



“Ley N° 16.441

(...)

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.”.*

Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

A fojas 1, [REDACTED], Juez Titular del Juzgado Mixto de Rapa Nui-Isla de Pascua solicita el pronunciamiento de esta Magistratura respecto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, que Crea el Departamento de Isla de Pascua

Señala que el día 29 de mayo del presente año se llevó a efecto la audiencia de preparación de juicio oral respecto del imputado [REDACTED] acusado por el Ministerio Público por el presunto delito de violación propia, previsto y sancionado en el artículo 361 del Código Penal.

Refiere que los hechos materia de la acusación consisten en que el día 6 de octubre del año 2019, en horas de la madrugada, alrededor de las 4:00 am, en circunstancias de que la víctima mayor de edad se encontraba compartiendo en la discoteque [REDACTED] al salir de ésta, fue abordada por el acusado de iniciales D.D.P.A, quien la tomó por la fuerza y estando de noche la llevó a un terreno o lugar en despoblado, para de manera alevosa, obrando sobre seguro, rasgarle sus vestimentas y por la fuerza proceder a penetrarla vaginalmente, para luego dejarla abandonada en el lugar oscuro y despoblado, tras cometer este hecho con ofensa o desprecio del respeto que por su género le merece la ofendida. Producto de lo anterior la víctima resultó con diversas lesiones, específicamente múltiples lesiones equimóticas traumáticas actuales en cuello, brazo izquierdo, ambas extremidades inferiores. Al examen genital se observó equimosis compatible con penetración de cuerpo contundente, pene erecto, concordantes con el relato de la víctima según informó el médico perito legista del Servicio Médico Legal.



Agrega que el Ministerio Público calificó estos hechos como el delito de violación propia previsto y sancionado en el artículo 361 N° 1 del Código Penal, atribuyéndole una participación de autor de conformidad al artículo 15 número 1 del mismo código, y reconoció la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 8 del código punitivo, esto es, si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito. Asimismo el persecutor penal sostuvo que perjudica al acusado la circunstancia agravante prevista en el artículo 12 N° 1 en relación con el artículo 368 bis N° 1 del Código Penal esto es alevosía, la prevista en el artículo 12 N° 12 del cuerpo punitivo, esto es ejecutar el delito de noche o en despoblado, y la agravante contemplada en el artículo 12 N° 18 del mismo cuerpo legal, esto es ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por su sexo mereciere el ofendido cuando no haya provocado el suceso.

De esta manera, continúa, el Ministerio Público solicitó para el acusado la pena de 15 años de presidio mayor en su grado medio y las accesorias pertinentes establecidas en los artículos 370 bis y siguientes del Código Penal, las accesorias previstas en los artículos 27 y siguientes del mismo cuerpo legal, el registro de la huella genética del imputado, y el comiso de las especies incautadas.

Agrega el Magistrado, que, durante la audiencia preparatoria, la defensa expuso su teoría del caso, señalando que, en la oportunidad procesal correspondiente, solicitará la aplicación de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 que creó el Departamento de Isla de Pascua, por ser el acusado miembro de la etnia Rapa Nui y haberse cometido el ilícito en territorio de la isla del mismo nombre.

Refiere que el Ministerio Público solicitó la exclusión de la prueba ofrecida por la defensa consistente en el certificado de la CONADI que acredita la calidad de Rapa Nui del acusado, por resultar inconstitucional a la luz de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Convención Belém 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.

Señala que, sin pronunciarse sobre el fondo de constitucionalidad sostenido por el Ministerio Público, por exceder sus competencias, rechazó la solicitud en torno a excluir el documento y dictó el auto motivado que se envía a este Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre la eventual inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las normas cuestionadas.

Como fundamento de su solicitud, el juez refiere que el artículo 13 de la ley N° 16.441 ordena imponer la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por ley al delito, a los responsables de los delitos contemplados en los títulos VII y IX del libro II del Código Penal, dentro de los cuales se encuentra el delito de violación propia por el cual ha sido acusado el imputado. A su turno señala que el artículo 14 de dicho cuerpo normativo, establece que cuando el tribunal deba aplicar penas de



presidio, reclusión o prisión, puede disponer que hasta dos tercios de la pena sea cumplida fuera del establecimiento carcelario.

El magistrado aduce que pese a que estas normas forman parte de un cuerpo legal que se encuentra materialmente vigente, muchas de sus normas han sido derogadas tácitamente al establecerse procedimientos o instituciones diferentes a las allí instauradas o simplemente han caído en desuso. Advierte, sin embargo, que respecto de las normas cuestionadas no ha existido un pronunciamiento de ley que modifique dichos preceptos, pese al cuestionamiento que se han originado a su respecto.

Agrega que las normas serán decisivas en el caso concreto, pues en relación al artículo 13, en el evento de una sentencia condenatoria, establecido por el legislador el marco penal abstracto para el delito de violación en el de presidio mayor en su grado mínimo a medio, esto es de 5 años y un día a 15 años de privación de libertad, por aplicación de esta norma, el marco abstracto de la pena deberá rebajarse en un grado al mínimo señalado por la ley, quedando el mismo en presidio menor en su grado máximo, esto es de 3 años y un día a 5 años de privación de libertad. En cuanto al artículo 14, indica que, en el caso de pronunciarse una sentencia condenatoria por el delito de violación propia, debiera proceder la privación efectiva de libertad por la imposibilidad de aplicarse una pena sustitutiva, de conformidad a la Ley N° 18.216, sin embargo, con el artículo 14 se permite que el condenado pueda cumplir hasta dos tercios de su pena en el medio libre.

Como antecedentes históricos refiere que la Ley N° 16.441 que crea el Departamento de Isla de Pascua fue promulgada el 22 de febrero de 1966 y publicada el primero de marzo del mismo año. Señala que hasta entonces no existía un reconocimiento legal y material de la calidad de ciudadanos chilenos respecto de los miembros de la etnia Rapa Nui que habitaban la isla, lo que provocó un levantamiento de sus componentes, llamado la “Revolución Pacífica”, exigiéndose al estado chileno igualdad entre los ciudadanos, una nueva institucionalidad y orden en la isla.

Agrega el magistrado, que con el paso de los años diversos instrumentos internacionales han sido aprobados por Chile, entre ellos el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención Belém do Pará, la CEDAW, la Convención de Derechos de Niños Niñas y Adolescentes, por nombrar algunos, los cuales establecen obligaciones internacionales para el estado chileno en materia de derechos humanos.

De otra parte, señala que no debe olvidarse la *ratio legis* tenida a la vista para la dictación de Ley Pascua, la cual, señala, obedecía principalmente a la deprivación cultural en la que se encontraba el pueblo Rapa Nui por la negligencia del Estado de Chile en el cumplimiento de sus obligaciones para con los ciudadanos de dicha isla. De este modo, sostiene, parte de sus normas sustantivas pueden entenderse como formas de acciones positivas tomadas por el Estado para equilibrar la situación de desmedro en la que se encontraban los ciudadanos pertenecientes a la etnia de este lugar. Sin embargo, refiere que, con el paso de los años y la llegada de servicios



públicos, educación y el avance económico y cultural de la comunidad Rapa Nui, así como de migrantes vecindados en la isla se puede sostener que la razón de la ley original ha decaído, lo que significa que estas acciones positivas deben ser abandonadas para dar protección a la comunidad en su conjunto.

Acto seguido, el juez hace un análisis respecto de todos los instrumentos internacionales suscritos por Chile, particularmente la Convención Belém do Pará, la CEDAW, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, los cuales consagran diversas garantías que se verían vulneradas con las normas cuestionadas.

El magistrado argumenta en torno al principio de supremacía constitucional, a la garantía de igualdad ante la ley y al principio de no discriminación hacia las mujeres, haciendo referencia al artículo 5° inciso segundo constitucional, y particularmente a la CEDAW, la cual proscribiera la existencia de actos que atenten contra la mujer de forma discriminatoria o en este caso arbitraria y por su parte la Convención Belém do Pará, la cual en su preámbulo señala que la violencia contra la mujer es una forma de violación de sus derechos humanos, reconociendo la relación que existe entre la discriminación y la violencia contra las mujeres. Refiere que en este mismo cuerpo normativo se señala que los estados deben actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la discriminación y la violencia contra las mujeres y además modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, así como optar por la modificación de prácticas jurídicas o de costumbre que respalden la persistencia o la tolerancia de la discriminación y la violencia contra las mujeres.

Luego, haciendo un análisis de la pena, el juez sostiene que no sólo debe hacerse un análisis restrictivo fundado únicamente en los efectos que ella puede tener para el sujeto activo del ilícito, puesto que el resultado del proceso penal y la adjudicación punitiva también empuja a la víctima. Así, indica que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que asiste a la víctima un derecho al castigo de los culpables de violaciones a los derechos humanos, y por tanto se puede colegir un derecho genérico de la víctima a un justo y racional resarcimiento.

Reconociendo el juez que el derecho de la víctima a la sanción penal es un tema cuestionado por la doctrina nacional, sostiene que la pena de todas formas debe entenderse como una garantía de protección para la víctima. En este contexto, se cuestiona si la rebaja punitiva de un delito de violación está debidamente fundamentada en relación con el bien jurídico protegido de libertad o indemnidad sexual. Agrega que esta rebaja pareciera ser arbitraria a más de 50 años de dictada la norma.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala, con fecha 9 de junio del presente año, a fojas 145, disponiéndose la suspensión del procedimiento.



Fue declarado admisible por resolución de la misma Sala el día 2 de julio de 2020, a fojas 192, confiriéndose traslados de estilo.

A fojas 168 se hace parte la Defensoría Penal Pública y a fojas 173 evacúa traslado, solicitando la inadmisibilidad del requerimiento de conformidad al artículo 84 número 1 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura. Sostiene que el Juez de Garantía de Rapa Nui que solicitado pronunciamiento respecto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 no sería órgano legitimado que actualmente conozca de una gestión pendiente en que deban aplicarse los preceptos legales impugnados. Así, da cuenta de que el auto motivado enviado a este Tribunal Constitucional fue dictado el 4 de junio de 2020, ingresando a esta Magistratura el 5 de junio, y que el auto de apertura de juicio oral se encontraba firme y ejecutoriado el 29 de mayo. Sostiene, por tanto, que se ha producido el desasimio del Juez de Garantía. A mayor abundamiento, indica que este Juez no es el tribunal legitimado para aplicar los preceptos legales impugnados, pues el artículo 13 se refiere a una norma de determinación de pena y el artículo 14 es una norma de cumplimiento de la pena, ambas fuera de la esfera de conocimiento del Juez de Garantía y que por lo tanto se vulneran los artículos 6° y 7° de la Constitución, ampliando la legitimación activa para requerir de inaplicabilidad ante esta Magistratura.

A fojas 178 se hace parte Jeannette Meneses Matamala, querellante en la causa penal, en nombre de la víctima y en representación del Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género, y a fojas 204 solicita se acoja el presente requerimiento, señalando que su parte adhirió a la acusación presentada por el Ministerio Público. Refiere el contexto histórico de la dictación de la Ley N° 16.441 y sostiene que hoy existe un contexto social muy diferente en Isla de Pascua. Agrega que los preceptos legales cuestionados infringen el principio de supremacía constitucional y el principio de igualdad y no discriminación, en atención a los diversos instrumentos internacionales ratificados por Chile, en particular la Convención Belém do Pará, la CEDAW, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sostiene que no existe una colisión entre la garantía de igualdad ante la ley de las mujeres y los derechos de pueblos originarios consagrados en el Convenio N° 169 de la OIT, ya que el acto de violación cometida por una persona perteneciente a la etnia Rapa Nui no corresponde a la identidad cultural de este pueblo y por lo tanto no se contraviene el derecho de hacer valer las costumbres de los pueblos originarios.

Refiere que en Rapa Nui se han organizado diversas manifestaciones en contra de la violencia de género y que se han suscrito diversas cartas a autoridades de la República para efectos de derogar los artículos cuestionados. Asimismo, indica que en la actualidad existen 3 proyectos de ley, el primero, Boletín N° 10.787-06, moción del Honorable Senador Lagos, Boletín N° 10.788-06, moción de los Honorables Senadores Chahuán, Bianchi y Prokurica, y Boletín N° 11.407, iniciado por moción de



la Honorable Senadora Pérez San Martín, todos con el objeto de derogar o modificar los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, los cuales se encuentran en actual tramitación.

Agrega que el 1 de marzo 2015, la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua aprobó por unanimidad de sus comisionados formalizar dentro del estatuto especial de la Isla, la derogación de los artículos cuestionados de la ley N° 16.441.

A fojas 171 se hace parte el Ministerio Público y luego a fojas 345 formula observaciones solicitando acoger el requerimiento en todas sus partes. Da cuenta de la acusación presentada en contra del imputado por el delito de violación propia, las circunstancias modificatorias y la pena solicitada. El ente persecutor también se refiere al contexto histórico en el que fue dictada la Ley N° 16.441.

Refiere que los preceptos cuestionados vulneran el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación, ya que no existe un criterio objetivo y razonable que amerite un tratamiento diferenciado y más favorable para los habitantes de Rapa Nui que cometen delitos sexuales, solamente por pertenecer a una determinada etnia y habitar en un territorio determinado.

Indica que el análisis respecto de esta norma no sólo tiene que hacerse respecto al sujeto activo del delito, puesto que el resultado del proceso penal y la eventual sanción también concierne a la víctima y a la sociedad en su conjunto. Agrega que las víctimas de delitos sexuales que se encuentran en Chile continental tienen más derecho a ser resarcidas a través de la sanción penal que las víctimas que los sufren en Rapa Nui. Enfatiza que la sociedad Rapa Nui no concibe a su pueblo como una etnia que avale, tolere y perpetúe la violencia sexual como parte de sus costumbres.

Señala que las normas referidas resultan discriminatorias y violentan el principio de igualdad, consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, y en particular sostiene que se vulneran garantías consagradas en la Convención Belém do Pará y la CEDAW.

Respecto de este último cuerpo normativo indica que establece una definición de discriminación contra las mujeres señalando una ley será discriminatoria no sólo cuando tenga por objeto discriminar a la mujer sino cuando tenga por resultado su discriminación, aunque nunca haya tenido esa intención. Agrega también que hay una infracción al principio de supremacía constitucional ya que todas estas normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos han sido incorporadas al sistema nacional a través de la ratificación de los Tratados Internacionales que se han indicado.

A fojas 373, la Corporación Colectiva Justicia Derechos Humanos y la Organización Comunitaria Funcional Rapa Nui Maroa acompañan un *amicus curiae*, el cual refiere el contexto histórico de la dictación de la Ley Pascua en el año



1966, señalando que su objetivo fue incorporar de manera efectiva al pueblo Rapa Nui al estado chileno, otorgándoles un régimen administrativo y judicial de carácter especial, justificado en la idea de adaptar las leyes a lo que las autoridades chilenas consideraban la idiosincrasia isleña.

Refiere que el informe del Instituto Nacional de Derechos Humanos del año 2018 ya alertaba sobre la compleja situación de violencia contra las mujeres en Isla de Pascua, reflejada especialmente en las denuncias relativas a violencia intrafamiliar. Así indica que la tasa de denuncias en 2016 fue de 5,2 por cada 1000 habitantes a nivel nacional, mientras que en Isla de Pascua las cifras se cuadruplicaron a 22 por cada 1000 habitantes.

Hace referencia al bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales y al control de convencionalidad que deben realizar todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, recalcando la importancia de la CEDAW y la Convención Belém do Pará.

Agrega que los preceptos cuestionados vulneran el derecho a la integridad física y psíquica de la víctima consagrados en el artículo 19 N° 1 y el derecho a la igualdad ante la ley establecido en el artículo 19 N° 2 constitucional.

Finalmente, sostiene que no existe una tensión entre el derecho propio indígena con las garantías señaladas en favor de la víctima, ya que la discusión parlamentaria de la Ley Pascua, haciendo referencia a los elementos culturales que justificaron estas normas de excepción, fue inconsulta y por lo tanto, no son propias de la costumbre del pueblo Rapa Nui, no existiendo por tanto una contravención al Convenio N° 169 de la OIT.

A fojas 431 la Asociación de Abogadas Feministas de Chile, "ABOFEM" también acompaña un *amicus curiae*. En similares términos a la presentación aludida previamente, refiere que debe realizarse un control de convencionalidad de las normas cuestionadas a la luz de los tratados internacionales suscritos por Chile y en particular con la Convención Belém do Pará y la CEDAW. En este sentido, indica que debe abordarse el problema incorporando una perspectiva de género, lo que supone juzgar en consideración a la realidad que viven las mujeres y los mecanismos de subordinación que se encuentran presentes en la sociedad actual.

En el caso concreto, sostiene que los preceptos impugnados importan una vulneración al principio de igualdad ante la ley sosteniendo que, si la víctima hubiese sido violada por un hombre no nacido en la isla y en cualquier otro territorio de la República, el agresor recibiría una pena que va de 5 años y un día a 15 años de cárcel, sin acceso a beneficios carcelarios. En cambio, la afectada por haber sido agredida sexualmente por un hombre Rapa Nui y en dicho territorio jurisdiccional, por aplicación de los preceptos señalados, sólo puede esperar que su agresor reciba una pena de entre 3 años y un día y 5 años de presidio, pudiendo además completar hasta dos tercios de ella en libertad.



Finalmente, refiere que los preceptos cuestionados no tienen sustento conforme al juicio de culpabilidad y por tanto vulnera el artículo 19 N° 3 de la Constitución, al existir un menor reproche del legislador a los naturales de Isla de Pascua por los delitos cometidos en dicho territorio e imponer una pena más baja, lo que implica un juicio de culpabilidad aminorado para los isleños cuando cometen delitos señalados en los títulos VII y IX del Libro II del Código Penal.

A fojas 675, el Consejo de Ancianos Rapa Nui-Mau Hatu acompaña *amicus curiae*, en el cual, indicando que es el máximo organismo político y representativo del pueblo rapa Nui y da cuenta de la función de este consejo dentro de la isla.

Refiere que en el año 2008 el estado de Chile ratifica el convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de países independientes, de la OIT, el cual establece que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

En cuanto al conflicto constitucional que se presenta en estos autos, refiere que la discriminación positiva en el derecho internacional tiene como objeto promover una mayor igualdad de hecho, al menos, al garantizar a aquellos grupos con desventaja una verdadera atenuación de aquella desigualdad. Indica que ello obedece a una lógica de compensación en los ámbitos de desarrollo económico, social, político, cultural, religioso y jurídico. Respecto a las normas cuestionadas, en relación al artículo 13, en primer lugar, argumenta en torno a la conceptualización de la propiedad, en el sentido consagrado en el código civil chileno, es contraria a la cosmovisión ancestral del mundo rapa Nui.

Luego, respecto de la sistemática de los delitos sexuales vigente al momento de la dictación de la ley pascua, aduce que el contexto histórico normativo y la concepción de la sexualidad vigente en el mundo continental es del todo diferente a la cosmovisión del mundo rapa Nui. Así, indica, el legislador chileno tuvo en consideración este punto. Por tanto, sostiene que se trata de una regla de determinación de pena que establece una rebaja por motivos culturales o étnicos.

