como un conjunto de reglas, de manera tal que en un examen abstracto, desprovisto de caso concreto, subsisten todas las motivaciones transcritas.

DETERMINACIÓN DE LAS NORMAS QUE FINALMENTE SE DECLARARÁN INCONSTITUCIONALES

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Que, sin embargo, es del caso recordar que el Título VII del Libro Segundo del Código Penal está referido a los "Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual" y que el Título IX del mismo Libro está referido a los "Crímenes y simples delitos contra la propiedad", y que es un dato que en el proceso y en la sentencia Rol N° 8792-20-INA no se abordaron cuestiones referidas a la inconstitucionalidad del trato punitivo de los delitos de contra la propiedad, sino solo las referidas a la desigualdad de trato en materia de delitos sexuales.

Es por ello que en la sesión de Pleno de 13 de enero de 2022, al deliberar y adoptarse el acuerdo en la presente causa se discutió si la declaración de inconstitucionalidad abstracta y erga omnes del artículo 13 de la ley N° 16.441 debía referirse:

- a) a su texto completo, o
- b) solamente a la remisión que hace al Título VII del Libro Segundo del Código Penal, referido a los "Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual".

En tal sentido, existiendo voto unánime para declarar inconstitucionalidad en el artículo 13, no se lograron 8 de ellos por la inconstitucionalidad del texto completo del artículo, por lo que el quorum de 4/5 de Ministros en ejercicio para declarar inconstitucionalidad de normas del artículo 13 de la ley N° 16.441 se cumplió solamente respecto de la remisión que en su inciso primero hace al Título VII del Libro Segundo del Código Penal, que está incluida tanto en la propuesta de inconstitucionalidad total como en la propuesta de inconstitucionalidad parcial. Así, respecto del aludido artículo 13 se declarará solamente la inconstitucionalidad de la expresión "VII", excluyendo así de la rebaja de pena los delitos que tal título del libro segundo del Código Penal contempla, entre ellos los delitos sexuales;

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Que no resulta extraño circunscribir declaraciones de inconstitucionalidad a parte de las normas controladas, en lo que se llama entonces una inconstitucionalidad parcial, práctica que es habitual en sede de controles preventivos y también en sede de inaplicabilidad;

CUADRAGÉSIMO SEXTO: A su vez, dentro de los pocos procesos de inconstitucionalidad de precepto legal vigente que ha conocido y resuelto esta Magistratura, la práctica de la inconstitucionalidad parcial ya se verificó en el proceso Rol N° 1254, en el que se planteó como petición principal la inconstitucionalidad del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales y como petición subsidiaria su inconstitucionalidad parcial. Es cierto que este es un proceso iniciado de oficio, pero la competencia del Tribunal está dada por la mantención o expulsión de las normas sometidas a control en el sistema jurídico, entendidas como objeto de control delimitado lo cual reconoce un inicio y un límite, estando la distinción y examen de elementos parciales de las normas dentro de dicho campo competencial, que se delimita en la resolución de apertura del proceso y en cuanto a sus fundamentos en las normas constitucionales que se declaran infringidas en las sentencias de inaplicabilidad que se citan en la misma resolución como antecedente;

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en lo demás, hubo acuerdo unánime en la declaración de inconstitucionalidad total del artículo 14 sometido a control;

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Bastando la constatación de la infracción a la garantía de igualdad ante la ley y no discriminación del numeral 2° del artículo 19 de la Constitución, se declarará entonces la inconstitucionalidad de la expresión "VII" contenida en el artículo 13 y del artículo 14, ambas normas de la ley N° 16.441, no siendo necesario entonces que este Tribunal se refiera al contraste de ellos con las demás normas constitucionales que se dieron por infringidas en la sentencia Rol N° 8792-20-INA que sirve de antecedente y presupuesto necesario a este proceso.