En cuanto al artículo 14, sostiene en la cosmovisión Rapa Nui no existe la pena de encierro. La cárcel, agrega, no es entendida como un lugar donde pueda cumplirse con el fin retributivo de la pena, ni menos puede tener una finalidad de rehabilitación o reinserción social a modo de prevención especial positiva. De este modo, concluye, el legislador en ejercicio de sus facultades exclusivas, determinó que la pena podía ser cumplida de maneras diversas.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 13 de agosto de 2020 se verificó la vista de la causa, oyéndose al abogado Nicolás Oxman Vilches, representante del *Amicus Curiae* Consejo de Ancianos Rapa Nui-Mau Hatu, en audiencia especial, y posteriormente, fue oída



la relación pública y los alegatos de los abogados Sebastián Undurraga del Río, Ivonne Sepúlveda Sánchez y Jeannette Meneses Matamala.

Se adoptó acuerdo con fecha 3 de septiembre de 2020, conforme fue certificado a fojas 1088.

Y CONSIDERANDO:

I. CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO

PRIMERO.- La presente acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fue interpuesta por el juez del Juzgado de Letras y Garantía de Rapa Nui-Isla de Pascua, en relación con **los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua**, para que dejen de ser aplicados en el procedimiento penal por delito de violación propia en contra de un natural de dicha isla, seguido ante el Juzgado de Letras y Garantía de Rapa Nui-Isla de Pascua (rol 426-2019), en actual conocimiento del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (rol 142-2020).

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos que originan la gestión pendiente, el día 06 de octubre del año 2019, en horas de la madrugada, alrededor de las 04:00 hrs., en circunstancia de que la víctima, mayor de edad, se encontraba compartiendo en una discoteca, ubicada en Rapa Nui-Isla de Pascua, al salir de ésta, fue abordada por el acusado, quien la tomó por la fuerza y, estando de noche, la llevó a un terreno o lugar en despoblado para, de manera alevosa, obrando sobre seguro, rasgarle sus vestimentas y, por la fuerza, proceder a penetrarla vaginalmente para luego dejarla abandonada en el lugar, oscuro y despoblado, tras cometer este hecho con ofensa o desprecio del respeto que por su género le merece la ofendida. Producto de lo anterior, la víctima resultó con diversas lesiones.

El Ministerio Público solicita que se condene al acusado a la pena de 15 años de presidio mayor en su grado medio, más las penas accesorias que en derecho correspondan.

En la Audiencia Preparatoria del Juicio Oral, la defensa expuso su teoría del caso, haciendo presente que la misma se sustentará en los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441. Por su parte, el Ministerio Público solicitó la exclusión de prueba consistente en el certificado de la Comisión Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), que acredita la calidad de rapanui del acusado, por ser inconstitucionales las normas citadas por la defensa, al encontrarse tácitamente derogadas las normas respectivas por aplicación de la Convención de Belém do Pará, Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer (CEDAW en su versión inglesa) y artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución.



El tribunal no accedió a la solicitud de exclusión de prueba del Ministerio Público, pero resolvió someter al conocimiento del Tribunal Constitucional el conflicto de constitucionalidad planteado en dicha audiencia.

TERCERO.- En cuanto al derecho, el requerimiento judicial explica que, por tratarse de un delito de violación propia supuestamente cometido por un natural de la isla y en la isla, por aplicación del artículo 13 de la Ley N° 16.441, la pena *in abstracto* bajará de presidio mayor en su grado mínimo a medio (5 años y 1 día a 15 años de privación de libertad) a presidio menor en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años de privación de libertad), en tanto que, por aplicación del artículo 14 de la Ley N° 16.441, el acusado podrá cumplir su pena con hasta dos tercios de la misma en el medio libre, cuando la regla general, por aplicación de la Ley N° 18.216, es la privación efectiva de libertad.

Señala que si bien la Ley N° 16.441 tuvo como fundamento equilibrar la situación en desmedro en que se encontraban los ciudadanos pertenecientes a la isla Rapa Nui, con el pasar de los años y el progreso, la razón de la ley original ha decaído, y, además, producto de la suscripción por el Estado de Chile de diversos tratados internacionales, la rebaja punitiva en materia de delitos sexuales -siempre y cuando sus víctimas sean mujeres, niñas, niños o adolescentes-, pareciera no debiese ser aplicada por haber operado una derogación tácita.

CUARTO.- En cuanto a las normas que se entienden como parámetro de control, el requirente alega que la aplicación de los preceptos impugnados atenta contra el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley de las mujeres, infringiéndose normas constitucionales, en particular, los artículos 1º, 5º, 6º, 19 N° 2 y N° 3 de la Constitución. Asimismo, se invoca una infracción a las normas convencionales identificadas en los artículos 1º, 2º, 3º, 4º literales b), c), e) y f), 6º, 7º, 8º y 9º de la Convención de Belém do Pará. Del mismo modo, estima vulnerados los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer (CEDAW en su versión inglesa) así como a los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, la aplicación de los preceptos impugnados vulnera el principio de la supremacía constitucional, consagrado en los artículos 5º, 6º y 19 N° 26 de la Constitución.

QUINTO.- Específicamente, en cuanto al principio de no discriminación y la igualdad ante la ley de las mujeres, señala que la aplicación de los preceptos impugnados importa medidas de protección diferenciadas para la mujer sujeto pasivo de un ilícito de carácter sexual en el continente y la mujer sujeto pasivo de un ilícito de carácter sexual en la isla, cuyo autor sea natural de Rapa Nui, de manera que una misma víctima tiene mayores garantías de protección penal estatal en el Chile continental que en esa parte del Chile insular, en tal sentido, dichos preceptos infravaloran la libertad o la indemnidad sexual de una mujer, niña, niño o adolescente que habite, resida o visite la isla, lo cual no se justifica si se atiende al desarrollo que



ha experimentado la comunidad que habita el territorio de Rapa Nui-Isla de Pascua, que, tras 54 años de dictada la norma, la motivación de la misma ha decaído y los tratados internacionales suscritos por Chile con posterioridad.

SEXTO.- Respecto de la infracción al principio de supremacía constitucional, indica que el respeto a los derechos humanos es un límite a la soberanía que la propia Constitución se ha dado y, por tanto, el incumplimiento de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, que se han internalizado por la vía de la suscripción, ratificación e incluso entrada en vigencia de tratados internacionales como ley de la República, importan una infracción a la supremacía constitucional.

En orden a este tipo de cuestiones, plantea la dificultad interpretativa que puede darse en el marco de derechos convencionales contrapuestos, los que, por una parte, protegerían una dimensión de género respecto de la dimensión propiamente étnica. En esa línea, advierte que el problema es complejo, desde que existe una vertiente internacional de normas que protegen al componente de un pueblo originario, así como también el principio *pro reo*, sin embargo, en el caso concreto, estima que las normas de protección de la mujer son más recientes y, además, tienen un fin mucho más universal.

II. DISPOSICIONES IMPUGNADAS

SÉPTIMO.- El requirente solicita estimar como inaplicables los artículos 13 y 14 de la L. 16.441, según se indica a continuación:

“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.”

OCTAVO.- En la explicación sobre los criterios interpretativos desarrollaremos los contenidos penales y procesales de estas normas, por ahora solo cabe constatar que en el caso concreto la vinculación del Título VII del Libro Segundo del Código Penal está referida a los “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”. En cambio, el Título IX del mismo Libro está referido a los “Crímenes y simples delitos contra la propiedad”.



III. CUESTIÓN PREVIA: EL ÁMBITO DEL DERECHO CONVENCIONAL EN LA RESOLUCIÓN DEL PRESENTE CASO

NOVENO.- Antes de reflexionar sobre los criterios interpretativos, debemos proceder a una cuestión previa relativa a la función de las Convenciones de derechos humanos que se han invocado ampliamente en este caso. El requerimiento ha planteado diversas cuestiones de convencionalidad relativas a dos elementos diversos. Por una parte, el efecto derogatorio que tendría diversas convenciones internacionales de derechos humanos respecto de la legislación interna. Y, por la otra, que existiría una colisión de contenidos convencionales entre el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo por una parte en relación a la CEDAW y la Convención de Belém do Pará por la otra.

DÉCIMO.- Esta Magistratura recurre al Derecho Convencional en el modo en que sus argumentaciones colaboran a la definición constitucional de un caso planteado. Por diversas razones que simplemente enunciaremos, éste puede ser uno de los casos en que esa función resulta exigida por los propios requirentes. Además, la comunidad jurídica que se ha involucrado en el presente asunto ha recurrido al argumento convencional como uno de esos elementos que parece definir este asunto por una doble vía. Por una parte, por un alegado efecto derogatorio que tendría una de las Convenciones respecto de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441. Y, por la otra, porque aparecerían contenidos contrapuestos entre convenciones que privilegiarían la mantención de determinadas costumbres indígenas versus la eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres, especialmente, en el ámbito de su indemnidad sexual o viceversa.

DECIMOPRIMERO.- La CEDAW, de la cual Chile es parte, impone a los Estados un deber de adecuación y de adoptar medidas de derecho interno. En tal sentido, “los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: (...) (g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer” [(artículo 2°, literal g)].

Este mandato hacia los Estados, más allá de sus alcances relativos a su carácter de compromiso o de obligación, impone la necesidad de adaptar el ordenamiento interno conforme a los principios y normas que de buena fe el Estado de Chile aceptó.

No obstante, esta cuestión dice relación con el alcance puramente normativo de la derogación. Los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, en efecto, no han sido derogados expresamente por el legislador, aunque respecto del último existe una modificación impuesta por la Ley N° 20.603 que podría haber producido el efecto de derogación tácita, según veremos más adelante.

En cualquier circunstancia, como ha sostenido esta Magistratura, es muy distinta la dimensión normativa de cuándo nos encontramos frente a una derogación



propia del legislador que el efecto que el constituyente denominó derogatorio identificado por el artículo 94 de la Constitución. Los motivos, el contenido y los alcances se fundan en cuestiones sustancialmente diferentes (STCs 1552, c. 3°; 1710, c. 171° y 4966, c. 10°). En la derogación legal, expresa o tácita, los criterios de mérito ordenan la decisión, no siendo definitiva la función de incompatibilidad de la regla legal cuestionada por una convención de derechos humanos. En consecuencia, esa dimensión es y seguirá siendo resorte del juez de fondo.

Por el contrario, en el caso de la derogación en razón del artículo 94 de la Constitución, ha de venir precedida de una correlación procesal que identifica previamente una acción de inaplicabilidad con sentencia estimatoria (artículo 93, numeral 6°) que habilita para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad (artículo 93, numeral 7° de la Constitución). En consecuencia, no es posible considerar la dimensión derogatoria puesto que el resultado de esta sentencia será meramente habilitante para la interposición o declaración de oficio de un proceso constitucional conducente a la declaración de inconstitucionalidad de los cuestionados preceptos legales, con los efectos buscados por la parte requirente. En consecuencia, no es resorte en el actual momento de definir un criterio sobre la dimensión derogatoria del que establece el artículo 94 de la Constitución.

DECIMOSEGUNDO.- En cuanto al segundo problema convencional planteado, aparece el dilema de la contraposición de reglas convencionales. Por una parte, la cuestión relativa a la derogación, desde la CEDAW en su artículo 2° literal g) impone una consideración de jerarquía por vigencia a favor de los derechos de las mujeres con el objeto de eliminar toda discriminación en su contra. En cambio, la parte requerida en esta causa, nos indica que debe adoptarse a su turno una posición que reconozca una diferenciación positiva a favor de la identidad de los pueblos originarios. En tal sentido, sostiene que “las medidas preferentes aprobadas a su favor están destinadas a permitirles preservar una identidad colectiva en lugar de recuperar su retraso de desarrollo” (fs. 688 del expediente constitucional Rol 8792).

En consecuencia, más allá de la dimensión que vincula las reglas convencionales a un bloque de constitucionalidad, se exige resolver a su favor el presente requerimiento, pero en la práctica llevando a debilitar los mandatos de un tratado internacional de derechos humanos por sobre otro.

Esta cuestión exigiría un tipo de interpretación que ponderara reglas aparentemente contrapuestas, para lo cual habría que analizar el artículo 23 de la CEDAW en relación con los artículos 34 y 35 del Convenio 169 de la OIT, a objeto de encontrar una interpretación que los armonizara.

DECIMOTERCERO.- El caso implica para esta Magistratura, necesariamente, un encuadramiento normativo acerca de si lo regulado por los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 podría o no ser una costumbre indígena, conforme al derecho que la regula, la que incorpora elementos interpretativos del Derecho Convencional.



Solo en ese sentido se pronunciará esta Magistratura, sin perjuicio de estimar que los tratados internacionales de derechos humanos deben ser interpretados, conforme lo disponen los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ordenando una interpretación de buena fe y respetuosa del *pacta sunt servanda*. En tal sentido, hay que estimar el sentido expansivo de los derechos que contempla y en donde deben distinguirse adecuadamente el tipo de mandatos que regula puesto que algunos son de aplicación inmediata y otros de realización progresiva.

IV. CRITERIOS INTERPRETATIVOS

DECIMOCUARTO.- Resuelta la cuestión previa, corresponde identificar los siguientes criterios interpretativos propiamente tales. En primer lugar, corresponde examinar si los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 establecen o no una costumbre indígena. Si dichos preceptos contienen una costumbre penal indígena debemos estimar si corresponde conforme a la Constitución respetarlas. En segundo lugar, definiremos que no hay costumbre penal ni en la Historia de la Ley N° 16.441 ni en la estimación de la autoridad tradicional rapanui. En tercer lugar, el artículo 13 de la L. 16.441: beneficio penal excepcionalísimo e incompatible con el artículo 54 de la Ley N° 19.253. En cuarto lugar, el legislador rebaja el marco penal asociado a conductas y finalidades constitucionalmente legítimas. En quinto lugar, el privilegio del artículo 13 en materia sexual supone una determinada supremacía de género incompatible con la igualdad ante la ley y la dignidad de las personas. En sexto término, 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. En séptimo lugar, estableceremos que el valorable multiculturalismo general no contiene una tradición antropológica que reivindique la violencia sexual en el pueblo rapanui. Finalmente, examinaremos los debates acerca de la derogación del artículo 14 de la Ley N° 16.441 por la Ley N° 20.63. Y, del mismo modo, se analizará la aplicación de la ley penal más favorable.

1. Costumbre indígena: dimensión penal y constitucional

DECIMOQUINTO.- ¿Los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 obedecen a una costumbre indígena que deba ser respetada?

Hay dos maneras de verificarlo, una general, en el examen de una costumbre a la luz de la Constitución. Y una más particular, relativa a la presencia o no, de una costumbre penal indígena en el ámbito de los procedimientos penales internos. No necesariamente la inexistencia de una costumbre deviene en la imposibilidad que concurra la otra expresión. Las esferas de aplicación no sólo son jurídicamente distintas, sino que la dimensión penal da cuenta de las conductas en donde, sin



perjuicio que constituya o no costumbre, el modo en que se valoran dichas representaciones originarias podría ser parte de una defensa penal.

DECIMOSEXTO.- La costumbre tuvo un largo tratamiento acerca de su valor normativo y tuvo directa recepción en el Derecho Indiano a partir de la influencia de las Siete Partidas. Sin embargo, tal influjo duró hasta los estudios preparatorios del Código Civil, los que recogían esa dimensión, pero terminaron siendo eliminadas dichas referencias a favor del imperio de la ley quedando subordinada la costumbre a la mera remisión legal [Espinoza Collao, Álvaro (2017), “El reconocimiento del derecho consuetudinario indígena como derechos humanos: su estado en el derecho chileno moderno”, *Cadernos de Derecho Actual*, N° 8, pp.424-425]. De este modo, según el artículo 2° del Código Civil, “la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.”

Con ello, tienen validez en nuestro ordenamiento sólo las costumbres según la ley y en ausencia de ella (*secundum* y *praeter legem*). En cambio, las costumbres “contra” la ley que pretenden introducir una perspectiva contraria a sus mandatos, está al margen de nuestro Derecho.

DECIMOSÉPTIMO.- La costumbre indígena ha sido definida como “aquellas normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que existen al interior de cada comunidad o de cada pueblo indígena, y que contribuyen a la integración de cada sociedad, al mantenimiento de su orden interno y a la solución de los conflictos que puedan surgir, incluyendo, por lo tanto un sistema de sanciones para quienes violan estas normas” [Aylwin, José (1995), “Derecho consuetudinario indígena en el Derecho interno, comparado y en la legislación chilena”, II Congreso de Antropología, Valdivia, p. 189].

Nuestra Ley N° 19.253 establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Dicha ley establece un conjunto de referencias de la costumbre indígena para diversos propósitos según lo indica distintos preceptos. Así el artículo 1° valora desde el Estado de Chile el desarrollo de las costumbres indígenas. Asimismo, es utilizada para reconocer dimensiones civiles de familia (artículo 4°); para el establecimiento de la autoridad tradicional de diversos pueblos, entre ellos, los huilliches y los rapanui (artículos 9°, 61 y 66 y siguientes); para reconocer las mismas comunidades indígenas (artículo 9°); para definir las tierras indígenas (artículo 12°); para establecer áreas de desarrollo indígena (art. 26) o para reconocer el valor de la costumbre en los procesos de saneamiento y constitución de la propiedad de la tierra de los aymarás (art. 62 y siguientes).

Sin embargo, a efectos del caso que nos convoca, dicha legislación contempla un Título específico sobre normas especiales en procedimientos judiciales. En la incorporación de su Párrafo 1° regula la costumbre indígena y su aplicación en materia de justicia.



En la primera parte del artículo 54 indica que “la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República.”

En consecuencia, en el plano de los principios en Chile, las costumbres indígenas no rigen si son contrarias a la ley y a la Constitución.

DECIMOCTAVO.- A su turno, el otro cuerpo normativo que regula algunas dimensiones sobre costumbres indígenas aplicables al ámbito penal es el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el que fue ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008.

En lo que nos interesa, tiene un mandato relativo a que “al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” (artículo 8.1 del Convenio 169).

Ahora bien, esta consideración o deferencia implica que “dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (artículo 8.2 del Convenio 169).

El mandato de compatibilidad con el régimen nacional y universal de derechos no implica inmediatamente una anulación de las costumbres ni una exención de responsabilidad para los miembros de los pueblos originarios. Respecto del valor de la costumbre “siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio (de compatibilidad)” (artículo 8.2 del Convenio 169)

Pero tampoco puede derivarse de la aplicación de reglas especiales ni una anulación de aplicación a los indígenas de los derechos fundamentales que gozan todos los ciudadanos ni menos el no “asumir las obligaciones correspondientes” (artículo 8.3 del Convenio 169).

Y en cuanto a la dimensión penal de las costumbres, se exige el requisito previo de la compatibilidad por cuanto “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” (artículo 9.1 del Convenio N° 169).

Y en este contexto de compatibilidad, el Convenio ordena que “las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia” (artículo 9.2 del Convenio 169).

Finalmente, un mandato al legislador penal, en orden a considerar, “cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos



pueblos deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales” y, asimismo, “deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento” (artículo 10.1 y 2 del Convenio 169).

DECIMONOVENO.- En este punto, cabe constatar la existencia de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas a la cual concurrió Chile con su aprobación el 12 de septiembre de 2007. Dos preceptos se vinculan a este asunto:

Artículo 34: *“Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.”*

Artículo 35: *“Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.”*

VIGÉSIMO.- Avanzando en el análisis de las costumbres corresponde examinar los requisitos y el modo en que se pueden presentar las costumbres penales indígenas.