ACERCA DE LA CONSULTA INDÍGENA VERIFICADA RESPECTO DE LAS NORMAS EN EXAMEN

CUADRAGÉSIMO NOVENO: Debe tenerse presente, como antecedente adicional, que de conformidad con lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Chile y vigente, se

desarrolló un proceso de consulta "respecto de las medidas relativas a introducir modificaciones y/o derogaciones respecto de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, que Crea el Departamento de la Isla de Pascua" (ver Resolución 74 exenta inicia procedimiento administrativo y convoca a proceso de consulta indígena que indica, Ministerio de Desarrollo Social y Familia; Subsecretaría de Servicios Sociales, disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1142244&idParte=&idVersion=>);

QUINCUAGÉSIMO: Que dicho proceso de consulta concluyó con una votación de la comunidad Rapa Nui, con el siguiente resultado (Ver "Sistematización del Proceso de Consulta Indígena para la "modificación y/o derogación de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua", Ministerio de Desarrollo Social y Familia, disponible en https://consultaleypascua.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/assets/docs/Sistematizacion_Consulta_Indigena_Ley_Pascua_V22.06.21.pdf);

Resultados Votación Consulta Indígena			
Artículo 13	Modificar; mantener el beneficio sólo para los delitos de usurpación, siempre y cuando la usurpación no le afecte a un miembro del pueblo Rapa Nui.	Derogar	Mantener
N° de votos	421	345	48
% de votos	52%	42%	6%
Artículo 14	Modificar	Derogar	Mantener
N° de votos	261	454	69
% de votos	33%	58%	9%

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: Que, tras tal proceso de consulta, y teniéndola también presente, se aprobó proyecto de ley que modifica la Ley N°16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua, en lo relativo al tratamiento penal de los delitos que indica, correspondiente a los Boletines N°s 14.610-06, 11.407-07, 10.788-06 y 10.787-06, refundidos, el cual ha sido comunicado a este Tribunal con posterioridad a la adopción del acuerdo en la presente causa, sin que se encuentre promulgado al día de hoy, estando vigentes a esta fecha los preceptos sometidos a control, motivo por el cual no solo es plenamente procedente dictar la presente sentencia, sino que es un deber.

CONCLUSIONES

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO: Es así que por todas las motivaciones ya expresadas, la unanimidad de los Ministros que concurren a la presente sentencia consideran que la garantía de igualdad ante la ley del artículo 19, numeral 2°, de la Constitución Política se ve vulnerada por los artículos 13 y 14 de la ley N° 16.441, al establecer un privilegio penal indebido e injustificado, lo cual hace devenir su texto en discriminatorio y arbitrario respecto de las mujeres de la Isla de Pascua, pero a pesar de ello el quorum de 8 de 10 ministros para declarar la inconstitucionalidad abstracta y erga omnes del artículo 13 se logra solamente respecto de la remisión que se hace en él al Título VII del Libro Segundo del Código Penal procediendo entonces declarar la inconstitucionalidad de tal remisión y también del artículo 14;

QUINCUAGÉSIMO TERCERO: Que, lo razonado precedentemente no obsta, y deja a salvo además, todo lo que cada uno de los señores Ministros expresara en sus respectivos votos particulares de la sentencia Rol N° 8792-20-INA, que declaró la inaplicabilidad de los artículos 13 y 14 sometidos a control en este proceso, lo cual ha de entenderse también con los demás votos que se manifiesten en la presente sentencia, que por unanimidad declara las inconstitucionalidades que se señalan en lo resolutivo.

Y teniendo presente, además, lo dispuesto en los artículos 19, N° 2°, y 93, inciso primero, N° 7°, e inciso decimosegundo y 94, de la Constitución Política de la República, así como en las

disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

Se resuelve:

I. QUE SE DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL GUARISMO "VII" CONTENIDO EN EL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 13 DE LA LEY N° 16.441, QUE CREA EL DEPARTAMENTO DE ISLA DE PASCUA.

II. QUE SE DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY N° 16.441, QUE CREA EL DEPARTAMENTO DE ISLA DE PASCUA.

III. PUBLÍQUESE LA SENTENCIA RECAÍDA EN ESTOS AUTOS EN EL DIARIO OFICIAL. EN ATENCIÓN A LO DISPUESTO EN LOS INCISOS TERCERO Y CUARTO DEL ARTÍCULO 94 DE LA CONSTITUCIÓN, EL PRECEPTO LEGAL QUEDA DEROGADO DESDE DICHA PUBLICACIÓN.