Por una parte, bajo ningún aspecto pueden existir costumbres penales que colisionen con los principios fundantes del Derecho Penal sostenidos en la reserva de ley. “Se desprende que los principios generales del derecho son fuente indirecta o mediata del Derecho penal, no pudiendo nunca alcanzar el valor de fuente directa, por oponerse a ello el principio de estricta legalidad, que con carácter absoluto impera en el Derecho penal y en virtud del cual solamente pueden ser penados los hechos previstos como delitos o faltas por la ley” [Camargo Hernández, César, “Estudio sobre las fuentes mediatas o indirectas del Derecho Penal y su eficacia”, Madrid, p. 68, <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2777079.pdf>>]

De este modo, no solo no es posible considerar delitos tipificados por la costumbre o reglas sancionatorias entregadas de un modo abierto a la consideración de autoridades tradicionales o tribales sin que la ley disponga algún mandato específico. Este examen ni siquiera ha requerido un análisis desde la Constitución, puesto que ya viene exigido por el principio de legalidad penal la consideración de que delitos y penas tengan un refrendo específico del Congreso Nacional.

VIGESIMOPRIMERO.- En consecuencia, la única manera en que se pueden apreciar las conductas que se sostendrían en eventuales costumbres indígenas es examinando la función a partir de la cual el legislador las contempla en el proceso penal.

En nuestra región latinoamericana, existe una relevante recepción de diversas fórmulas con los cuales el legislador penal de cada uno de nuestros países ha adoptado criterios de valoración de las costumbres indígenas y le ha impuesto algunos criterios normativos para que se inserten en los procedimientos penales nacionales.



De este modo, en estos diversos elementos del Derecho Penal Indígena podemos indicar que el legislador ha entendido que determinadas conductas de miembros pertenecientes a diversas comunidades originarias o pueblos indígenas pueden traducirse en los siguientes institutos penales. Primero, esas conductas pueden generar la inimputabilidad penal. Otra alternativa es especificar que respecto de él representa el mandato punitivo un error de prohibición. Una tercera fórmula es el “error de comprensión culturalmente condicionado”. Un cuarto criterio es entender que había “fuerza irresistible” operando como una causal exculpatoria. Una quinta vía es entenderlo como causal de justificación para la exclusión de la antijuridicidad. Finalmente, la última vía es que el legislador lo defina como una atipicidad de la conducta [Villegas Díaz, Myrna (2012), “Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXV, N° 2]. En su momento analizaremos estas tesis en el caso concreto.

Esta extensa legislación latinoamericana no se ha traducido en una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia indígena que resulte aplicable en este caso por tres tipos de consideraciones distintas. Primero, porque no ha tenido referencias expresas a los dilemas de costumbres penales indígenas. En segundo lugar, porque los conflictos que ha resuelto han tenido sistemáticamente a las comunidades indígenas como víctimas de delitos o de procesos de vulneración de derechos. Y, en tercer lugar, porque la contrapartida es que la víctima no es indígena siendo su agresor un miembro de un pueblo originario.

VIGESIMOSEGUNDO.- De este modo, no es posible estimar que pudiera existir una costumbre que aparezca como norma en la perspectiva de ir “contra la ley” (artículo 2° del Código Civil). A su vez, dicha costumbre en el ámbito de la legislación indígena no puede ser incompatible “con la Constitución Política de la República” (artículo 54 de la L.19.253).

Y tratándose de costumbres indígenas penales, éstas no pueden ser incompatibles con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, incluyendo por cierto el principio de legalidad penal (artículo 9.1 del Convenio N° 169 de la OIT). Además, se exige la conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (art. 34 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).

En esta limitada referencia sobre las costumbres, la única función auxiliar que tienen es una consideración acerca de la interpretación que tenga el tribunal acerca de si se encuentra o no frente a una costumbre que deba valorar y, en consecuencia, proteger.

2. No hay costumbre penal ni en la Historia de la Ley N° 16.441 ni en la estimación de la autoridad tradicional rapanui



VIGESIMOTERCERO.- La Ley N° 16.441 se origina en un proyecto de ley del Presidente de la República Sr. Jorge Alessandri Rodríguez de 1964, cuyo objeto principal fue integrar administrativamente la Isla de Pascua al territorio nacional y reconocer derechos de ciudadanía al pueblo Rapa Nui, con el propósito de terminar así con la discriminación histórica de la que había sido víctima ese pueblo durante más de un siglo. De esta forma, se creó el Departamento de Isla de Pascua, en la provincia de Valparaíso, la Municipalidad de Isla de Pascua, un Juzgado de Letras de Mayor Cuantía y servicios públicos. En las materias originales del proyecto de ley se contemplaba una regulación del aspecto cuestionado, según se pasa a indicar:

“Art. 16. En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Código Penal, cometidos por naturales de la Isla, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables”.

“Art. 17. En aquellos casos en que el Tribunal deba aplicar penas de presidio, reclusión o prisión, podrá disponer que parte de ellas puedan cumplirse fuera del establecimiento carcelario, fijando en la sentencia, las condiciones de vida, trabajo y residencia que deba llevar el condenado y el tiempo por el cual se le concede este beneficio, el que podrá suspenderse o revocarse por el juez, de oficio o a petición de parte”.

Durante la tramitación del proyecto de ley, cabe constatar un conjunto de elementos que reviste particular complejidad en el tratamiento de la materia objeto de esta sentencia. Por una parte, se trata de un estatuto muy especial para la Isla de Pascua y que configuró un reconocimiento, integración e inclusión al Estado de Chile desde múltiples puntos de vista. Pero, por otra, la dimensión penal fue uno de los elementos que tuvo una discusión paralela.

VIGESIMOCUARTO.- En su deliberación existió un conjunto de constataciones que cabe considerar. Primero, no hay una participación de ningún nativo de la Isla de Pascua, ni de autoridad a nombre de ella ni de algún académico con conocimientos sobre la misma. Cabe reconocer que se trataba de una posesión que estaba extraordinariamente aislada y justamente el proyecto determinaba el inicio de anhelos de desarrollo más próximos al continente. En segundo lugar, las deliberaciones legislativas más profundas se vinculan a estadías muy temporales y la alusión técnica es vaga. Por ejemplo, la dimensión penal propuesta estableció reglas especiales “concordes con las modalidades especiales en que se desenvuelve la vida isleña” (fs. 537 del expediente). En tercer lugar, las afirmaciones de parlamentarios no contribuyen a especificar en qué consistirían estas diferencias. Entre ellas, el H. Diputado Leigh sostuvo que estas reglas se justifican en “las condiciones especialísimas de la Isla, su lejanía del territorio continental, el derecho consuetudinario que en ella existe, las creencias y la psicología de los habitantes” (fs. 547 del expediente). En cuarto término, no había uniformidad sobre el tratamiento ancestral. Ahí donde alguien veía una costumbre, otros veían colonialismo (H. Diputado Sr. Lavandero: “estos chilenos se rigen por un sistema extraordinariamente



anticuado y colonial” – fs. 549 del expediente). Del mismo modo, en esta última tesis se inscribe la introducción a la Isla de la pena de azotes, ya eliminada en el continente, la que se utilizaba sin proporcionalidad ninguna (fs. 606). En quinto término, se valoraba la justificación del proyecto de ley, pero sin profundizar en él. El H. Diputado Zepeda entendía que “los pascuenses tienen opiniones, sentimientos y conceptos muy diferentes de los del chileno continental respecto de muchos delitos y relaciones jurídicas que contempla nuestra legislación, especialmente en el Código Penal. (...) En este proyecto, afortunadamente se consideran estas circunstancias” (fs. 555 del expediente). En síntesis, hay escépticos del proyecto en esta materia y solo lo entienden como un experimento (Senador Ampuero a fs. 628). Para otros, era una aberración porque implicaba menospreciar la condición humana de los propios isleños y por crear un privilegio contrario a la esencia de principios jurídicos universales (H. Diputado Sr. Galleguillos, fs. 567).

En las fases sucesivas, pero especialmente en la tramitación de un veto del Presidente de la República termina por clarificarse un sentido pragmático de este proyecto de ley. Por una parte, le reconoce un determinado valor cultural que relativiza al indicarlo como una “disposición que aparece inspirada en los conceptos” (fs. 654 del expediente).

Las razones para dichas modificaciones son del siguiente tenor: respecto del artículo 13, “[este] aparece inspirad[o] en los conceptos que sobre esta materia poseen los isleños. Sin embargo, la benevolencia en el tratamiento penal debe quedar limitada al espacio geográfico de la Isla, ya que en ese marco territorial el pascuense recibe la influencia del ambiente y que en los delitos referidos debe traducirse en una reacción social menos rigurosa. Extender esas atenuantes al natural de la Isla que cometiere esta clase de infracciones fuera de ese lugar conduciría a crear una especie de estatuto personal, desde todo punto de vista inconveniente. El pascuense que abandona la Isla sabe que afronta un mundo diverso, al cual deberá, necesariamente, conformar su conducta y respecto del cual está en situación de valorar -a lo menos en sus grandes líneas- los principios fundamentales que la conforman”, en tanto que respecto del artículo 14, se advierte que “puede producirse el absurdo que todo el enjuiciamiento criminal, cuyo fin natural es la aplicación de una pena, pueda quedar limitado distorsionado por medidas que, en algunos casos, pueden ser muy benevolentes y, en otras, simplemente arbitrarias.

El ordenamiento penal persigue la protección de bienes jurídicos que a la sociedad interesa especialmente tutelar, lo que se consigue por medio de la amenaza y la imposición de la pena a quienes no los respetaron. En consecuencia, si esta represión llegare a ser meramente nominal o cae en la arbitrariedad, se priva a la comunidad de un medio de defensa y el proceso penal pierde todo sentido, ya que el objetivo que persigue desaparece o se desnaturaliza. En consecuencia, parece imprescindible que la facultad del Juez quede limitada, a lo menos, a exigir el cumplimiento efectivo de un tercio de la condena. Por otra parte, la suspensión o



revocación de la medida no podrá adoptarse en forma indiscriminada sino apoyada en el cumplimiento de las obligaciones de trabajo o residencia que se le hubieren impuesto” (fs. 663 del expediente constitucional).

Por último, será en el ámbito de los vetos en donde se especifica el contenido definitivo de la ley al especificar el artículo 13 la referencia al Libro Segundo del Código Penal y a una delimitación territorial del beneficio sólo a la Isla, con lo cual se habría configurado un derecho propiamente foral, circunscrito geográficamente, a favor de los pascuenses. El artículo 14 solo precisó que la suspensión o revocación del beneficio por parte del juez se funde en el incumplimiento de las condiciones impuestas. Asimismo, para limitar el beneficio de sustitución de pena, en el sentido que solo hasta dos tercios de ella podrá cumplirse fuera del establecimiento penal y no toda la pena como originalmente se establecía. En lo demás, sucesivas derogaciones de otros artículos derivaron en la modificación del numeral de los artículos mismos.

“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.”

En síntesis, la extensa historia de la ley relatada revela que el legislador desarrolló un conjunto de beneficios penales y de ejecución de la pena, basado en criterios genéricos y respecto de los cuales no existe ninguna referencia al tipo de delitos sexuales que está presente en este caso. La única referencia a un derecho consuetudinario no se vincula a una noción que supere la dimensión que pareciera propia del ámbito de los derechos contra la propiedad. Es sistemática la noción de una legislación “a tientas”, con decisiones que parecieran fundarse en una dimensión ancestral. Pero como nada de eso está refrendado bajo la autoridad tradicional, cabe entender que se trata de una legislación que carece de la motivación suficiente y donde no es posible sostener que el legislador haya recogido una tradición o una costumbre pascuense. Por lo mismo, debemos recurrir a lo que en estos autos sostuvieron las autoridades tradicionales del Consejo de Ancianos de Isla de Pascua, según veremos.

VIGESIMOQUINTO.- A fs. 675 y siguientes constan las observaciones que bajo la calidad de *amicus curiae* fue presentado por el Consejo de Ancianos Rapa Nui – Mau Hatu. El Consejo de Ancianos es un comité político, económico, social y cultural, conformado por ancianos destacados del pueblo originario Rapa Nui, ubicado en territorio insular chileno en la Polinesia, consagrado en el Acuerdo de



Voluntades, suscrito por el Pueblo Rapa Nui y el Estado de Chile, de fecha 9 de septiembre de 1988, y organismo indígena reconocido por ley en Chile (artículo 68 de la Ley N° 19.253).

Este escrito funda en el principio de discriminación positiva la actitud que debe tener el Estado de Chile respecto de los pueblos originarios y, en particular, en relación con el pueblo rapa nui. De dicho principio se deriva un tratamiento desigual pero especialmente en “la aspiración a administrarse según sus propias reglas y la voluntad de que se les reconozca como pueblos. Esta autonomía normativa es a la vez un rasgo distintivo y una reivindicación política” (fs. 687 del expediente).

Asimismo, hace hincapié en la dimensión que tiene el precepto cuestionado en relación con los delitos contra la propiedad, los que no son objeto de la presente litis.

VIGESIMOSEXTO.- En relación con el dilema planteado por los delitos sexuales que tienen un tratamiento legal diverso por el artículo 13 de la Ley 16.441, el escrito plantea lo siguiente:

“En cambio, bajo la cosmovisión del mundo Rapa Nui la persona se vincula con la sexualidad de un modo natural a través del conocimiento de sí mismo y el ejercicio de una libertad de disponer del propio cuerpo con fines eróticos y sexuales, sin más límites que los que imponga la costumbre. El legislador chileno al dictar la Ley Pascua tuvo en consideración este punto, ya que conforme a los estudios antropológicos era posible desprender que en la cultura Rapa Nui existen diferencias sustanciales con el mundo continental en relación con los límites de la sexualidad.

Si bien en el último tiempo ha cambiado, como una consecuencia del intercambio cultural con la cultura occidental, en la época en que se promulgó esta norma, el mundo Rapa Nui no tenía consciencia del deber de fidelidad y no asumía la monogamia como un valor moral, al menos no del modo en que lo asumen las nuevas generaciones. De ahí que, una mujer casada podía tener relaciones sexuales con otra persona sin que ello fuere visto como una infidelidad o adulterio y, al mismo tiempo, era común que los hombres fuesen polígamos. De ahí, entonces, que los delitos de amancebamiento y adulterio previstos en las disposiciones originales del Código Penal no tenían aplicación en la cultura Rapa Nui.

Junto con lo anterior, para la dictación de esta disposición se tuvo en cuenta que las edades de consentimiento válido en materia sexual no coincidían entre el mundo continental y la cultura Rapa Nui. Así, mientras el Código Penal chileno consagraba a los doce años cumplidos la edad de consentimiento pleno de los menores en el ejercicio de su sexualidad en el plano privado (actualmente, catorce años), en la cultura Rapa Nui es todavía costumbre que las mujeres inicien su vida sexual al momento en que reciben la menstruación, por ende, la edad de inicio de las relaciones sexuales fluctúa entre los nueve a los trece años. A esta edad era además costumbre para las mujeres contraer matrimonio. Si bien, esto ha cambiado como consecuencia de la adopción de las normas de la Ley de Matrimonio Civil que establecen como límite mínimo la edad



en los dieciséis años para contraer matrimonio de modo libre, la edad de inicio de la sexualidad se mantiene tanto para hombres como para mujeres.

Por otro lado, mientras el Código Penal chileno castiga todavía la sodomía entre varones, en la cosmovisión Rapa Nui el ejercicio libre de la sexualidad y el autodescubrimiento de sí mismo, conllevan la aceptación de la homosexualidad y el lesbianismo como una manifestación más de la sexualidad. Por ende, el legislador entendió que las disposiciones relativas a este delito tampoco podían ser aplicadas con tanto rigor como en el derecho continental.

En relación con las normas que sancionan el ultraje al pudor y las buenas costumbres se tuvo en cuenta, al momento de dictarse esta ley, la especial relación con el cuerpo y el erotismo que existe en la cosmovisión Rapa Nui, la sensualidad y la belleza son apreciadas como valores estéticos. En ciertas épocas del año, en especial, durante la realización de fiestas como la TAPATI o el día de la lengua RAPA NUI, se realizan bailes que incluyen movimientos de carácter pélvico tanto en hombres como en mujeres, además, de tocamientos que forman parte de la relación que existe entre el baile y la sensualidad. En consecuencia, una aplicación tan rígida de las normas del derecho continental podía desconocer estas tradiciones culturales.

En consecuencia, se trata de una regla legal de determinación de pena que establece una rebaja establecida por motivos culturales y étnicos. Fue pensada sobre la base estudios antropológicos que demostraban la incompatibilidad de la cosmovisión de la sexualidad y el erotismo Rapa Nui con la forma de entender y reprimir la sexualidad en el mundo continental conforme a la ley penal chilena.

No puede decirse que, conforme a las convenciones de protección de la mujer y el enfoque de género estas disposiciones han quedado derogadas tácitamente desde la perspectiva de protección a los derechos humanos, porque el pueblo Rapa Nui tiene derecho a que se reconozca su diversidad en la comprensión de la sexualidad y el erotismo conforme al Convenio 169 de la OIT.

Reconociendo que los hechos que motivan la presentación del requerimiento conllevan que la aplicación de estas normas, desde el punto de vista del derecho continental, sean percibidas como injustas, en particular, si se tiene en consideración la necesidad del Estado de Chile de introducir en sus decisiones el enfoque de género, lo cierto, es que la norma en concreto no es un privilegio para los hombres que violan a una mujer con fuerza o violencia, sino que es una rebaja de pena establecida como consecuencia del reconocimiento de la diversidad y la necesidad del respeto a la cosmovisión y autonomía del pueblo Rapa Nui.

Sin pretensión de justificación alguna del caso concreto que motiva el requerimiento, lo cierto es que las relaciones entre hombres y mujeres en la cultura Rapa Nui están lejos de ser subordinadas como en la cultura continental. La mujer en la cosmovisión Rapa Nui representa la belleza, la fertilidad y la vida. El hombre debe cuidar de la mujer y otorgarle las condiciones para su desarrollo espiritual, para el



fortalecimiento de la familia y la vida en comunidad. Ambos están en una posición de igualdad, si bien las mujeres no tienen el liderazgo político, cumplen un rol central como autoridad moral, ejercen el control sobre el dinero de la familia y la disposición de los bienes de la comunidad, además, de guiar la crianza de la cultura ancestral para el mantenimiento de la lengua Rapa Nui en todos los niños y niñas que forman parte de la colectividad. Así, durante la seducción y el ejercicio de la sexualidad, puede tener lugar un juego equitativo de roles donde ambos pueden asumir la iniciativa sexual y responder a la falta de interés explícito del otro con violencia o con una “fuerza grata” necesaria para vencer la oposición del otro al acto sexual como demostración de erotismo, sensualidad, fortaleza y decisión. Lógicamente, que esta forma de entender las relaciones sexuales en un plano de igualdad, donde el ejercicio de ciertos grados de violencia por parte de ambos sexos resulta ser tolerado, no coincide con la forma de entender la violencia en el mundo continental, en la medida que el Código Penal chileno parte de la base que el único sujeto pasivo de la violación es la mujer como destinataria de la fuerza física ejercida por un varón.

De esa forma, la norma resulta ser justificada desde el punto de vista de sus fundamentos, no resulta ser contraria a la protección del género ni es una discriminación a la mujer, ya que su fundamento está en la necesidad de reconocer la cosmovisión propia del mundo Rapa Nui donde la sodomía, los ultrajes al pudor, la edad de consentimiento sexual, el contenido de los actos de significación sexual, la homosexualidad y el erotismo tienen todavía una clara diferencia con el mundo continental” (fs. 695 a 699 del expediente constitucional).

VIGESIMOSÉPTIMO.-No obstante, el planteamiento de este escrito, con posterioridad, el Presidente del Consejo de Ancianos de Rapa Nui Sr. Carlos Edmunds Paoa, presentó un nuevo documento desacreditando las expresiones anteriores en el sentido de que no *“se no me fueron exhibidos antes de la presentación a vuestro tribunal y exceden el mandato otorgado y el espíritu de lo encomendado, produciéndose una lamentable confusión, atribuyéndose al Consejo de Ancianos aseveraciones que no se condicen con la realidad y en ningún caso representan a nuestro pueblo”* (fs. 1006 del expediente).

En tal sentido, plantea el Presidente del Consejo que *“no puedo más que oponerme, retirar y refutar de manera enfática y categórica todos los pasajes del documento en los que se justifica la violencia en contextos sexuales, se insinúa la normalización de la iniciación sexual desde los 9 ó 12 años, se habla de tocaciones y se contaminan actividades culturales tan queridas por nuestra comunidad rapa nui como la Tapati y Mahana o te Re’o, y se limita el rol de las mujeres rapa nui a las esferas domésticas.”*.

No solo el Presidente del Consejo de Ancianos rechaza lo que no los representa, sino que reafirma lo que identifica su cosmovisión que, en lo tocante al caso específico, implica lo siguiente:

“1. La normalización de la violencia contra mujeres, niñas o niños, NO es parte de la cultura Rapa Nui.



2. La violencia en el contexto de relaciones sexuales, ni las relaciones sexuales no consentidas tienen lugar en las prácticas culturales Rapa Nui, no son aceptables bajo ninguna perspectiva y no pueden ser objeto de ninguna justificación, ni contextualización. La llamada “fuerza grata” que se ha apuntado NO existe y su utilización a nombre de nuestra institución es INACEPTABLE.

3. La indemnidad sexual de nuestras niñas y niños es un derecho esencial, base de nuestra cultura, indubitado, es un derecho absoluto y el Consejo de Ancianos así lo reconoce.” (fs. 1008 del expediente constitucional).

VIGESIMOCTAVO.- Adicionalmente, en el Informe presentado por la Comisión Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) se ratifica, basado en el documento antes enunciado del Consejo de Ancianos, que “se evidencia que no forma parte de las tradiciones ancestrales y/o costumbres del pueblo rapa nui la justificación de acciones que den lugar a la constitución de delitos de carácter sexual, de conformidad a la normativa general, resultando totalmente compatible con el pueblo rapa nui la legislación penal aplicable a todos los ciudadanos. Por tanto, no existe un motivo razonable para establecer diferencias en esta materia destinadas al pueblo rapa nui, ni aún a pretextos de sus tradiciones ancestrales” (fs. 1043-44).

VIGESIMONOVENO.- En consecuencia, nos encontramos frente a una conducta (cualquier delito sexual del Título respectivo del Código Penal) que no solo no puede calificarse de costumbre indígena, sino que es abiertamente reprochada por las autoridades ancestrales del pueblo rapanui y por el organismo técnico encargado de las cuestiones indígenas. Lo anterior, nos recuerda algo bastante obvio: “El derecho consuetudinario no es un derecho estático, ni ancestral. No es un fenómeno para el estudio de la etnología y la historia, sino constituye una práctica social presente y dinámica” [Lillo Vera, Rodrigo (2001), “Los derechos de los indígenas y el nuevo sistema procesal penal”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/612/cl-der-indigenas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>]. De este modo, siendo dudoso que haya configurado en el pasado alguna tradición, lo que resulta concluyente es que hoy no refleja ningún acto normativamente valorable, sino que se inscribe dentro de las conductas que cabe repugnar penalmente.

Asimismo, de la historia de la Ley N° 16.441 no se encuentra un reconocimiento determinado y preciso que sea un reflejo de alguna dimensión tradicional. Más bien lo contrario, es una ley antigua anterior a todo tipo de mecanismos de consulta previa a los involucrados. En ese ámbito nos encontramos frente a preceptos legales que, sin motivación específica, configura un beneficio legislativo de naturaleza penal.



3. El artículo 13 de la Ley N° 16.441: beneficio penal excepcionalísimo e incompatible con el artículo 54 de la Ley N° 19.253

TRIGÉSIMO.- Analizaremos desde una doble perspectiva la regla penal del artículo 13 de la Ley N° 16.441. En primer lugar, desde el punto de vista de los estándares del Derecho Penal Indígena Latinoamericano. Y, en segundo lugar, desde los estándares normativos determinados por el artículo 54 de la Ley N° 19.253 que establece las reglas normativas sobre las costumbres indígenas aplicables a procesos penales.

TRIGESIMOPRIMERO.- Cabe analizar el beneficio legal que en el ámbito criminal desarrolla el legislador en el artículo 13 de la Ley N° 16.441, a la luz de las características que tienen las legislaciones relativas al Derecho Penal Indígena y que han sido expuestas en el considerando 21° de esta sentencia. Este examen es relevante, no porque esta Magistratura deba hacerlo directamente conforme a alguna regla constitucional, sino porque lo que está en juego es la dimensión de tratamiento diferenciado que está en la base del reproche del requerimiento, siendo una consecuencia de la dimensión de igualdad en la ley.

El artículo 13 dispone, respecto de los delitos sexuales, un beneficio que opera *ex ante*, en cuanto configura un marco penal diferenciado y rebajado para los naturales de la Isla, definiendo una regla especial de punibilidad.

De este modo, el legislador de 1966 se inscribe en la represión penal de los delitos sexuales en Isla de Pascua, aunque en un marco rebajado, con lo cual no está en juego la inimputabilidad de los infractores que en alguna legislación indígena se promueve para delitos menores (Informe de Conadi a fs. 1046 del presente expediente constitucional).

Tampoco el legislador define un marco de entendimiento relativo a la teoría de la culpabilidad, en orden a entender que aquí habría una especie de error de prohibición en el mandato penal para el pascuense. Aquí el legislador confirmó el delito, lo moduló punitivamente, pero se determina bajo la conciencia de ilicitud.

Del mismo modo, no nos encontramos frente a un “error de comprensión culturalmente condicionado” que podríamos verificar en la teoría de la antijuridicidad como parte de una causal de justificación a actos previamente tipificados. Aquí el sujeto ha internalizado la prohibición y no yerra en la naturaleza ilícita de la conducta que alguna supuesta costumbre inexistente pueda condicionarlo de alguna manera a actuar.

Bajo ninguna circunstancia, este precepto aparece como una reforma del artículo 10 N° 9 del Código Penal, en cuanto eximente del que “obra violentado por una fuerza irresistible”, la que debe probarse para eximir, cuestión que en nada modifica el artículo reprochado.



En esa perspectiva, el artículo 13 no regula una atipicidad de la conducta, una causal de justificación o alguna dimensión de una especie de “fuerza irresistible” que deriven en la exigibilidad de conducta o cualquier elemento propio de la teoría de la acción, de la tipicidad, antijuridicidad o de la culpabilidad propiamente tal.

TRIGESIMOSEGUNDO.- Identificado lo que no ordena el artículo 13, cabe entender lo que mandata.

Crece 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.

TRIGESIMOTERCERO.- Este criterio cabe contrastarlo con lo definido específicamente por el legislador de 1994 en la Ley 19.253, en cuanto al modo en que opera la costumbre indígena en el ámbito judicial.

Primero, la costumbre puede hacerse “valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia”. En segundo lugar, es un derecho de las partes en la medida “que no sea incompatible con la Constitución Política de la República”. En tercer término, el ámbito de aplicación penal puede ser considerado “cuando ello pudiere servir como antecedentes para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”. En cuarto lugar, la acreditación de la costumbre en juicio “podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación (de Desarrollo Indígena) a requerimiento del Tribunal”. Finalmente, hay reglas relativas al uso de la lengua materna y al derecho a asesorarse por un traductor idóneo facilitado por la Conadi.

TRIGESIMOCUARTO.- Ya sabemos que no aplica la costumbre indígena, según lo vimos en el criterio anterior. Sin embargo, estudiando los estándares de la legislación chilena especializada técnicamente en el ámbito indígena nos clarifica variadas diferencias relativas al caso concreto.

Primero, es evidente que no se trata de un caso “entre indígenas”. En segundo lugar, la diferencia radica en que el sujeto pasivo es una mujer del continente en relación a un sujeto activo que es pascuense. En tercer lugar, que el ámbito penal aplicable es sólo el de exención o modificación de la responsabilidad penal por causas justificantes o de culpabilidad. En cuarto lugar, debe probarse bajo cualquier medio, pero se reitera, exige prueba.

TRIGESIMOQUINTO.- Aún antes de analizar las razones que justifican el artículo 13 de la Ley N° 16.441 cabe desestimar cualquier tipo de fundamento que la vincule al Derecho Penal Indígena, sea latinoamericano, sea chileno.



En consecuencia, esta regla reprochada no cumple una función penal dentro de la teoría del delito. No es un camino que adecue los mecanismos de la justicia a efectos de atenuar una pena, identificar una causal exculpatoria o resolver un dilema de culpabilidad. Tampoco requiere ser probada, con lo cual el juez no puede razonar ni valorar una conducta ni apreciar como algunos de los elementos que rodean un delito se manifiesta en el caso concreto de un modo no parametrizado dentro de la definición legal.

Opera en otro ámbito, en el del sujeto activo. Y lo hace de un modo automático y al margen de un razonamiento judicial. Es un beneficio excepcionalísimo y que sólo aplica a “los naturales de la Isla y en el territorio de ella”. ¿En qué fundamentos personales puede justificarse este beneficio que lo diferencia del resto de las personas sometidas a las mismas normas?

4. El legislador rebaja el marco penal asociado a conductas y finalidades constitucionalmente legítimas

TRIGESIMOSEXTO.- Buscando los fundamentos personales de esta diferencia de trato, cabría analizar si no se trata de algo que pueda acontecer en otras reglas penales. Por lo mismo, y sin realizar un estudio exhaustivo de toda la estructura de los tipos penales en Chile, cabe analizar algunos delitos del Código Penal en la búsqueda de las razones y contexto de la rebaja del marco penal. Estas consideraciones que realizaremos sólo mirarán la rebaja misma y no la estructura comparativa de la gravedad de los delitos.

TRIGESIMOSÉPTIMO.- Es evidente que el legislador puede adoptar patrones en la búsqueda del marco penal más adecuado al delito, cuestión que esta Magistratura ha validado (STC 825, cc. 19°, 21° y 22°). Para eso, junto con imponer un régimen de cláusulas modificatorias de la responsabilidad penal, el marco penal del delito es el punto de partida para la posterior individualización de la pena por parte del juez.

En este contexto, las características de las rebajas de penas están orientadas a diversas finalidades del *ius puniendi* estatal.

Primero, hay una búsqueda de reducir el daño de un delito. Así, por ejemplo, en el caso de secuestro o sustracción de menor, existe una rebaja penal cuando se devuelve a la víctima antes de cumplir las exigencias impuestas por los partícipes del delito (artículo 142 bis del Código Penal).

En segundo lugar, puede operar como medio de compensación de delitos mutuos. Tal es el caso de injurias y calumnias cruzadas entre dos personas, siendo la rebaja de la pena una función de ajuste dependiendo el delito más grave inferido (artículo 430 del Código Penal).



En tercer lugar, como forma de calificar la participación delictiva. Si ya los artículos 14 a 17 sirven para identificar el grado de participación, en algunos casos habrá que especificar alguna función adicional como el caso de la inducción o cooperación con el deudor en delitos concursales del artículo 464 ter del Código Penal.

En cuarto lugar, aunque resulte evidente por sí mismo, sirve para especificar el grado de consumación del delito.

En quinto lugar, la rebaja penal sirve para prevenir, impedir o producir una cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos y a la identificación de los responsables, particularmente, en el modo de enfrentar delitos de asociaciones ilícitas organizadas. Tales son los casos de los delitos de malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, cohecho y cohecho a funcionarios públicos extranjeros, según lo dispone el artículo 240 quáter del Código Penal. Del mismo, el legislador ha definido con el mismo objetivo de la cooperación eficaz los casos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas (artículo 411 sexies del Código Penal).

TRIGESIMOCTAVO.- En consecuencia, la razón por la cual se rebajan penas está asociadas a finalidades constitucionalmente legítimas relativas a la valoración de los delitos mismos y sus consecuencias. En ningún caso, hay un examen de la condición personal del partícipe del delito mismo relativo a sus particulares condiciones, salvo los casos de inimputabilidad. Incluso en esos casos, aunque las responsabilidades se atenúen, se derivan a un examen de actos puesto que la responsabilidad de los menores de 18 años de edad se remite a la ley de responsabilidad penal de adolescentes y la demencia deja a salvo “los intervalos lúcidos” (artículo 10 N° 1 del Código Penal), aunque resulte discutible su sentido técnico [Centro de Estudios de la Justicia (2008), “El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno”, *Revista Estudios de la Justicia*, pp. 138-139].

De este modo, se ratifica que la esencia de lo que trata el Derecho Penal, conforme a la Constitución, es el examen de actos y no de un derecho sobre autores. El beneficio del artículo 13 de la Ley N° 16.441, al no vincularse a ninguna funcionalidad penal de los propósitos de la rebaja, transforma un beneficio en un privilegio.

5. El privilegio del artículo 13 en materia sexual supone una determinada supremacía de género incompatible con la igualdad ante la ley y la dignidad de las personas

TRIGESIMONOVENO.- La violación es un delito particularmente repudiable porque no solo vulnera la indemnidad sexual de las personas, sino que atenta contra la autodeterminación sexual en lo volitivo.



Es un delito reprochable que ni las relaciones jurídicas formales, como el matrimonio o la convivencia, o de afecto informal como una relación pasajera, inmunizan frente al ejercicio de la violencia. Ninguna de esas condiciones existentes previamente, abrogan o mitigan el delito.

La violación, en cualquier circunstancia, es un atentado a la dignidad humana, vulnerador del artículo 1° de la Constitución, puesto que afecta la libre e igual dignidad. Nadie pertenece a otros, no existe subyugación económica, supremacía física o cualquier intento de reivindicar una determinada superioridad cultural que pueda ser jamás fuente justificadora de un acto de esta naturaleza.

CUADRAGÉSIMO.- Pero este caso tiene una particularidad especial si examinamos la igualdad ante la ley en el delito de violación. La primera justificación de una diferencia debería basarse en una cierta oposición relacional: esto es igual o desigual en relación con otro derecho.

Sin embargo, es una contradicción insalvable ser algo y ser lo otro al mismo tiempo. Un examen judicial exige verificar todos los elementos concurrentes de un tipo penal. De este modo, un delito de violación es igual a otro delito de violación no importando el lugar de la comisión del delito. Una violación es igual a otra sin importar la identidad de la víctima.

Pero todo es distinto si el hecho se comete en Isla de Pascua por un pascuense.

El mismo tipo delictivo, el mismo sujeto activo, la misma víctima exigen un tratamiento único en todo tiempo y lugar, salvo cuando se justifique la diferencia.

Sin embargo, un elemento no integrante ni constitutivo del delito se interpone para transfigurar la realidad transformándola parcialmente. Las violaciones son todas iguales a otras, pero son distintas al mismo tiempo siempre que eso ocurra a 3.770 kilómetros de Santiago. ¿Es eso justificación suficiente?

CUADRAGESIMOPRIMERO.- Para poder responder esa pregunta, ya no basta con desmentir la existencia de alguna costumbre pascuense, la que fue desestimada por sus autoridades tradicionales. Sin embargo, habrá que examinar alguna dimensión sociológica en Isla de Pascua.

La violación es un delito preferentemente de género, aunque no excluyente de otras víctimas. La prevalencia implica que afecta predominantemente a las mujeres. Sin embargo, la propia ley puede propiciar conductas permisivas que agravan esta perspectiva de género.

Según estadísticas de la Subsecretaría de Prevención del Delito, la tasa de denuncias por delito de violación, por cada 100.000 habitantes entre 2015 y 2019 es la siguiente:

Tasa de denuncia por delito de violación, cada 100.000 habitantes, 2015-2019



Unidad territorial	2015	2016	2017	2018	2019
Total país	13,5	13,8	14,1	16,6	19,5
Región de Valparaíso	11,0	12,8	12,5	15,8	19,3
Comuna de Isla de Pascua	55,3	40,3	13,1	12,7	49,5

Fuente: Subsecretaría de Prevención del Delito.

Por otra parte, la tasa de denuncias de violencia intrafamiliar a mujer es la siguiente:

Tasa de denuncia por violencia intrafamiliar a mujer, cada 100.000 habitantes, 2015-2019

Unidad territorial	2015	2016	2017	2018	2019
Total país	419,5	400,0	383,6	357,6	380,9
Región de Valparaíso	425,1	392,6	370,3	342,0	362,3
Comuna de Isla de Pascua	1.520,4	1.262,9	1.791,3	978,4	1.350,2

Fuente: Subsecretaría de Prevención del Delito.

Estos resultados no son concluyentes, ya que para ello sería necesario examinar cada una de las comunas del país, pero sí dan cuenta de la situación de desprotección de la mujer en la Isla Rapa Nui, situación que ha motivado que diversas agrupaciones de isleños hayan manifestado la necesidad de derogar los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441. Ello ha derivado en una solicitud de la Mesa Social de Rapa Nui, constituida el año 2018, para modificar dichos artículos.

Así, mediante resolución exenta N° 74, de 2020, se dio inicio al proceso de consulta respecto de las medidas relativas a introducir modificaciones y/o derogaciones de los citados artículos. Dicha consulta se encuentra suspendida por razón del estado de excepción constitucional vigente.



Por último, el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en su informe anual de 2018, sentenció que la Ley N° 16.441, con sus artículos 13 y 14, “se ha convertido en un obstáculo para que la violencia contra la mujer pueda ser abordada de manera adecuada y ha constituido una barrera para que los programas de SERNAMEG, de sensibilización a las mujeres sobre el tema y sus derechos, sean efectivos” (p. 51).

CUADRAGESIMOSEGUNDO.- Cuando uno tiene estas realidades que implican, más allá de los casos individuales, una representación de las vulnerabilidades que nacen desde una ley y que ponen en cuestión un determinado estereotipo. Eso nos plantea el problema de la violencia contra la mujer y la necesidad de garantizar una vida libre de la misma.

“Por “violencia contra la mujer” se entiende “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada” [Naciones Unidas, Asamblea General (20 de diciembre de 1993), Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, A/48/104, art. 1].

En este orden de ideas, la CEDAW, de la cual Chile es parte, impone a los Estados Partes la obligación de “[d]erogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer” [art. 2, letra g)]. Asimismo, establece que los Estados Partes “tomarán todas las medidas apropiadas para: “Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

CUADRAGESIMOTERCERO.- En cuanto a la Convención de Belém do Pará, de la cual Chile también es parte, la Corte IDH, en Veliz Franco y otros Vs. Guatemala, sostuvo “[l]a Corte recuerda que en casos de violencia contra la mujer las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. En su artículo 7.c la Convención de Belém do Pará obliga a los Estados Partes a adoptar la normativa necesaria para investigar y sancionar la violencia contra la mujer. En estos casos, las autoridades estatales deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva una vez que tomen conocimiento de los hechos que constituyan violencia contra la mujer, incluyendo la violencia sexual. De tal modo, que ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la



violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección” (Corte IDH, sentencia de 19.05.2014, en el caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala, c. 145).