PREVENCIÓN

Los ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, NELSON POZO SILVA y señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO previenen que concurren a la declaración de inconstitucionalidad parcial del art. 13 de la ley N° 16.441, teniendo presente las siguientes consideraciones:

1° La Constitución dispone que el precepto legal declarado inconstitucional "se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo" (art. 94, inc. 3°). Tal forma de derogación ha de venir precedida de una correlación procesal que identifica previamente una acción de inaplicabilidad con una sentencia estimatoria (artículo 93, numeral 6°), la cual, a su vez, habilita para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad (artículo 93, numeral 7° de la Constitución).

Cabe recordar asimismo que, conforme a lo que dispone el art. 101 de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional N° 17.997, "La declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento.

Por lo tanto, la sentencia estimatoria de inaplicabilidad es el marco dentro del cual este Tribunal debe moverse para efectuar ahora un control de constitucionalidad en abstracto del mismo precepto legal que fuera declarado inaplicable en relación a un caso concreto.

Si los fundamentos de la sentencia de inconstitucionalidad de un precepto legal sólo pueden fundarse en los mismos vicios que fueron considerados en la declaración de inaplicabilidad previa, entonces ella no puede extenderse a derogar aspectos de la regla cuya constitucionalidad no fue examinada en el control concreto de inaplicabilidad. Así, al determinar el ámbito dentro del cual debe moverse el Tribunal Constitucional en esta materia, ha sostenido que no "es posible extender la declaración de inconstitucionalidad más allá de lo resuelto anteriormente en las sentencias de inaplicabilidad" (STC Roles Nos. 1710, c. 21° y 4966, c. 7°). De este modo -como indicó la sentencia Rol N° 6.597, que declaró la inconstitucionalidad de la parte final del inciso segundo del art. 126 del Código Sanitario- este Tribunal debe actuar en base a "la perspectiva constitucional aplicable, lo previsto en la disposición que estamos examinando, los términos en que resolvimos las dos inaplicabilidades que han servido de base a este proceso de inconstitucionalidad y el prudente ejercicio de esta competencia derogatoria de la ley" (c. 45°).

2°. La declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal se encuentra, por lo tanto, delimitada en la forma ya expresada y ello es además consecuencia de la naturaleza que reviste la derogación por inconstitucionalidad o abrogación, que tiene un carácter sui generis que la hace diferente a la derogación legal, expresa o tácita.

En efecto, la derogación por inconstitucionalidad tiene por fundamento un vicio insalvable de contrariedad con la Carta Fundamental, el cual se acredita mediante una sentencia que así lo declara; mientras tanto, el legislador decide el cambio derogatorio inspirado en criterios de mérito y de oportunidad política. Es decir, por medio de la abrogación el Tribunal Constitucional ejerce un control jurídico de constitucionalidad de la regla, mientras que a través de la derogación legal, el legislador efectúa un control político sobre dicha norma.

En tal sentido, esta Magistratura ha sostenido que "es posible hacer un paralelo entre la derogación por inconstitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional y la derogación efectuada por el legislador, con la invalidación y la revocación de un acto administrativo que

efectúa la Administración. Unas situaciones se basan en un vicio y las otras, en cambio, en una valoración de mérito" (STC Rol N° 1710-10, c. 171°).

3°. El efecto de la abrogación es total, ya que "La inconstitucionalidad declarada por sentencia de este Tribunal deriva en que el precepto legal viciado quede total, completa y definitivamente erradicado del ordenamiento jurídico en vigor, como si no existiese erga omnes desde la referida publicación" (STC Rol N° 1552-09, c. 5°). Produce además un efecto hacia el futuro, porque, no obstante que el precepto legal incurre en un vicio de inconstitucionalidad desde su promulgación, [l]a sentencia solo alcanza a la validez del precepto desde la publicación de la sentencia, fecha desde la cual se entenderá derogado. De este modo, el precepto legal conserva su validez y los efectos consolidados que produjo resultan incuestionables en el período que media entre su entrada en vigencia y su derogación por la publicación de la sentencia que declara su inconstitucionalidad" (Gómez B., Gastón (2013. Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 262).

4°. Siendo el Tribunal Constitucional guardián de la supremacía y de la fuerza normativa efectiva de la Carta Fundamental, el instrumento más eficaz que posee en pos de ese objetivo es la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, cuyo efecto invalidatorio importa el ejercicio de la función de "legislador negativo" que le confió Hans Kelsen.

Es que mediante la sentencia que conduce a la derogación de la ley se revoca una norma válidamente elaborada y aprobada por el legislador democrático. De ahí entonces que esta judicatura, al conocer de una acción de inconstitucionalidad o al abrir un proceso de oficio conforme a lo que le faculta el N° 7 y el inciso 12° del art. 93 de la Carta Fundamental, debe actuar con la mayor prudencia, haciendo un esfuerzo de conservación de las normas legislativas emanadas del Congreso, para otorgar el máximo de certeza del derecho que integra el ordenamiento jurídico, sin dejar de evaluar las consecuencias que produzca su fallo.

5°. Como consecuencia de lo anterior, cuando ejerce la facultad que le confiere el numeral 7° del art. 93, esta Magistratura, al sustentar su decisión de inconstitucionalidad, debe explicar en forma motivada los vicios de inconstitucionalidad de que adolece el precepto legal. Para ello debe realizar una conexión entre los argumentos expresados en la sentencia estimatoria de inaplicabilidad con los que desarrolle al examinar ahora desde un punto de vista abstracto la misma norma legal.

Si por los efectos que produce la derogación constitucional el Tribunal Constitucional está especialmente obligado a actuar sujeto a los principios de deferencia "razonada" hacia el legislador y de interpretación conforme a la Constitución, resulta entonces que tal forma de derogación ha de fundarla "únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento", como señala el ya mencionado art. 101 de la LOC N° 17.997.

6°. La derogación común, por su parte, es una decisión del legislador que no necesita ninguna fundamentación constitucional específica. Basta derogar. Y eso es lo que ha hecho el Congreso Nacional en el tiempo intermedio que ha transcurrido entre el momento en que se produjo el acuerdo de los ministros de esta Magistratura en torno a la inconstitucionalidad de parte del art. 13 y de la totalidad del art. 14 de la ley N° 16.441 en este proceso que abrió de oficio y el definitivo despacho de esta sentencia.

7°. La distinción entre derogación común y derogación constitucional es fundamental además por los efectos que produce una y otra institución.

Como la norma derogada por el legislador abarca el total del contenido del art. 13 de la ley N° 16.441, incluyendo tanto Título VII del Libro 2° del Código Penal, sobre "Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual" como el Título IX del mismo Libro, sobre "Crímenes y simples delitos contra la propiedad", en relación a estos últimos ello no implica que los delitos que se hayan cometido con anterioridad a esa derogación generen un efecto ultractivo en el ámbito de la aplicabilidad. Justamente, la derogación no impide que, en el caso concreto, puedan producirse efectos asociados a ese caso específico.

En cambio, en el ámbito de la derogación constitucional de la norma, si ésta ya dejó de tener efectos en el caso concreto cuando se declaró inaplicable, con mayor razón no los tendrá cuando se deroga por ser inconstitucional.

8°. Pues bien, teniendo presente que la judicatura constitucional no puede dejar de considerar las consecuencias de sus decisiones y el marco dentro del cual debe moverse al decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal, tal declaración -como ya han expresado los ministros que hemos declarado parcialmente inconstitucional el art. 13 de la ley N° 16.441- se extiende sólo a la mención que efectúa ese precepto legal a la diversidad de delitos contemplados

en el Título VII del Libro Segundo del Código Penal y no a los de su Título IX, referido este último a los delitos contra la propiedad.

Ello se funda en que la STC N° 8792, estimatoria de inaplicabilidad, de 29 de enero de 2021, que constituye el antecedente que dio origen al proceso de inconstitucionalidad que abrió este Tribunal de oficio, excluye los efectos alejados del caso concreto en relación a los delitos contra la propiedad en sus considerandos 8°, 24°, 25°, 48° y 49°.