Asimismo, la Corte IDH “reitera que la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia” (Corte IDH, sentencia de 19.11.2015, caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala, c. 176).

CUADRAGESIMOCUARTO.- Por consiguiente, la sanción penal por delitos sexuales cometidos contra la mujer constituye una herramienta más para la erradicación de todas las formas de violencia contra la mujer, tanto desde la perspectiva de la disuasión de la conducta delictiva, así como de la del reproche penal que merece. En este sentido, las estadísticas oficiales sobre tasa de denuncias por delitos de violación y por violencia intrafamiliar en Isla de Pascua alertan sobre una situación deficitaria en materia de protección de la mujer y, particularmente, de la mujer indígena frente a la violencia de género. Esta dimensión se agudiza tratándose de espacios geográficos tan limitados y concentrados como una isla, los que en aplicación del artículo 14 de la Ley 16.441, en un cumplimiento penal prácticamente en medio libre, supone una inmanencia del agresor sobre su víctima.

Esto justifica la particular atención que ha tenido este caso y que se manifiesta en el conjunto de presentaciones realizadas en esta causa y, particularmente, en el hecho de tratarse de un requerimiento de inaplicabilidad judicial, puesto que este es el inicio de cumplimiento del deber estatal de respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (artículo 5º, inciso 2º, de la Constitución).

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 2º, 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 2° 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 ó 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 N°s. 28, 53 y 219)” (STC 1365, c. 29º). 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 2°, 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 2° y 3° de la Constitución.

QUINCAGESIMOPRIMERO.- De acuerdo a lo expuesto anteriormente, los motivos de la disminución de las penas aplicables por delitos sexuales y la posibilidad de cumplir la pena parcialmente en libertad, dispuestas por los preceptos legales impugnados, se atribuyen a la costumbre del pueblo indígena rapanui. En este orden de ideas, el artículo 54 de la Ley N° 19.253 contempla una referencia a la costumbre "en la medida que sea hecha valer en juicio" y "que no sea incompatible con la Constitución", y servirá como "antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad", debiendo probarse esa costumbre. Sin embargo, la legislación de la Ley N° 16.441 no contempla prueba alguna y, por tanto, establece un beneficio puro y duro que exige a los imputados de etnia rapanui de probar algo, puesto que se traduce en reglas posteriores y automáticas al juzgamiento. Operan con posterioridad a un juicio con debido proceso y sólo aparecen al momento de estimar la penalidad específica y el régimen de cumplimiento. Sobre ellas no hay opción de debatirlas como es el caso de las costumbres penales en los procesos que involucran a miembros de otros pueblos indígenas. En consecuencia, ni siquiera satisfacen estándares legales de nuestra legislación especialmente aplicable a los pueblos originarios.

De este modo, no tiene racionalidad y configura una diferencia arbitraria. No tiene racionalidad basada en una fuente de derecho como la costumbre. Tampoco tiene racionalidad penal porque no está dispuesta al servicio de ningún procedimiento procesal penal. No se trata de una rebaja que permita una investigación racional y justa. No está dispuesta como un régimen de prueba.

Carece del sentido de justicia que le permita al juez realizar valoraciones normativas sobre una conducta. Todo lo contrario, se impone sobre todo el proceso definiendo un privilegio a todo evento, basado en consideraciones carentes de justificación por sí mismas y que determinan que la justicia es más igual para unos que para otros. Este no es un beneficio. Es un privilegio, los que en Chile están constitucionalmente interdictos: "En Chile no hay persona ni grupo privilegiados". Mantener la regla del artículo 13 de la Ley N° 16.441 importa defender una diferencia insostenible en el siglo XXI con valoraciones universales que vienen desde la dignidad humana, la igualdad de género y la armonía colectiva e intercultural.



7. El multiculturalismo y una tradición antropológica que no reivindica la violencia sexual

QUINCAGESIMOSEGUNDO.- Especificaremos aún más el ejercicio de la fundamentación constitucional de la igualdad. Si bien hemos descartado la presencia de un objetivo constitucionalmente legítimo, sabemos que la tendencia al reconocimiento de la dimensión cultural de un pueblo originario implica sostener por qué debe ser tratado distinto.

Si bien hemos considerado que no hay una costumbre jurídica indígena, se podría estimar que detrás de la norma hay una manifestación cultural que debe estatalmente respetarse en nombre de la “integración armónica de todos los sectores de la Nación” (inciso final del artículo 1° de la Constitución).

Para ello, habría que identificar una antropología que integrara dicho contenido. Realizaremos una digresión sobre esa dimensión en una comparación con un tratamiento penal favorable en el caso de los menores de edad.

QUINCAGESIMOTERCERO.- Hemos sostenido que el Derecho Penal es un derecho que realiza valoraciones sobre actos u omisiones y no sobre personas. Ejemplificamos, que los casos que alude a tratamientos penales favorables relativos a colectivos se reducen a personas inimputables por problemas mentales y a los menores de dieciocho años de edad.

En este último caso, el tratamiento más benigno de los niños, niñas y adolescentes (NNA) por el legislador penal obedece a un conjunto de criterios psicológicos, sociales, filosóficos, morales y normativos.

En cuanto a los dilemas jurídicos, esta propia Magistratura ha estimado que todo el sistema de responsabilidad penal adolescente debe estar guiado por el cumplimiento del principio del interés superior del niño (STC 786, c. 27°).

Todos los otros ámbitos explican ese principio. Podemos condensar una determinada antropología: la convicción pedagógica que se encuentran en una fase de desarrollo evolutivo. Esta antropología tiene raíces muy profundas en la dimensión del desarrollo cognitivo (Piaget, Kohlberg, etc.). Tiene expresiones psicosociales [Rutter, Michael, Giller, Henri y Hagell, Ann (2000), *La conducta antisocial de los jóvenes*, Cambridge] y con amplios estudios sobre nuestra región [García Méndez, Emilio (1993), *Infancia y ciudadanía en América Latina*, Editora Córdoba, Argentina, por poner algunos ejemplos]. De hecho, es prácticamente innecesario seguir sosteniendo este argumento, la pregunta es ¿qué antropología permitiría apoyar la violencia sexual como un componente cultural indígena?

QUINCAGESIMOCUARTO.- El cuestionamiento realizado a estas normas puede ser interpretado como un ejercicio desde una “cultura homogénea” que desconoce la dimensión diferenciada de la cultura indígena.



Esta interpelación desde el multiculturalismo ha sido reflejada por muchos autores [Kymlicka, Will (1996), *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Buenos Aires]. Tras esta discusión se vertebran ejes más significativos sobre la anulación de las particularidades valiosas que se asoman en la tradición de las naciones, países y pueblos. Tienen que ver con la identidad moderna [Taylor, Charles (1996), *Las fuentes del yo*, Paidós, Buenos Aires]. Con la necesidad de limitar la lectura puramente liberal de una élite modernizadora [Sandel, Michael (2000), *El liberalismo y los límites de la justicia*, Gedisa, Barcelona]. Con el surgimiento de un actor colectivo que es la comunidad que aparece como un refugio [Bauman, Zygmunt (2003), *Comunidad*, Siglo veintiuno de Argentina]. Comunidad que importa riesgos autoritarios y afectaciones sobre la primacía del bien [Thiebaut, Carlos (1992), *Los límites de la comunidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid]. Todo este debate, debidamente documentado para el ámbito nacional [Bick, Mimi (1994), *El debate entre liberales y comunitaristas*, Universidad Nacional Andrés Bello; Navarrete, Jorge (2006), *Liberales y comunitaristas*, Universidad Bolivariana, entre otros].

Siendo una discusión que supera con largueza el problema normativo planteado, a lo menos, se pueden reflejar algunas de las líneas que exigirían una antropología rapanui. La dimensión de las valoraciones en una vida no son el resultado de un ejercicio neutral sobre los individuos, sino que se transmiten mediante procesos culturales que incorporan una defensa de una determinada cosmovisión. En tal sentido, el reflejo del lenguaje y de las costumbres revelan una cierta unidad narrativa de la vida que incorpora esas valoraciones entendidas como un bien por un determinado pueblo.

QUINCAGESIMOQUINTO.- No dudamos que la violencia y la depredación sexual atenta contra los valores civilizatorios que defendemos con Constituciones y tratados de derechos humanos o sin ellos. Es un tipo de violencia que repudiamos por ser contraria al concepto mismo de respeto por la dignidad humana.

La defensa del particularismo de la cultura, costumbres y autoridades indígenas supone discernir que tal defensa singular respeta condiciones y valoraciones universales sobre las cuales se asienta la vida colectiva en democracia. Por lo mismo, una agresión sexual como la violación, no solo no es parte de una costumbre indígena, sino que repudia el núcleo de la dignidad humana, los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales reconocidos y vigentes en Chile, de un modo tal que no admiten particularidad alguna.

En todo el presente expediente constitucional no hay antecedente alguno que permita concebir que la violencia sexual hace parte de una determinada cultura. Justamente, hechos que dividen y son repudiados debilitan la tradición. No es posible pensar que esta violencia se inspira en alguna superioridad de género o raza. Careciendo toda esta cuestión de alguna defensa antropológica propiamente rapanui entendemos que rechazar estos preceptos hace más fuerte la tradición cultural



rapanui. La violencia y la depredación sexual no hace parte de su cultura y la eliminación de todas las formas de discriminación y violencia contra las mujeres fortalece los valores culturales de este pueblo. La evolución histórica y normativa a lo largo de casi seis décadas desde la Ley N° 16.441, reafirman, ahora en un sentido antropológico, que no es posible justificar tamaña diferencia en ningún valor constitucional ni en una integración armónica que omita los valores universales de la dignidad humana, la libertad sexual y su indemnidad y la igual aplicación de la justicia.

8. El artículo 14 de la Ley N° 16.441: el debate sobre su derogación

QUINCAGESIMOSEXTO.- Hemos centrado el análisis en el artículo 13, aislando la correspondiente reflexión sobre el artículo 14 relativa a las condiciones establecidas en una sentencia condenatoria y a la ejecución de la pena permitiendo que *“hasta dos tercios de ellas puedan cumplirse fuera del establecimiento carcelario”*. Hay que hacer notar que esta regla, a diferencia del artículo 13 ya tantas veces mencionado, no se restringe a los naturales de la Isla, sino que aplica a todo tipo de los delitos cometidos en el lugar.

Ya hemos indicado que el reproche no solo se refiere a la gravedad del delito mismo, sino que a la circunstancia de aquí opera un “privilegio sobre un beneficio”, multiplicando el sentido de afectación de los derechos de las víctimas. Tal era el sentido del artículo 14 de la Ley N° 16.441.

En este apartado despejaremos dos cuestiones. Primero, el dilema de la preferencia por medios no privativos de libertad en el ámbito de la normativa indígena. Y, en segundo lugar, la vigencia del artículo 14 de la Ley N° 16.441.

QUINCAGESIMOSÉPTIMO.- El artículo 10.2 del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas mandata que cuando se impongan sanciones penales previstas en reglas generales *“deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”*.

De este modo, *prima facie* el artículo 14 de la Ley N° 16.441 parece coherente con el mandato del artículo 10.2 del Convenio N° 169 de la OIT. Sin embargo, antes de definir nuestro criterio nos ceñiremos a las conclusiones del organismo técnico en la materia: la Comisión Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi).

En su informe a esta Magistratura nos indica que el artículo 10 no es una norma autoejecutable de un modo directo puesto que se exige la mediación del legislador para definir, con la flexibilidad exigida por el artículo 34 del Convenio N° 169 de la OIT, *“teniendo en cuenta las características propias de cada país”*, el modo en que se dará la preferencia indicada, según los tipos de delitos, su gravedad o su reinserción. Y, por lo mismo, *“por sí solo carece de suficiente densidad normativa para que su*



aplicación resulte conforme a las exigencias de determinación del artículo 19 N°3 de la Constitución. La disposición no distingue el tipo de delitos, las penas alternativas deseables ni los requisitos para su procedencia" (fs. 1051 y 1051 de este expediente constitucional).

QUINCAGESIMOCTAVO.- Sobre el artículo 10.2 del Convenio N° 169 de la OIT, el Tribunal Constitucional se pronunció encuadrando la constitucionalidad de este precepto en el marco del artículo 19, numeral 3°, según lo expuso la Conadi.

La interpretación realizada indica que "finalmente, en cuanto el artículo 10° N° 2°, del Convenio dispone que los tribunales, al sancionar a miembros de los pueblos indígenas, deberán dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento, debe entenderse dicha norma dentro de lo que estrictamente la Constitución y la ley ponen en la esfera de la competencia del juez. A propósito de ello, debe reiterarse lo dispuesto por el artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental, en cuanto expresa que: "Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado" (STC 309/2000, c. 60°).

QUINCAGESIMONOVENO.- No obstante lo dicho, esta interpretación es genérica respecto del Convenio, pero del mismo se deducen elementos que no están presentes en el siguiente caso.

Debemos recordar que la base de aplicación de estas normas, implica demostrar que nos encontramos frente a una costumbre penal indígena, la que hemos acreditado, sea en el marco de la Ley N° 19.253 como en el Derecho Penal Indígena Latinoamericano, que simplemente no se corresponde con los estándares normativos especiales ni se puede asimilar a los mismos.

En consecuencia, la regla del artículo 14 de la Ley N° 16.441 no se ajusta a los mandatos del artículo 10 del Convenio N° 169 de la OIT, tanto porque ésta no es una norma autoejecutable y porque aquélla no es su ejecución, por una cuestión temporal como por corresponder con un mandato grueso y sin matices, que no se coordina con todas las garantías exigibles desde el artículo 19, numeral 3° de la Constitución.

SEXAGÉSIMO.- Adicionalmente, tanto por la vía de los escritos como en la vista de la causa se sostuvo que el artículo 14 de la Ley N° 16.441 estaría derogado a partir de lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley N° 20.603 (Diario Oficial del 27 de junio de 2012), que estableció el impedimento de sustitución de la pena para el delito de violación, entre otro conjunto específico de delitos.

En tal sentido, corresponde reconocer que no se trata solo de una afirmación de personas que reprochan el artículo 14, sino que también se vinculan al organismo técnico que cautela los intereses de los pueblos originarios. Es así como la Conadi, sostiene que el artículo 14 hay que interpretarlo en el contexto de la Ley N° 18.216 que establece las modalidades alternativas de penas y sus requisitos (fs. 1040 y 1051 de este expediente constitucional).



Asimismo, la Defensoría Penal Pública, quién representa al imputado (fs. 173 del expediente), en los alegatos reconoció, a través de su representante, que se trataría el artículo 14 de la Ley N° 16.441, de una norma modificada con posterioridad por la Ley N° 20.603, ratificando su derogación.

Como corresponde este dilema a una simple derogación por el legislador, es una cuestión del juez de fondo decretarla no siendo competente esta Magistratura en dicha determinación.

9. El dilema sobre la ley penal más favorable

SEXAGESIMOPRIMERO.- Una última determinación dice relación con la consideración acerca de la presencia de una supuesta ley penal más favorable en el sentido de que los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 establecen normas más benignas que las reglas permanentes del Código Penal.

El inciso octavo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución dispone que “[n]ingún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.”

A su turno, el artículo 18 del Código Penal mandata que *“[n]ingún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. / Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento. / Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte. / En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades”.*

Esta Magistratura ha adoptado criterios interpretativos sobre estas reglas constitucionales y legales, aunque, especialmente, en la STC 2673 y sobre ella se definirá algunos elementos adicionales. En una de esas consideraciones se estima que “al decir del profesor Cury Urzúa, una nueva ley es más favorable para el procesado no sólo cuando suprime o disminuye directamente la punibilidad del hecho por el que se lo juzga, sino también cuando consagra eximentes de responsabilidad penal o atenuantes que lo benefician, cuando suprime agravantes que lo perjudicaban, cuando reduce los plazos de prescripción o modifica la forma de computarla de manera que resulta alcanzado por ella, o cuando altera la descripción del delito (el tipo delictivo), agregándole exigencias que no concurrían en la conducta por la cual se lo procesa. (Ver Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal*. Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile, séptima edición ampliada, Santiago, 2005, pág. 229.) El in dubio pro reo, en cambio, es una manifestación del principio de inocencia, como lo ha expresado este Tribunal en la STC Rol N° 739/2007, c. 8°, como una regla de juicio o de valoración de la prueba *en cuya virtud el imputado*



no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado. Esto es, en la duda, la decisión definitiva debe ser la más favorable al acusado, incluyendo, por cierto, su absolución” (STC 2673, c. 57°)

SEXAGESIMOSEGUNDO.- En este caso, esta Magistratura ha determinado una interpretación de la acción de inaplicabilidad conducente a la inaplicación de los artículos 13 y 14 de la Ley ° 16.441, aunque con motivos diferentes.

De este modo, no se trata de un dilema de derecho intertemporal en cuanto concurre una reforma legal mientras se está juzgando un proceso penal antes de una condena, sino que el modo en que se ha razonado, se genera un efecto más perjudicial para la persona que está siendo juzgada en sede penal. En consecuencia, con ocasión de esa interpretación constitucional se declara la inaplicabilidad de un precepto legal que “resulte contrario a la Constitución” (numeral 6° del artículo 93 de la Constitución), porque establece un privilegio que afecta los artículos 1° y 19, numerales 2° y 3° de la misma Carta Fundamental.

SEXAGESIMOTERCERO.- Es evidente que la determinación sobre el juicio penal mismo y la aplicación de la ley en el tiempo (especialmente del artículo 14 de la Ley N° 16.441) es una cuestión de legalidad, de resorte del juez de fondo, y respecto de la cual rige en plenitud el principio pro reo, en garantía de su presunción de inocencia. No obstante, dicho elemento no se vincula indisolublemente a la presencia o no de una ley penal más favorable.

V. APLICACIÓN DE CRITERIOS AL CASO CONCRETO

SEXAGESIMOCUARTO.- A partir de los criterios indicados corresponde aplicarlos al caso concreto.

Se trata del caso de una violación realizada por un pascuense en la Isla de Pascua a una mujer del continente. La defensa de la Defensoría Penal Pública se basa en los mencionados artículos reprochados, aunque ha matizado la vigencia del artículo 14 de la Ley N° 16.441 en el presente expediente constitucional. Por ello, ofreció como prueba el certificado de Conadi que acredita la condición de natural de Isla de Pascua del acusado. Por su parte, el Ministerio Público solicitó la exclusión de esa prueba.

Por lo mismo, esta Magistratura se ha planteado si nos encontramos propiamente frente a una aplicación de una costumbre penal indígena la que ha desestimado por variadas razones.

Básicamente, porque ni la Historia de la Ley N° 16.441 ni la autoridad tradicional rapanui lo consideran así. Asimismo, cabe tener presente que en este caso existe una fuerte presunción de que los preceptos impugnados se encuentran tácitamente derogados, por efecto de la Ley N° 19.253, posterior a la Ley N° 16.441,



que en su artículo 54 regula expresamente la posibilidad de hacer valer como derecho la costumbre indígena y las condiciones para que ello opere, en relación con el artículo 13 de la Ley N° 16.441 y de la Ley N° 20.603, respecto del artículo 14 del cuerpo legal tantas veces reseñado.