9°. Sin perjuicio de compartir plenamente que la declaración de inconstitucionalidad del art. 13 no puede extenderse a los delitos contra la propiedad comprendidos en el Título IX del Libro Segundo del Código Penal a los que se remite la norma, porque la sentencia estimatoria de inaplicabilidad los excluyó, estos prevenientes son de la opinión de que además tampoco pueden ser alcanzados por la sentencia de inconstitucionalidad algunos delitos que se encuentran comprendidos dentro del Título VII del Libro Segundo del Código Penal. En efecto, respecto de ellos la sentencia estimatoria de inaplicabilidad produjo asimismo una forma de cosa juzgada aparente, situación que "ocurre cuando al sustentar una decisión de constitucionalidad o inconstitucionalidad, no se han establecido los fundamentos racionales y jurídicos de la decisión en que se declara uno entre otros textos normativos como constitucionales. En tal caso, sólo existe cosa juzgada aparente ya que no se ha examinado efectivamente si el texto normativo específico en confrontación con la Carta Fundamental es constitucional o inconstitucional" (Nogueira A., Humberto (2017). "Las sentencias de las jurisdicciones constitucionales y sus efectos" en Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Teoría Política y Constitucional, Ed. Jurídica de Chile, p. 98).

10°. Al explicar la afirmación anterior debe tenerse presente que el ya referido Título VII del Libro Segundo del Código Penal se refiere a los "Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual". Entre estos se encuentran los delitos de violación, estupro y otros delitos sexuales, comprendidos en sus párrafos V y VI, cuya penalización busca proteger el valor de "la integridad sexual" de las personas. A sus responsables se les aplican las disposiciones comunes a que se refiere el párrafo VII del propio Título VII, debido a las particularidades que revisten las figuras delictivas que protegen tal bien. Ellas se distinguen de los otros tipos penales contemplados en el mismo Título VII, los cuales se relacionan ya sea con el orden civil de las familias o con la moralidad pública (aborto, abandono de niños y personas desvalidas, delitos de ultrajes públicos a las buenas costumbres, incesto, celebración de matrimonios ilegales).

Pues bien, en cuanto a las características que revisten los delitos en contra de la integridad sexual, aun cuando existe cierta discusión acerca del bien jurídico que se busca proteger mediante su penalización, "la regla general es que se identifique que en este tipo de delitos lo que existe es un atentado contra la libertad sexual, entendida como la posibilidad de autodeterminarse en el plano sexual. En rigor, sin embargo, no es un derecho a autodeterminarse en general en el plano sexual; así si, por ejemplo, una persona impide mediante medios coactivos a una pareja mantener relaciones sexuales, lo que habrá subyacente no será un delito sexual, sino que un delito de coacción. Así, lo que existe en los delitos sexuales no es un atentado al desarrollo libre de la sexualidad en todos sus aspectos, sino que un atentado al derecho de exclusión de terceros del ámbito de la interacción sexual, es decir, a la libertad sexual negativa o libertad de abstención sexual" (Jaime Winter Etcheberry, "Delitos contra la indemnidad sexual", primera edición, Editorial DER, 2018, p. 5). Además, el mismo profesor Winter agrega que "Lo que representa la indemnidad sexual es la posibilidad de que el propio cuerpo no se vea convertido en un objeto para un tercero. La indemnidad sexual implica un derecho negativo de exclusión de terceros y la posibilidad de un desarrollo libre de la propia sexualidad. Algo que se expresa distinto en menores y en adultos. En ese sentido, haya o no un daño, la lesión del bien jurídico siempre se produce." (Winter, ob. cit., p. 7). La STC Rol N° 10.010 da cuenta que "Matus y Ramírez observan que "La Constitución no contempla expresamente la libertad e integridad sexuales como derechos a garantizar. Sin embargo, su vinculación fáctica con la protección de la vida y la integridad física, psíquica y moral nos permite, sin forzar el texto constitucional, incorporar su protección a la de la integridad personal, como concepto comprensivo de todas esas dimensiones" (Matus, Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia. Manual de Derecho Penal Chileno: Parte Especial. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 155)". (c. 15°).

11°. Por otra parte, la propia denominación que actualmente tiene el Título VII del L. 2° del Código Penal da cuenta de la distinción que cabe efectuar entre los diferentes delitos que éste contempla y ella corresponde a la modificación que le introdujo la ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004.