En segundo lugar, no siendo costumbre penal indígena, tampoco se trata de un elemento cultural que se concilie con la Constitución, especialmente, con el deber estatal de promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación. Es muy relevante el hecho de que a la primera oportunidad que se tuvo para describir la mencionada clave cultural fracasó estrepitosamente, a fs.675 y siguientes. Esa descripción, pretendiendo reflejar un valorable multiculturalismo general, simplemente no describió ninguna tradición antropológica sostenible. El propio Consejo de Ancianos debió desestimarla rotundamente, a fs. 1004 y 1006 y siguientes. Es evidente, en concepto de la autoridad tradicional, que no es posible reivindicar la violencia y depredación sexual como parte de la costumbre, tradición o cultura del pueblo rapanui.

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

En cuarto lugar, el artículo 13 de la L. 16.441 establece un beneficio penal excepcionalísimo e incompatible con el artículo 54 de la Ley N° 19.253. Se trata de un beneficio que se confronta con la discrecionalidad del legislador penal de establecer una rebaja del marco penal asociado siempre a conductas u omisiones que se fundan en algún interés penal reconocible. En el presente caso es excepcionalísimo porque se vincula al sujeto pasivo sin ningún tipo de funcionalidad penal. Se le beneficia porque sí. No porque colaboró para reparar el mal causado; desbaratar una organización criminal; por el grado de consumación del delito o por una eximente o atenuante que debe acreditar. Aquí basta constatar que se trata de una persona rapanui: esto es, una versión del derecho penal de autor, pero contra las víctimas, predominantemente, mujeres y en este caso, concretamente mujer.

En quinto lugar, por lo mismo este beneficio excepcionalísimo es un privilegio del artículo 13 en materia sexual, el que supone una determinada supremacía de género incompatible con la igualdad ante la ley y la dignidad de las personas. Por esto mismo, es incompatible con el artículo 19, numeral 2°, de la Constitución porque establece un “privilegio” cuando en Chile “no hay persona ni grupo privilegiados”.



Este privilegio no es justificable y no pudo fundarse en una particularidad del pueblo rapanui con lo cual el legislador estableció una “diferencia arbitraria”, vulnerando el artículo 19, numeral 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, numeral 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.

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.

Afecta la tutela judicial doblemente. Primero, porque los preceptos legales impugnados establecen una diferencia entre mujeres. Esta diferencia se manifiesta porque la ley penal protege de mejor manera a las mujeres agredidas sexualmente por chilenos en el continente que a las mujeres agredidas sexualmente en Isla de Pascua por personas de la etnia rapanui, dado que, en el primer caso, se sanciona con una pena más alta y, en el caso de la violación, se veda el acceso a una pena sustitutiva. Y, en segundo lugar, esta mayor protección de la ley se considera tanto desde el punto de vista de la valoración que el legislador hace de la conducta (reproche penal) como de la potencialidad disuasoria que la imposición de la sanción genera en la sociedad.

En consecuencia, estas reglas afectan el artículo 19 N° 2 de la Constitución en relación con el artículo 19, numeral 3° de la misma puesto que no solo no existe un fin constitucionalmente legítimo que lo sustente, sino que desprotege objetiva y subjetivamente a toda una categoría de personas, preferentemente mujeres, lo que se traduce en las afectaciones constitucionales denunciadas.

SEXAGESIMOQUINTO.- En consecuencia, sirvan estos argumentos para acoger el presente requerimiento, según las 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).

Estas argumentaciones, sin perjuicio de las cuestiones de legalidad propias del juez de fondo, deberán ser consideradas en la gestión pendiente y concluyendo con el cese de la privación de derechos y libertades del artículo 19 de la Constitución definidos por esta Magistratura.



Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- I. QUE SE **ACOGE** EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 13 Y 14 DE LA LEY N° 16.441, QUE CREA EL DEPARTAMENTO DE ISLA DE PASCUA, A OBJETO DE QUE TENGA INCIDENCIA DECISIVA EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1901075741-2, RIT 426-2019, SEGUIDO ANTE EL JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA DE RAPA NUI-ISLA DE PASCUA, EN ACTUAL CONOCIMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE VALPARAÍSO BAJO EL RIT 142 – 2020.
- II. QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA. OFÍCIESE AL EFECTO.

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra del Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, quien estuvo por **rechazar** el requerimiento, por las siguientes razones:

1°. El juez de Hanga Roa (Isla de Pascua) solicita que este Tribunal declare (u ordene) que no es posible aplicar en el proceso seguido contra un integrante de la etnia Rapa Nui acusado de violación los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441. Estos preceptos contemplan un tratamiento punitivo más favorable que el existente en el resto del país. En efecto, el primero establece una pena privativa de libertad rebajada y, el segundo, la posibilidad de cumplir la pena fuera del recinto carcelario habiendo transcurrido una menor cantidad de tiempo.

2°. Concuero 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 y que, como consecuencia, haga aplicables retroactivamente disposiciones que perjudican al imputado.

3°. La inaplicabilidad decretada por este Tribunal modifica de una forma tal el sistema legal susceptible de ser aplicado por el juez del fondo en este caso concreto, que resulta incompatible con el derecho constitucional que se le asegura a toda persona de que “[n]ingún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado” (artículo 19, N° 3°, inciso octavo).

4°. Este principio en virtud del cual no se puede aplicar una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito ha estado presente, con diversas redacciones, desde los albores de nuestra república y goza de un amplio reconocimiento normativo a nivel interno e internacional.

A nivel constitucional, la irretroactividad de la ley penal apareció tempranamente consagrada en el artículo 122 de la Constitución de 1823 y, luego, en el artículo 133 de la Constitución de 1833 y en el artículo 11 de la Constitución de 1925. A nivel legal, el Código Penal incorporó dicho principio desde su promulgación en 1874 (artículo 18) y ha sido reconocido en diversos tratados internacionales multilaterales, dos de ellos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico: la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica” de 1969 (artículo 9) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 15).

5°. El relajamiento en la aplicación de este principio fundamental del Estado de Derecho es algo muy peligroso. Ha habido momentos históricos en que la relativización o el desconocimiento de dicha regla ha estado aparejada de nefastas consecuencias. El destacado jurista alemán Claus Roxin (*Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Madrid: Civitas, 1997, p. 143) recuerda que en su país “en 1935 el legislador nacionalsocialista la cambió por un texto que declaraba que también era lícito castigar ‘según la idea básica de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo’” y que “[l]a Unión Soviética abolió en 1917 el principio *nullum crimen*, pero en 1958 retomó al principio de legalidad, siendo seguida por todos los Estados socialistas de entonces”.

6°. No estamos en presencia de un tema de ponderación de derechos fundamentales en conflicto. La norma que establece la irretroactividad de la ley penal es un regla más específica y precisa que aquella que establece la prohibición de que la ley establezca diferencias arbitrarias. Y si ha de buscarse una solución que busque la optimización de ambos derechos, ésta no se logra impidiendo la aplicación de la regla penal aludida en un caso concreto.

7°. Es importante tener presente que el efecto de una declaración de inaplicabilidad es diferente al de una derogación por acto legislativo, en cuyo caso el juez penal todavía podría aplicar los preceptos derogados si estos se encontraban vigentes al momento de la comisión del delito. Lo anterior sería posible en virtud,



precisamente, de la regla constitucional y legal que prohíbe la aplicación retroactiva de leyes que establezcan penas desfavorables y las permite en caso que sean más favorables al imputado.

Una sentencia estimatoria de inaplicabilidad tiene un efecto directo y singularizado que impide que el juez penal tenga espacio para realizar una comparación entre dos posibles regímenes legales: los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 por un lado y las normas legales correspondientes al régimen de aplicación general en nuestro país. No hay posibilidad jurídica alguna de que el juez pueda dar aplicación a los preceptos que este Tribunal ha declarado inaplicable. Con la dictación de esta sentencia de inaplicabilidad la Constitución ya ha “hablado” en lo que respecta a la aplicabilidad de tales preceptos. No puede volver a hablar nuevamente en boca de un tribunal penal. Dicha discusión está zanjada respecto de la causa judicial específica.

Lo pretendido por el requirente y por quienes actuaron a favor del acogimiento de la acción de inaplicabilidad es que el imputado por el delito de violación no pueda beneficiarse por el tratamiento punitivo menos severo contemplado en los dos artículos ya mencionados de la Ley N° 16.441. La mayoría de los Ministros ha considerado que el tratamiento punitivo especial comparativamente más benevolente con el imputado que dicho régimen legal establece es la causa de un estado de situación indeseable que pugna con la igualdad ante la ley.

8°. Quien suscribe este voto disidente reitera que ésta no es la vía para enmendar la diferenciación arbitraria ínsita en los preceptos legales. Son los órganos colegisladores quienes tienen la llave para corregir dicho régimen legal especial. Hacerlo por la vía de una sentencia estimatoria de inaplicabilidad que tiene como efecto contrariar específica y directamente la regla constitucional reconocida en el artículo 19, N° 3°, inciso 8°, es improcedente. Incluso los criminales tienen derechos constitucionales. En la especie, que se les garantice ser castigados de acuerdo a las leyes vigentes en el momento de la perpetración del delito, impidiendo que con posterioridad se le perjudique por aplicación de normas legales que les resulten desfavorables.

Parafraseando a Roxin (ob.cit. p. 161), la prohibición de retroactividad busca evitar que se caiga en la tentación de introducir o agravar a posteriori las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables. Impedir que se produzcan tales efectos como consecuencia de las emociones del momento es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho.

Me temo que la dictación de este fallo, del cual disiento, está pasando por alto dicha garantía.

POR TANTO, teniendo en consideración las razones expresadas en este voto de minoría, el requerimiento de autos ha debido rechazarse.



PREVENCIONES

Se previene que los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, estuvieron por concurrir a la decisión de acoger el requerimiento, teniendo presente únicamente lo que sigue:

1°. 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;

2°. 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;

6°. Que, el precepto constitucional, base de esta prevención, pertenece al catálogo axiológico de la Institucionalidad contenida en la Carta Fundamental, que se vincula directamente con la igualdad en dignidad y derechos que tienen las personas desde su nacimiento, que proclama el artículo 1° de la Carta Fundamental. De manera que, cualquiera circunstancia que denote favorecimiento a individuos o asociaciones se encuentra vedado constitucionalmente, como lo han indicado numerosas sentencias de este Tribunal en este sentido;

7°. Que, en el caso considerado un sujeto natural de la Isla de Pascua ha sido acusado del delito de violación, figura penal prevista y sancionada en el artículo 361 N°1 del Código Penal, acción consumada en el territorio de la Isla, solicitando el Ministerio Público se le condene como autor del referido delito a las penas de 15 años de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales;

8°. Que, consta en la acusación del ente persecutor que al imputado le favorece una circunstancia atenuante y le perjudican tres circunstancias agravantes, lo cual hace que, de considerarse culpable del delito por el que se le acusa, el Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso deberá hacer su compensación racional, graduando el valor de las mismas, según prescribe el Código Penal, y que de tener aplicación el artículo 13 de la Ley N°16.441, necesariamente el tribunal señalado tendrá que aplicar la pena rebajada en un grado de su minimum, no teniendo lugar las circunstancias modificatorias de responsabilidad establecidas en los artículos 11 y 12 del Código Punitivo. En consecuencia, se está ante un privilegio que la Constitución Política de la República no tolera;

9°. Que, lo precedente dice relación con la determinación de la pena, lo que provoca que, además la disposición legal citada vulnere el artículo 76 constitucional, considerando que los jueces del fondo están impedidos de aplicar la pena asignada al delito, que en el caso de la violación es de presidio mayor en su grado mínimo a medio, esto es, de 5 años y un día a 15 años, teniendo, por la fuerza de la ley que rebajarla en un grado, es decir, de imponer una pena ella deberá ser la de presidio menor en su grado máximo. Esta situación ocasiona que los jueces vean sus atribuciones jurisdiccionales disminuidas y, por ende, que el precepto legal resulte en el caso concreto contrario al texto fundamental;

10°. Que, en cuanto al cumplimiento de la pena, el artículo 86 del Código Penal expresa, que *“Los condenados a penas privativas de libertad cumplirán sus condenas en la clase de establecimientos carcelarios que corresponda en conformidad al Reglamento respectivo”*. En este mismo sentido, los artículos 467 y 468 del Código Procesal Penal especifican que las penas se ejecutarán en la forma señalada en el Código Criminal y en Párrafo 2° del Título VIII del Libro IV del mismo código, que reiteran el cumplimiento de las penas privativas de libertad en el establecimiento penitenciario



correspondiente. Estas reglas se alteran por el artículo 14 de la Ley N°16.441, en tanto faculta al Tribunal disponer que hasta dos tercios de la pena privativa de libertad se cumpla fuera del establecimiento carcelario, debiendo especificar las condiciones de trabajo y residencia del condenado y la duración del beneficio. Esta disposición constituye otro privilegio reñido con lo establecido en el artículo 19 N°2 que declara que en Chile no hay persona ni grupo privilegiados;

11°. Que, existe otro aspecto a considerar que pone más de manifiesto el privilegio contenido en el precepto legal objetado, relativo al cumplimiento de la pena. Y es que, conforme al inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.216, que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, a los autores del delito consumado, previsto y sancionado en el artículo 361 del Código Penal, entre otros delitos, se les prohíbe el acceso a penas sustitutivas. Por el contrario, baste que el sujeto activo del delito de violación sea natural de la Isla y la comisión del mismo haya ocurrido en su territorio, para que el Tribunal competente pueda disponer que los dos tercios de la pena impuesta, privativa de libertad, sea cumplida en el medio libre;

12°. Que, en consideración a lo expresado precedentemente, los artículos 13 y 14 de la Ley N°16.441 resultan contrarios a la Constitución, en el caso concreto, por lo que el Tribunal Oral en lo Penal competente deberá inhibirse de aplicar las disposiciones legales impugnadas por el Juez Titular del Juzgado Mixto de Rapa Nui-Isla de Pascua en el juicio oral que se lleve a efecto en contra de Dalton Daniel Paoa Araki.

Se previene que el Ministro señor NELSON POZO SILVA, concurre a la decisión por acoger el presente requerimiento, agregando las siguientes consideraciones:

I.- Generalidades

1°. Que de manera previa cabe externalizar que la legitimación de la violencia estatal concierne sobre todo a la táctica del Estado en materia de control social y, dentro de dicho ámbito, a su parte formalizada: el sistema penal. De forma preclara Sergio Politoff señaló “los límites de la pretensión de legitimidad de la violencia se hacen más o menos extensos según sea el modelo de “racionalidad material” que se proponga como base de la táctica política del Estado” (Sergio Politoff, Sistema Jurídico- Penal y Legitimación Política en el Estado Democrático de Derecho, en Revista Chilena de Derechos Humanos, N°11, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Noviembre de 1989, p. 6).

Si bien, en ese sentido, puede resultar útil confrontar las tradiciones ideológicas opuestas sobre legitimación de la violencia y la resonancia de ellas en el



sistema penal, no resulta pertinente en este laudo extendernos sobre el modelo amigo-enemigo, ni sobre los autoritarismos de derecha ni de izquierda, sino más bien en denotar que modelos propios del Derecho Penal Liberal conforman factores importantes en esta construcción de lo que se denomina el “sistema jurídico-penal”;

2°. Que la depuración del discurso jurídico-penal nos conduce a una concepción que transfiere su eje de gravedad del sistema penal desde la tutela de bienes jurídicos contra un daño o peligro concreto hacia la *Gesinnung* y el desvalor del acto – indiciario de una motivación jurídica insuficiente – que han ido ganando terreno, no solo por la vistosa pretensión “ontológica”, sino por el desconocimiento del derecho a motivarse como a uno le plazca, en un sistema pluralista.

Si bien Engisch proclamó que “los juristas tienen que considerarse satisfechos cuando hallan una justificación para la racionalidad y necesidad de la pena, ante lo cual el Ministro de Justicia holandés Modderman, al presentar al Parlamento, hace más de 130 años, el proyecto de Código Penal, formulaba la advertencia de que “la pena no debe ser un remedio peor que la enfermedad” (Politoff, op.cit.,p.13).

Sin embargo, lo esencial lo constituye el decidir si el delito se concibe como lesión de bienes jurídicos o como lesión de un deber. No cabe duda que el Derecho Penal en su perspectiva constitucional, se ocupa de conductas dañosas de bienes jurídicos o de conductas falsamente dirigidas, donde las garantías procesales implican una evidencia que la visión política sobre la relación entre el Estado y los individuos fija la mayor o menor extensión del respeto a los derechos individuales;

3°. Que, al fundamentar la necesidad de la pena en la culpabilidad, un concepto eminentemente unido a la doctrina de Kant y Hegel, se procura suscitar la imagen de que la violencia del Estado (*ius puniendi*) se aplica a quien la merece.

La noción de culpabilidad es sólo una garantía para fundamentar la exclusión de la pena, esto es, si el hechor no estaba subjetivamente vinculado con el hecho dañoso que se le imputa o no le era socialmente exigible obrar de manera distinta de como lo hizo, o, en resumen, para limitar, en el caso particular la base de aquellos criterios que cualificaban la medida de la pena.

Por último, la legitimación de la pena obedece a la exigencia de justicia, sin perjuicio de circunstancias sociales y políticas puedan hacer que la exigencia de justicia aparezca colocada en un primer plano. “De esta forma, en los Estados constitucionales, su Constitución sienta las bases de su Política criminal y de su Derecho penal. Pero ni siempre el Estado ha sido constitucional, ni lo es hoy en todos los países” (Santiago Mir Puig, *Bases Constitucionales del Derecho Penal*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, p.15).

Que la función del Derecho penal en el modelo de Estado constitucional se refiere en primer lugar al reflejo que la punibilidad sea capaz de conciliar en dos principios contrapuestos: la necesidad de limitar la potestad punitiva estatal frente al ciudadano, someténdola al imperio de la ley y al respeto de los derechos



fundamentales, y la de protección eficaz frente al delito entendido como ataque a derechos e intereses personales o colectivos de los ciudadanos. Junto a lo anterior la Constitución se encarga de legitimar el poder punitivo del Estado, pero a su vez el modelo democrático de la Constitución también limita en ius puniendi a la gravedad del hecho cometido, a la personalidad del sujeto y a su evolución durante el tratamiento penitenciario;

II.- Justicia y derecho propio Rapa Nui

4°. Que el Poder Judicial en la Isla de Pascua está representado por el Juzgado de Letras y Garantía; existiendo además una Fiscalía del Ministerio Público y una Defensoría Penal Pública en Rapa Nui. Junto con ello, existe la institución denominada CODEIPA, órgano que ejerce una forma de justicia local, una especie de tribunal especial, resolviendo conflictos de tierras entre vecinos, familias y miembros del pueblo rapa nui;

5°. En Rapa Nui, existen diversos sistemas jurídicos operando en un mismo espacio territorial: las normas tradicionales de derecho común, la legislación especial indígena, la legislación especial para la Isla de Pascua y un derecho consuetudinario isleño. En algunos casos, estos sistemas difieren, como en el tópico relativo a la propiedad de la tierra, donde los mecanismos tradicionales de herencia y transmisión de la tierra entran en conflicto continuamente con las leyes nacionales; conflictos que a veces llegan a instancias judiciales en busca de soluciones que no se obtienen por la vía de los sistemas locales;

6°. Que otro de los efectos que se producen con la dictación de la Ley N° 16.441 o más conocida como Ley Pascua, fue la instalación del primer tribunal en Isla de Pascua, lo que trajo consigo todo un aparataje legal chileno. Así, los rapa nui se vieron insertos en un sistema legal nuevo y desconocido. Los primeros casos legales eran básicamente de robos y hurtos de rapanuis hacia continentales, de bienes tales como: ropa, alcohol, materiales de construcción, entre otros. Generalmente, las condenas no terminaban con pena de reclusión, sino con medidas de reparación o sin culpables. Sin embargo, eran muy pocas las situaciones que eran llevadas a la justicia, resolviéndose los conflictos de manera particular la mayoría de las veces. "Históricamente, desde el inicio de la colonización, todos los primeros viajeros reportan incidentes en los cuales los isleños se les acercaban y empleando diversas técnicas, desde la violencia, el asalto sorpresivo o la seducción de sus mujeres, para apoderarse de las vistosas y llamativas prendas de vestir u otros artículos extraños." (Aspectos Culturales de la Defensa de los Imputados Indígenas, Defensoría Penal Pública, Centro de Documentación, N°10-Octubre de 2016, trabajo de Antonia Rivas Palma, revista "Sociedad y Cultura del Pueblo Rapa Nui, p.230".



Una estadística aportada en un documento de la Defensoría Penal Pública en relación a las causas por ingreso al tribunal local denotaba la siguiente segmentación de delitos*:

Agrupación delitos	Enero a Agosto 2014	
	N	%
Delitos Contra la Libertad e Intimidad de las Personas	30	21,4%
Delitos Ley de Drogas	13	9,3%
Delitos Ley de Tránsito	11	7,9%
Lesiones	37	26,4%
Otros delitos contra la propiedad	18	12,9%
Otros delitos (segmento inferior a 10)	31	22%
Total	140	100%

El siguiente cuadro gráfica el número de denuncias en los últimos 5 años (periodo 2015-2020) comparado con el nivel regional y nacional:

	2015	2016	2017	2018	2019
Unidad Territorial					
TOTAL PAÍS	85.892,00	83.708,00	82.302,00	81.082,00	89.143,00
Región de Valparaíso	8.860,00	8.449,00	8.079,00	7.934,00	8.754,00
Provincia de Isla de Pascua	118	99	141	82	120

* Delitos asociados a causa-imputado ingresada con auto reporte de etnia Rapanui, enero a agosto de 2014. Segmentado por agrupación de delitos. Información proporcionada por Defensoría Penal Pública.



7°. Que, de las estadísticas recién expuestas, demuestran que el mayor porcentaje de delitos son aquellos asociados a la libertad e intimidad de las personas, lesiones, amenazas, delitos contra la propiedad y delitos de la ley de drogas.

Una característica común en relación a percepción de las causas entre rapa nui tiene que ver con el objeto buscado con la sentencia. En general, se puede constatar que lo que se pretende es la reparación del daño causado y no que el infractor cumpla penas de cárcel. Esto se puede explicar por lo pequeño de la comunidad isleña, donde muchos son parientes y no desean ver a alguien que conocen, a pesar del daño causado, privado de libertad;

8°. Que se visualiza, el establecimiento de un régimen penal distinto en Isla de Pascua, atendiendo a la **cultura y tradiciones** imperantes en ella. Además, en materia de cumplimiento de penas privativas de libertad resulta más beneficioso para los isleños, que aquel que le corresponde al resto de la población, generándose por ese sólo elemento un aspecto discriminatorio que debe ser ponderado en su oportunidad. Es así, que el art. 14 de la Ley 16.441 dispone que los condenados pueden cumplir hasta 2/3 de dichas penas fuera del recinto carcelario;

9°. Que un aspecto relevante resulta la determinación de qué se entiende por “naturales”, dado que el tribunal de la Isla de Pascua ha demostrado una jurisprudencia errática y cambiante con respecto al tema. En ciertas ocasiones, se ha interpretado como aquellas personas que son miembros del pueblo rapa nui; en otras, los nacidos en territorio insular, independiente de si son o no rapa nui, y en una tercera variante, se les aplica a quienes cometen dicho delito dentro del territorio insular, sin considerar su lugar de nacimiento. En general se puede concluir con respecto a la definición de naturales un criterio histórico ambiguo e ilógico que permite singularizar el origen del beneficio en cuanto a la aplicación de la pena, por lo que ya existe un cuestionamiento al respecto;

10°. Que en la actualidad, existe un movimiento de género, donde, principalmente voces femeninas, abogan por el término del citado beneficio y la revisión de los artículos 13 y 14 de la Ley N°16.441, atendido que en criterio que las víctimas no son protegidas de forma efectiva de sus agresores y que las causas que justificaron el beneficio en la década de los sesenta ya no estarían vigentes, pues existe un cuestionamiento constitucional al respecto y no corresponden a la realidad del siglo XXI (cultural, étnico ni jurídico-sociológico).

El tribunal de Isla de Pascua aplicó con antelación el sistema aunque ahora la judicatura cuestiona las medidas establecidas en los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua. Así, el beneficio de la pena inferior en los delitos mencionados y la opción de reducir el tiempo de reclusión efectiva penitenciaria, han sido incorporados por la costumbre local pretérita, y en consecuencia, las penas altas y las condenas de privación de libertad son excepciones, relativos a aquellos casos más graves.



Obviamente, surge un cuestionamiento desde la perspectiva constitucional, factores de igualdad ante la ley y proporcionalidad de las penas en el binomio: gravedad de afectación de bienes jurídicos (dañosidad) y sanción punitiva;

III.- Derecho propiamente tal Rapa Nui

11°. Que debe tenerse presente el derecho indígena como un sistema jurídico normativo, tanto desde la perspectiva histórica comparada, en la medida que el concepto de derecho utilizado no identifique Derecho con Estado; desde la visión constitucional, como lo hace el “monismo jurídico”, impidiendo de esta manera la existencia de otros ordenes jurídicos en un mismo espacio determinado. Sin embargo, desde la visión que tiende a evitar la confusión entre Estado y Derecho, el “pluralismo jurídico” es, además, una realidad social, gestando a partir de una perspectiva teórica, precisamente, reconocer la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico; espacio en el que, consecuentemente, se dan múltiples conflictos de interlegalidad. Conflictos que deben ser resueltos por esta Magistratura en un dilema que tenga un sello constitucional.

Es fundamental tener presente que el derecho propio indígena, al igual que el derecho occidental, es un sistema híbrido, variante y que cambia y se adecúa a las circunstancias con el tiempo. No resulta adecuado argumentar, como se deduce, a primera vista que la costumbre indígena es la misma que antes que ocurrieran los procesos históricos de colonización y culturalización en la Isla. Muy por el contrario, son normas que se modifican con el tiempo, que se nutren de procesos de interacción con otros sistemas jurídicos-normativos. Ello quiere decir que es necesario entender la “**idea del derecho propio indígena**”, desde la perspectiva dinámica de la identidad cultural y la etnicidad. En concreto, el derecho consuetudinario indígena forma parte de la vida al interior de una sociedad, y de su cultura, y como ellas, cambia, progresa y adquiere el dinamismo de estas adaptándose a lo nuevo, adecuándose a la modernidad e influenciándose por culturas externas que conllevan valores que afectan a la costumbre Rapa Nui (globalización como fenómeno);

12°. Que la ley indígena chilena, consagra un mínimo reconocimiento al derecho consuetudinario indígena. A este respecto, en Chile impera un “monoculturalismo” que se limita a reconocer la costumbre indígena en los siguientes términos: “La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal, se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad. Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a requerimiento del tribunal” (art. 54 de la Ley N° 19.253). Este reconocimiento a la costumbre indígena en materia penal, como mero “antecedente” para la aplicación de una eximente o atenuante “no es otra cosa que



reducir el valor del “derecho indígena” a las circunstancias personales de quién cometió el hecho punible”;

13°. Que debe sumar a ello la ausencia de valor jurídico alguno de sistema de derechos, sistemas sancionatorios o de resolución de conflicto que existen y son utilizados por los pueblos indígenas en Chile. El reconocimiento a los “usos y costumbres” indígenas en Chile está supeditado no solo a los derechos humanos o los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico, sino a la Constitución, incluyendo todas sus reglas, no sólo los derechos fundamentales. De esta manera, cuando la propia constitución no reconoce en forma alguna la existencia de pueblos indígenas, o de sus particularidades, es muy complejo encontrar situaciones en las que se podría configurar un espacio para la aplicación del derecho consuetudinario indígena en Chile.

Resulta particularmente complejo, por tanto, identificar muestras del así llamado “**derecho consuetudinario rapa nui**”, o derecho propio. Este derecho consuetudinario se habría amoldado a los tiempos, sufriendo los influjos de la conversión al catolicismo, el capitalismo, el tiempo bajo las órdenes de la Armada de Chile y más, recientemente, el derecho chileno. Ello no significa que no sea posible encontrar elementos propios que caractericen este derecho, particularmente en el caso de la tierra, la familia y la herencia como ya explicamos. Habiendo revisado, existen creencias y costumbres que perviven en la cultura rapanui, especialmente, asociadas a la tierra, formas de propiedad, y a la herencia en Isla de Pascua;

14°. Que, a modo paradigmático en relación a la propiedad, este derecho más que ancestral o indígena, es un derecho local, que conserva elementos característicos como la transmisión oral a familiares de derechos territoriales, por el jefe de familia, pero mezclado con prácticas adoptadas en la época en que la Armada gobernaba la isla. Ancestralmente, existía un sistema de gobierno jerárquico donde la tierra era del *ariki* pero compartida por los miembros del mara. Cuando son confinados con muros en Hanga Roa y comienzan las asignaciones de títulos provisorios, se forjó un sistema local, que define la transmisión de la tierra en base a las parcelas entregadas y normas locales creadas respecto a la manera de heredarlas bajo un sistema civilístico que decodifica el derecho local;

IV.- Control de convencionalidad y conflicto de constitucionalidad

15°. Que el concepto de control de convencionalidad ha sido construido progresivamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Existe consenso en otorgar la expresión a García Ramírez, quien la utiliza como vez primera en el caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, del año 2003, desde ahí se comienza a construir una secuencia evolutiva del concepto que se consolida en el año 2006, a través del fallo “Almonacid Arellano y otro vs. Chile”, en el cual recuerda que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como



parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermad(o)s por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”, agregando que para ello, el Poder Judicial, debe ejercer “una especie” de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la “Convención Americana”, estableciendo que “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Amaya, Jorge Alejandro, Control de Constitucionalidad, 2º ed., Astrea, Buenos Aires, 2015, pp.388-367).

Luego en el caso “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros), respecto del Perú, se continúa en el ejercicio del perfeccionamiento del concepto, precisando algunas características específicas de dicho control: a) Es de aplicación ex officio por parte de los órganos del Poder Judicial, “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Ello implica que esta “función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones”; b) Es complementario al “control de constitucionalidad”, por lo que además del precitado control, se debe aplicar el que están obligados los órganos del Poder Judicial en su legislación interna; y c) Es de aplicación también en un eventual “contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales”. En dicha sentencia se destaca el voto razonado del juez García Ramírez, quien señaló que si bien en el caso concreto la Corte se refirió al “control convencional”, teniendo a la vista la “aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana”, equivalente función se despliega , por idénticas razones, en lo tocante a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del “ius cogens” convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado (Amaya, Jorge Alejandro, op. cit. pp.388-367), como sería el caso de la Convención de Belém do Pará para la erradicación de la Violencia contra la Mujer;

16°. Que, en palabras de García Ramírez, “de lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos”. De ello no se concluye que el control de convencionalidad implique necesariamente expulsar normas contrarias al ius cogens convencional de los derechos humanos, sino que supone realizar una interpretación en la aplicación de las normas que permitan cumplir con las obligaciones internacionales que han adoptado los Estados;



17°. Que el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en su Informe anual 2018, concluye que frente al tema de la violencia hacia las mujeres rurales e indígenas rurales resulta central analizar el deber del Estado frente a esta materia, en este sentido, indica que la Convención Belém do Pará exige a los Estados dar especial atención a la *“situación de vulnerabilidad a la violencia que puedan sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica [...]”* (art. 9). Estos estándares determinan que, en los casos de violencia contra las mujeres indígenas, el acceso a la justicia implica, por una parte, el acceso a la justicia del Estado y por otra, el reconocimiento de las normas de justicia indígena, sobre la condición *sine qua non* que ambos sistemas deben ser compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Sin embargo, en 2011 el INDH planteaba las dificultades de interpretación de los derechos de las mujeres indígenas a la luz del Convenio 169 de la OIT, pues configuran un escenario complejo de acceso a la justicia en situaciones de violencia intrafamiliar. Para el Instituto, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas no puede dar lugar a relativizar la violación a los derechos humanos que constituye la violencia contra las mujeres, sea cuales fueran los contextos culturales en que esta se produce (Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual, pp. 35-37);

V.- El caso del Derecho penal: conflictos normativos y la cuestión de los derechos fundamentales como límites

18°. Que estudiosos en el campo del Derecho penal y del derecho internacional han advertido como premisa esencial que *“del reconocimiento del valor universal de ciertos bienes protegidos por el derecho penal – la vida, la integridad física y salud, la autonomía, la libertad sexual, la indemnidad de los niños, incluso la propiedad – no es posible derivar automáticamente el valor universal, o ius-fundamental, de la decisión jurisprudencial de proteger esos bienes en contra de unas, y no otras, formas de afectación precisamente por medio de prohibiciones penales, y menos incluso de la decisión de escoger una determinada intensidad penal para tales y cuales infracciones a esas prohibiciones penales”* (Mapuches y derecho penal, Jaime Couso Salas, VVAA, en obra colectiva *“Derecho y Pueblo Mapuche”*, Ed. Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2013, p. 186).

Esta Magistratura ha estimado reiteradamente que la relación entre derecho penal y derechos humanos es limitativa en función de lo que dice referencia a esta última, en otras palabras los derechos humanos limitan el poder punitivo del Estado. Los derechos humanos fundan el ejercicio del ius puniendi en la medida de que su reconocimiento (artículo 5° de la Constitución) se deriva una exigencia no sólo limitativa de la referida potestad estatal sino también una exigencia que se castigue penalmente cualquier violación de tales derechos. En el campo del derecho internacional se afirma, como un efecto del *“deber estatal de protección de los derechos humanos y de los pactos al respecto sólo resulta una obligación de sanción penal de graves violaciones de los derechos humanos (y no de cualquier violación*



de ellos) para el Estado de comisión del delito (y no para terceros Estados)" (Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional, (Cárdenas, Couso & Gutiérrez traductores., Tirant lo Blanch, 2º ed., 2011, pág.205);

19°. Que, en aquellos casos, en que el derecho siguiendo su propia cultura entra en colisión con otros derechos de terceros deberá dilucidarse con sumo cuidado la importancia relativa – el peso específico – de los derechos (en colisión), y sólo en algunas instancias el derecho de la propia cultura puede ser desplazado por otros derechos;

20°. Que atendido el sello conceptual y el contenido ideológico del derecho penal que rige nuestro sistema normativo punitivo, remedo del derecho penal de impronta alemana, cualquiera diferencia cultural atenúa la responsabilidad o exime, nunca justifica e incluso debe atenuar o exculpar de forma excepcional de modo de no poner en peligro el efecto preventivo general de las normas y las penas (Couso, op.cit., p.188);

21°. Que el Convenio 169 y el principio de “máxima adecuación en materia penal” han establecido como centro del dilema sustantivo que el sustrato del sistema normativo es que se trata de juzgar hechos acaecidos en contextos en los que la tutela estatal tiene su legitimación penal en el castigo punitivo de la autotutela, siempre referida a reparación de un menoscabo del propio derecho, pero no puede afectar a terceros ajenos al colectivo de carácter cultural y religioso. Es tanto, que incluso el juzgar hechos que exceden estos límites, no se justifican en la afectación de bienes jurídicos personalísimos de terceros, sobre todo en temas de alta sensibilidad jurídica como son la culpabilidad y la penalidad correspondiente a la aplicación judicial del derecho penal;

22°. Que no es menor el establecer el presupuesto fáctico que la víctima en el actual contexto era ajena a la cultura y pueblo originario de rapa nui y en ese sentido, cualquier dimensión que pretenda una afectación en resguardo de valores y reglas que nuestro derecho doméstico reconoce la costumbre indígena en materia judicial, en especial aquellas denotadas en el artículo 54 de la Ley N°19.253, Ley que establece normas sobre la protección, fomento y desarrollo de los indígenas no pueden afectarles;

23°. Que, por otra parte, una interpretación sistemática nos ilustra que el alcance del derecho consuetudinario indígena es mayor en su gravitación en el derecho penal, aunque, en el estado actual de reconocimiento de dicho derecho, no puede estimarse ni ponderarse como una fuente de delitos y sanciones penales, criterio sustentado por esta Magistratura en STC ROL N°309/2000. Ello no es óbice, para reconocer factores y circunstancias eximentes y atenuantes, no comprendiendo dentro de su campo de aplicación los límites y necesarias ponderaciones de sus pretensiones (error, legítima defensa, etcétera) en la colisión con otros principios jurídicos;



VI.- Caso concreto

24°. Que el cuestionamiento a los artículos 13 y 14 de la Ley N°16.441 de 1966, que creó el Departamento de la Isla de Pascua determinó el pluralismo jurídico-normativo, a partir de lo que establece el artículo 9 del referido estatuto de la isla. En efecto, dicha norma señala que en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Y agrega, las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia (Informe de la Conadi, 31 de agosto del 2020, que rola a fojas 1037 y siguientes de autos);

25°. Que en el mismo informe recién citado se establece a fojas 1043, que en el marco de la costumbre y/o tradiciones ancestrales del pueblo Rapa Nui, no se justifica el ejercicio de delitos sexuales, los que constituyen una violación a los derechos humanos, especialmente, contra mujeres, niños y niñas. En ese sentido, se ha pronunciado el Presidente del Consejo de Ancianos Sr. Carlos Edmunds Paoa, el cual asevera:

“1.-La normalización de la violencia contra mujeres, niñas o niños, no es parte de la cultura Rapa Nui.

2.- La violencia en el contexto de relaciones sexuales, ni las relaciones sexuales no consentidas tienen lugar en las prácticas culturales Rapa Nui, no son aceptables bajo ninguna perspectiva y no pueden ser objeto de ninguna justificación, ni contextualización. La llamada “fuerza grata” que se ha apuntado no existe y su utilización a nombre de nuestra institución es inaceptable.

3.- La indemnidad sexual de nuestras niñas y niños es un derecho esencial, base de nuestra cultura, indubitado, es un derecho absoluto y el Consejo de Ancianos así lo reconoce.

4.- Nuestros bailes y prácticas culturales, si bien tienen contenido sensual, como muchos de los bailes tradicionales en todas las culturas, no consideran tocaciones sexuales, menos no consentidas y bajo ningún contexto pueden ser utilizadas para justificar el uso de la fuerza en contextos sexuales o eróticos. Menos aún, hacer mención de ello en fiestas culturales como la Tapati Rapa Nui y Mahana o te Re’o.”

26°. Que en relación a la compatibilidad de los artículos 13 y 14 de la Ley de Pascua con el ordenamiento jurídico nacional e internacional, cabe analizar que dicha operación – de compatibilidad – debe hacerse con lo dispuesto en el Convenio 169, con la CEDAW, con la Convención Belém do Pará y con la Convención de los Derechos del Niño, atendida la especial connotación de los delitos sexuales cuando las víctimas fueren mujeres, niñas o adolescentes.