Consta en la historia de dicha ley que, por indicación del senador señor Carlos Ominami, se intercala un número nuevo que reemplaza el epígrafe del Título VII del Libro II, denominado

originalmente "Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública", agregando ahora también la integridad sexual. Al acoger la sugerencia, se entendió que "el concepto de "integridad sexual" comprende tanto la libertad como la indemnidad en esta materia, que se ven protegidas por los distintos tipos penales que allí se contemplan." (Segundo Informe de Comisión de Constitución, Segundo Trámite Constitucional ante el Senado, p. 195).

Garrido Montt explica al efecto: "Es útil recordar que la ubicación sistemática que se daba en el Código Penal, antes de que fuera modificado, a estos delitos corresponde al Título VII del Libro II con el subtítulo de "Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública", categoría que agrupa diversas figuras reunidas por el legislador sin seguir un modelo comparado específico, y sin que exista una razón que pueda ser admitida como satisfactoria para justificar tal sistemática. Así, el título contiene atentados que afectan el orden jurídico de las familias, la libertad de autodeterminación sexual, y la moralidad o pudor público, además de algunas figuras de lesión contra la vida y de peligro de esta última y de la integridad corporal. Los elementos tenidos en cuenta para efectuar esta agrupación son de variada índole, y sea como sea, a estas alturas han perdido vigencia o legitimidad, haciendo insostenible la mantención de tal sistemática". (Garrido Montt (2010), Derecho Penal Parte Especial. Tomo II. Ed. Jurídica, pp. 261 y 262).

12°. Ahora bien, debemos recordar que la ya referida sentencia de inaplicabilidad Rol N° 8792 únicamente se pronunció respecto del privilegio penal que establece el art. 13 de la ley N° 16.441 en favor del responsable de uno de los delitos sexuales contemplado en el Título VII del Libro Segundo del Código Penal, específicamente de la violación de una mujer.

Dicho pronunciamiento consideró que la distinción de trato entre quienes cometieran tal delito en el continente y por personas ajenas a la etnia rapa nui y quienes lo hicieran en la isla siendo integrantes de tal etnia, resultaba discriminatoria y arbitraria respecto de las víctimas mujeres de la Isla de Pascua. Así se consideró que el tratamiento diferenciado de la rebaja penal que establece el artículo 13 en materia sexual supone un privilegio incompatible no sólo con la igualdad ante la ley y la dignidad de las personas consagrados en el texto constitucional sino también con derechos reconocidos en diversos tratados internacionales suscritos por Chile.

La misma sentencia de inconstitucionalidad parcial recoge, por lo demás, argumentos similares relacionados con la afectación a la integridad sexual y que fueron expresados en la estimatoria de inaplicabilidad en contra del precepto del art. 13 de la ley 16.441. Es así cómo indica que dicho precepto establece un sistema discriminatorio no sólo por factor de territorio y etnia, sino asimismo por factores de género al posibilitar un beneficio en favor de quien cometa tales delitos y, con ello, relativiza "los deberes de erradicación y sanción efectiva de la violencia sexual contra las mujeres establecidos en el derecho internacional convencional" (c. 26°); cuando indica que "la igualdad entre hombres y mujeres ante la ley es un principio inherente a los derechos fundamentales, tanto en los ordenamientos jurídicos nacionales como en el derecho internacional positivo, que abarca su dimensión de iure y de facto y que resulta de la equiparación de los derechos de la mujer respecto de los del hombre. De ahí que la tendencia aceptada sea la de impedir el menoscabo o la desventaja de la mujer respecto del hombre en la consagración y el goce de los derechos. (STC 1348 c. 66), cuestión que debe tenerse especialmente presente en el presente proceso" (c. 37°); cuando cita algunas partes del considerando 50° de la sentencia de inaplicabilidad que le precede, para señalar que no existe un fin constitucionalmente legítimo y existe una afectación a los derechos constitucionales reconocidos en el art. 19 N° 2 y N° 3 de la Carta Fundamental como consecuencia de que "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" (c. 38°); cuando explica que en el proceso de inaplicabilidad y en la sentencia Rol N° 8792-20-INA sólo se abordaron cuestiones referidas a la desigualdad de trato en materia de delitos sexuales y resuelve que del aludido artículo 13 se declarará solamente la inconstitucionalidad de la expresión "VII", excluyendo así de la rebaja de pena los delitos que tal título del libro segundo del Código Penal contempla, entre ellos los delitos sexuales" (c. 44°).

13°. Tampoco puede obviarse que las organizaciones sociales que acudieron a la audiencia pública citada por este Tribunal, efectuada antes a la sesión y acuerdo del pleno de ministros recaído en este proceso de inconstitucionalidad de oficio, también entendieron que la declaración de inconstitucionalidad decía relación únicamente con los delitos en contra de la integridad sexual.

Sucede que en todas sus intervenciones se abocaron a ahondar y apoyar los argumentos dados por la sentencia Rol N° 8792, relacionados con la falta de justificación razonable del trato más benigno que la ley N° 16.441 da al autor de los delitos sexuales.

Destaca la exposición en dicha audiencia de la representante del Consejo de Ancianos y de la Comisión de Desarrollo de la Isla de Pascua, quien sostuvo que la inconstitucionalidad no sólo no debía comprender el Título IX sobre delitos contra la propiedad, sino que además debía entenderse referida únicamente a los delitos de indemnidad sexual, los que eran absolutamente contrarios a la costumbre indígena, pudiendo existir otros delitos en que sí se pudiera permitir una práctica cultural indígena, como consecuencia del debate producido en la Isla de Pascua respecto de los delitos contra el orden de las familias cuando se efectuó la consulta indígena entre los integrantes de la etnia rapa nui, de lo cual dan cuenta los considerandos 49° y 50° de esta sentencia.

14°. Ahora bien, como ya se ha expresado en esta prevención, no es posible en esta instancia extender una declaración de inconstitucionalidad más allá de la regla que sirvió de fundamento al proceso que el Tribunal abrió para su análisis de constitucionalidad en abstracto, por cuanto, extender la abrogación a otros preceptos legales implica invalidarlos sin que haya habido previamente un pronunciamiento jurídico acerca de su incompatibilidad con la Carta Fundamental. Tal extensión implicaría, por lo tanto, ejercer un control de mérito que sólo corresponde al legislador efectuar dentro del ámbito de la derogación que puede decidir.

No puede olvidarse al respecto la estrecha vinculación que existe entre la declaración de inaplicabilidad y la de inconstitucionalidad de un precepto legal previamente declarado inaplicable, desde que tal vinculación "adiciona al examen de inconstitucionalidad la exigencia de situar el control abstracto dentro de los parámetros definidos por el control concreto" (STC Rol N° 4966, c. 8°).

Por lo tanto, estamos limitados a recoger, en lo que sea pertinente, los cuestionamientos y argumentos que la sentencia de inaplicabilidad rol N° 8792 desarrolló en relación a los delitos en contra de la indemnidad o libertad sexual, sin que quepa extender la declaración de inconstitucionalidad a los otros delitos contenidos en el Título VII del Libro Segundo del Código Penal, ya que ellos no han servido de base al pronunciamiento de inaplicabilidad que sirve de sustento a esta sentencia.

15°. En consecuencia, a juicio de estos ministros, la declaración de inconstitucionalidad que formula esta sentencia a la remisión que efectúa el art. 13 de la ley N° 16.441 al Título VII del Libro Segundo del Código Penal debe entenderse que alcanza sólo a los delitos en contra de la integridad o indemnidad sexual que se encuentren consagrados en dicho Título.

Redactaron la sentencia, en su primera parte, las señoras y los señores Ministros que la suscriben; en su segunda parte, el Ministro señor IVÁN ARÓSTICA MALDONADO y, en su tercera parte, el Ministro señor RODRIGO PICA FLORES; la prevención fue escrita por la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO.

Publíquese en el Diario Oficial.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 12.415-21-INC.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, y por sus Ministros señor IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, señores GONZALO GARCÍA PINO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Firma el señor Presidente del Tribunal, y se certifica que los demás señoras y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la alerta sanitaria existente en el País.

Se certifica que los Ministros señores JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL y señor GONZALO GARCÍA PINO concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por haber cesado en el ejercicio de sus cargos.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.