El Informe de la Conadi a fojas 1049 de autos, señala: “Respecto del artículo 13 de la Ley Pascua, se ha evidenciado una clara situación de desigualdad de las mujeres, niñas o adolescentes víctimas de delitos sexuales cometidos por una persona perteneciente a la etnia Rapa Nui en la isla, de aquellas que fueron víctimas por una persona no perteneciente a dicho pueblo indígena o que hubieren cometido el delito fuera de la isla. Respecto de las primeras, la sanción de su victimario se realiza en una forma distinta que respecto de las segundas. A su vez, se distingue entre aquellos autores de delitos pertenecientes al pueblo Rapa Nui de aquellos que no.

Así, la disposición en análisis deja en una situación de vulnerabilidad y desprotección a aquella mujer, niña o adolescentes que fue víctima de un delito sexual en la isla, en la medida en que la sanción que se impone al agresor varía por el sólo hecho de ser natural de la isla y haberse encontrado en su territorio”.

27°. Que la compatibilidad con el Convenio N°169 debe tenerse presente: “La doctrina distingue, en el Convenio N°169, entre normas autoejecutables y no autoejecutables (self executing y non-self executing, en inglés). En las primeras no es necesaria su implementación por medio de una ley. Por el contrario, tratándose de las segundas, resulta necesario que exista una ley dado que el carácter amplio y genérico de la disposición impide efectuar una implementación directa de la misma.

El artículo 10 del Convenio resulta noauto ejecutable y, por tanto, debe atenderse a la legislación nacional que permita la implementación de la norma. Lo anterior, en la medida en que el artículo 19 N°3 de la Constitución exige no sólo la determinación legal del tipo penal, sino también de la pena aplicable. El artículo 10.2 del Convenio que señala “deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”, por sí sólo carece de suficiente densidad normativa para que su aplicación resulte conforme a las exigencias de determinación del artículo 19 N°3 de la Constitución. La disposición no distingue el tipo de delitos, las penas alternativas deseables ni los requisitos para su procedencia. De ahí que el Tribunal Constitucional, al momento de resolver la constitucionalidad de la norma, la declaró conforme a la Carta Fundamental en el entendido que la misma se entendía aplicada a través de la Ley N°18.216.”

Y agrega: “Que en cuanto a lo dispuesto por el artículo 10° que establece que cuando se impongan sanciones previstas en la legislación general a miembros de dichos pueblos, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, ello no hace otra cosa que confirmar los principios que inspiran el proceso penal, que gira en torno al establecimiento del hecho punible, a la determinación de los participantes y a las circunstancias que puedan extinguir, aumentar o atenuar su responsabilidad en el mismo, todas las cuales conforman la convicción del juzgador.”

“Que, finalmente, en cuanto al artículo 10°, N°2°, del Convenio dispone que los tribunales, al sancionar a miembros de los pueblos indígenas, deberán dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento, debe entenderse dicha norma dentro de lo que estrictamente la Constitución y la ley ponen en la esfera de la



competencia del juez. A propósito de ello, debe reiterarse lo dispuesto por el artículo 19, N°3° de la Carta Fundamental, en cuanto expresa que: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.” (Informe Conadi, p.1049 a 1051);

28°. Que en relación al artículo 14 cuestionado en los autos constitucionales y al tenor de los tratados internacionales invocados precedentemente, resulta incompatible por contravenir el ordenamiento jurídico interno, dado que la propia legislación nacional tiene regulaciones que han establecido mecanismos para la concesión de penas sustitutivas y en mérito del “principio de especificidad” no resulta sino contradictorio, al establecer distinciones arbitrarias prohibidas por la Carta Política, específicamente en los artículos 1° y 19°, N°2, al vulnerar el principio de igualdad en la ejecución de las penas, fijando, igualmente, una discriminación arbitraria que se encuentra prohibida constitucionalmente;

VII.- Solución del dilema constitucional deducido

29°. Que, es dable apreciar que, a pesar de este proceso transformativo, los rapa nui siguen considerando que existe un derecho ancestral, local, al que vale la pena regresar en oposición al Estado Chileno y sus normas, asociado frecuentemente al resguardo de sus tradiciones familiares y la restitución de sus tierras. No queda claro en que consiste este derecho local, más allá de lo mencionado respecto a la familia, la crianza, la tierra y la herencia, creemos más bien que se constituye como un elemento narrativo de oposición al Estado de Chile y sus dinámicas coloniales del mismo modo en que opera el rechazo al “acuerdo de voluntades” de 1888, como elemento constitutivo de la identidad rapa nui;

30°. Que en la teoría de la pena de Hegel se presentan dos argumentos diferente: un argumento legal que podría llamarse argumento de auto-subción que se apoya en la tradición kantiana que constata en el delincuente que se opone a la pena una contradicción entre una declaración inicial y una actual; la declaración inicial no es construida sobre un mero actuar concluyente, sino sobre la razón en el sentido de una necesaria capacidad de universalización. Frente a ello se encuentra la teoría de Hegel: del reconocimiento. Este pretende fundamentar la necesidad de la pena de tal modo que el contradecir esa necesidad resulte contradictorio en sí mismo, porque el cuestionamiento requiere, a su vez, un presuponer.

Este último argumento expuesto por Hegel anticipa lo que hoy se discute bajo la consigna de la fundamentación última pragmático – trascendental. “Que un hecho delictivo realmente lesiona la relación de reconocimiento en el sentido de Hegel y que, dada las circunstancias, la pena es un medio necesario e idóneo para el restablecimiento de la relación de reconocimiento. Por tanto, en el delincuente que se opone a la pena se da, sin duda, una contradicción. Pero, aun cuando Hegel ha



precisado el argumento del comportamiento autocontradictorio en relación con el fundamento de la pena, con ello aún no se ha fundamentado que la pena sea un postulado de la justicia.” (Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal, Kurt Seelmann, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 114);

31°. Que en la especie, lo particularizado de los bienes jurídicos relevantes de protección como es del caso comprender se ha afectado la libertad e indemnidad sexual, valores que a los efectos de la penalidad en el caso sub-judice aparece atemperada bajo el estatuto de la denominada Ley Pascua, en cuanto a su punibilidad (pena), no es menos cierto, que la afectación no puede resultar indemne ni menos morigerada por meras circunstancias formales, sin entrar a razonar sobre la filosofía de la motivación de la norma, tema sobre el cual se ha estructurado este voto particular;

32°. Que cabe ponderar que existe una verdadera discriminación hacia la víctima en el caso concreto, ya que se trata de una mujer, mayor de edad, quien fue abordada por el acusado, quien la tomó a la fuerza y, estando de noche, la llevó a un terreno o lugar despoblado para, de manera alevosa obrando sobreseguro, rasgarle sus vestimentas y, por la fuerza, proceder a penetrarla vaginalmente para luego dejarla abandonada en un lugar oscuro y despoblado tras cometer el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por su género le merecía la ofendida. La víctima resultó con lesiones múltiples equimóticas traumáticas en el cuello, brazo izquierdo y en ambas extremidades inferiores: se trata de un delito consumado de violación propia previsto y sancionado en el artículo 361, N°1 del Código Penal (relación de hechos de fojas 346 de autos). Junto a lo anterior, es una mujer no isleña, víctima de un delito y que se encontraba realizando labores humanitarias en Rapa Nui;

33°. Que no cabe en la especie la invocación del “principio de pro reo” tomando en consideración que existe una grave afectación de índole constitucional mediante la cual se vulneran en la aplicación de la pena (en relación a los artículos 13 y 14 de la Ley N°16.441), ya que estamos en una situación de constitucionalidad de una pena aplicada, puesto que en un examen de proporcionalidad guiado por criterio objetivo que incluyen: la gravedad del delito y la severidad de la pena, las sentencias impuestas a otros condenados por la comisión del mismo delito en otras jurisdicciones y tratándose del carácter gravoso que significó para la víctima la comisión del ilícito en la jurisdicción de Rapa Nui, la cual resulta discriminatoria y desproporcionada en sí misma, no es posible aplicar el principio pro reo, el cual sólo tiene rango legal, razón por lo cual en virtud de la supremacía constitucional deben primar los referentes constitucionales (derechos fundamentales de la víctima);

VIII.- Legitimación de pena.

34°. Que, atendido el carácter gravoso del bien jurídico afectado en el caso concreto, se manifiesta una característica no menor en cuanto a que la afectación de la



víctima resulta de forma contundente una ofensa y un legado que mal puede ser ignorado por el sentenciador, tomando a su respecto la afectación que produce en esta la vulneración de valores de raigambre constitucional;

35°. Que la orientación tradicional hacia la víctima, crea tanto para las sanciones penales como también para el proceso penal paradojas de difícil solución. En efecto, desde la orientación general hacia la víctima los modelos jurídicos-penales del conflicto, que consideran no sólo la infracción de esta última, sino también que la reparación del daño como sanción debe ser impuesta por el Estado, sin perjuicio de cierto margen de disponibilidad sobre el conflicto por los participantes inmediatos representada por las indemnizaciones que procedieren;

36°. Que no deja de ser complejo que la teoría de la pena tenga que ser un modelo según el cual la relación entre autor y víctima se altera por el delito, y esta relación es necesaria tanto para los afectados inmediatos como también para todos los otros miembros de la comunidad jurídica. La relación de reconocimiento necesaria entre autor y víctima, supone que el autor se ha perjudicado en su estatus jurídico en la misma medida que lo fue su víctima por el hecho. Por ejemplo, en una sociedad organizada, el delincuente no puede poner en riesgo de forma significativa a la víctima en su reconocimiento, en un sentido de integración social, y con eso comprometer el ordenamiento jurídico en su conjunto también la afectación del reconocimiento por el hecho debe estimarse menor;

37°. Que la relación de la dignidad con el mundo empírico nace al intentar establecer una vinculación entre la dignidad humana y el mundo empírico, el cual se remite al carácter no empírico de los presupuestos de la dignidad : Kant interpretó que el concepto de dignidad es , como aquel de la libertad, un concepto de razón práctica, que supera todas las atribuciones empíricas y, en su dignidad apriorística, no es por ello dependiente de la existencia de aptitudes específicas. Otros autores, como Luf asocian la dignidad de forma empírica, como lo hace el Derecho, lo respeta y protege consecuentemente como representante de un principio de razón. Joachim Hruschka tiende un puente entre el principio de razón de la dignidad y el hombre empírico.

En definitiva, el concepto de dignidad humana empleado por el artículo 1° de la Constitución Política aparece anclado conceptualmente y bajo nuestro entendimiento como una afectación que vincula la dignidad tanto en un fin en sí mismo como, igualmente, en un imperativo categórico;

38°. Que en idéntico termino a la afectación antes expuesta, los componentes de la proporcionalidad: el fin adecuado, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (ponderación) resultan aplicables en el caso de autos. No cabe duda que el efecto de una norma constitucional puede restringir un derecho, más aún tomando en cuenta que tal restricción puede ser constitucional basado que al establecer la Carta Fundamental un derecho no sólo está primando la primacía constitucional sino también el problema se resuelve cuando la constitución misma afecta dicho derecho;



39°. Que es del caso que efectivamente resulta discriminatorio y desproporcionado la aplicación de penas en los términos de los artículos 13 y 14, de la Ley N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua atendido a que la configuración por un lado de un estatuto legal que beneficia al imputado se contradice con el sistema interamericano de derechos humanos, en especial con la denominada Convención de Belem do Pará o también conocida como Convención Interamericana sobre la Violencia contra la Mujer, la cual fija dos parámetros esenciales que generan antinomia con los preceptos cuestionados en estos autos. El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (artículos 1°, 5°, 6° y 7° de la Convención). Dicho estatuto debe complementarse con la Convención sobre Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ratificada por Chile el 7 de diciembre de 1989 y aprobada por Decreto N° 789, del Ministerio de Relaciones Exteriores el 9 de diciembre de 1989.

El criterio de proporcionalidad en sentido estricto, establece la regla básica de la ponderación que permite solución de situaciones en las cuales, por una parte, encontramos un beneficio marginal de interés público o de otro derecho fundamental, y, por la otra encontramos una vulneración marginal causada al derecho. La ponderación debe resolver el conflicto en base al rango constitucional que se deriva protegiendo derechos fundamentales de otros, tal como sucede en el presupuesto de hecho en autos, donde por aplicación del artículo 5°, inciso segundo, primará el deber de los órganos del Estado respetar los derechos esenciales que afectan a la víctima en este caso, los cuáles primarán sobre la norma infraconstitucional de la Ley 16.441 objetada en esta causa;

IX.- Conclusión

40°. Que atendido lo expresado en este voto particular, el ministro que suscribe está por acoger el requerimiento deducido por el Juez Titular del Juzgado Mixto de Rapa Nui, Isla de Pascua, en la sustanciación de la causa Rit 426-2019, en mérito de los razonamientos expuestos.

El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene que concurre a la presente sentencia sin compartir lo razonado en los considerandos 25°, 26°, y 27, de la misma y la referencia que a ellos se hace en el cons. 28° (que entonces no alcanzan a tener 5 de los 9 votos concurrentes a la integración del Pleno en esta causa y, en consecuencia, no debiesen ser consignados como fundamentos de mayoría) y teniendo además presente los siguientes razonamientos:

1°. Como primera cuestión, en cuanto a los cons. 25° a 27°, cabe señalar que el Consejo de Ancianos al no ser parte de la gestión invocada no es tampoco parte



en sentido estricto y técnico del presente proceso de acuerdo a la normativa específica del artículo 44 de la Ley Orgánica Constitucional no este tribunal, no obstante lo cual fue oído como tercero representativo del pueblo originario Rapa Nui en una materia referida al estatuto legislativo de la Isla y los derechos de los miembros de dicho pueblo, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, y estimando que resulta conducente escuchar lo, según consta a fojas 1019, lo cual en estricto derecho procesal tiene una significación distinta en la motivación y contenido de la sentencia por la vía del 170 del Código de Procedimiento Civil, en relación al artículo 39 de la aludida ley orgánica constitucional, al no ser estrictamente alegaciones de parte requerida ni requirente de inaplicabilidad. Adicionalmente, tras la comparecencia escrita y en estrados del abogado representante del del Consejo, sus dichos fueron desmentidos en un escrito posterior, por lo que no parece ser la parte considerativa de esta sentencia el espacio idóneo para determinar qué es lo que se comunicaron u ordenaron o no el Consejo y su abogado, en el marco de la confidencial, inviolable y reservada relación entre letrado y representado. En ese sentido, la parte expositiva da cuenta de que fue oído el Consejo y de cuales fueron los contenidos de sus escritos, y si en la presente sentencia se da cuenta del aludido desmentido, es la parte expositiva el espacio idóneo para consignar tales sucesos.

2°. Adicionalmente, en referencia a lo razonado en el cons. 10° de la presente sentencia, este previniente hace presente que la función del derecho internacional de los derechos humanos en la labor de esta Magistratura supera con creces lo meramente colaborativo, que no obstante en este caso es suficiente para arribar a las conclusiones de los puntos resolutivos.

3°. La proporcionalidad de la pena, entendida como *“una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada”* (Sentencia Rol N° 1518, cons. 28°) se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal, viniendo a materializar el derecho constitucional de igualdad ante la ley (en este sentido sentencias Roles N°s 2658 cons. 7°, 2884 cons. 22° y 2922 cons.35°). En efecto, la pena es el trato que el legislador ha determinado dar a ciertas conductas del ser humano, por considerarlas disvalorables.

4°. Que, sin perjuicio de la reserva de ley sobre penas, que debe ser entendida en el sentido de que la política criminal la fija el legislador, como lo ha señalado la doctrina autorizada recogida por la jurisprudencia de este Tribunal, *“la proporcionalidad de la pena constituye una materialización de la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”...* *“ la pena, concebida como retribución jurídica (al responsable de un delito se asigna un castigo), se sujeta a principios jurídicos universales, como son los de intervención mínima, interdicción de la arbitrariedad y aplicación del principio de proporcionalidad, en virtud del cual y como sostiene un reputado autor, “la sanción debe ser proporcional a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político criminales perseguidos. La pena será proporcional a las*



condiciones que la hacen “necesaria”; en ningún caso puede exceder esa necesidad” (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo I, p. 49).” (Sentencia Rol N° 2045, cons. 8°).

5°. Que, por otra parte, siendo la inaplicabilidad un control de tipo concreto, las circunstancias y elementos del caso específico, así como su estado procesal, cobran especial relevancia. En ese orden, la presente sentencia no significa necesariamente una inconstitucionalidad general y abstracta de los preceptos impugnados, realizándose el examen del presente proceso en función del caso sub lite invocado como gestión pendiente, sin olvidar que se encuentra “suspendido”, por causa de la pandemia de covid 19, un proceso de consulta acerca de preceptos de la denominada “LEY PASCUA” (N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua, lo cual se entrelaza -quiérase o no- con el presente proceso).

6°. Este previniente, en general respecto de las causas referidas a cuestiones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 1°, inciso segundo de la Ley N° 18.216, ha señalado expresamente que no sustenta la existencia de un derecho subjetivo a la pena alternativa en el derecho penal común de nuestro país, mas hace énfasis en que la proporcionalidad de la sanción es un tema de igualdad ante la ley, más si tras la entrada en vigencia de la Ley N° 20.603, en el derecho común el sistema de penas alternativas pasó a ser la prima ratio del orden penal y el presidio efectivo pasó a ser una verdadera última ratio, lo cual reconoce como excepciones los delitos y requisitos establecidos en el texto actualmente vigente de la Ley N° 18.216, que declarada la inaplicabilidad de los preceptos cuestionados, puede pasar a ser relevante en el caso concreto, adelantando que esas excepciones y requisitos no han sido objeto de cuestionamiento en el caso concreto .

7°. Ello también fortaleció la función resocializadora de la pena, propia de un Estado de derecho que reconoce al ser humano como un fin en sí mismo, con la garantía de su dignidad intrínseca como valor fundamental, motivo por el cual la pena no puede transformar a la persona en un objeto de sacrificio.

8°. Sin perjuicio lo expuesto en los razonamientos precedentes, la presente causa tiene elementos de derecho que la hacen diferente y que no puede ser omitidos:

- los derechos de la mujer frente a todo tipo de violencia, incluida la sexual, y los deberes del Estado frente a dicho fenómeno en el derecho internacional de los derechos humanos.
- La relación de la llamada “LEY PASCUA” (N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua) con el derecho internacional de los pueblos indígenas, en especial referencia al Convenio 169 de la OIT.

9°. Que en el presente caso, referido al trato que el Estado de Chile asigna a hechos de violencia sexual sufridos por una mujer pascuenses, no puede prescindirse de los estándares de la CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER , “CONVENCION DE BELEM DO PARÁ”, ratificada por Chile y vigente, que debe ser tenida como parámetro de juzgamiento en función de a lo menos tres normas constitucionales: 1) el artículo 5°, inciso segundo, en cuanto a la incorporación de



tratados de derechos humanos y su contenido al sistema constitucional chileno, como límite al poder estatal, 2) la garantía de igualdad ante la ley, en su dimensión material y en cuanto a la plena igualdad de hombres y mujeres, y en cuanto a los derechos y medidas de tipo específico de las mujeres, entendidas como grupo históricamente postergado, y 3) la tutela judicial efectiva y la igualdad ante los órganos jurisdiccionales en la protección de sus derechos e intereses (art. 19, numeral 3°).

10°. En tal sentido, parte de la discriminación histórica hacia las mujeres han sido las prácticas de violencia (incluida la sexual) y la pasividad y/o tolerancia del Estado frente a la misma, sea por simple inacción, negacionismo o derechamente por asignar menor relevancia jurídica a la misma y por ende establecer una reacción del derecho de menor intensidad, sea a nivel jurisdiccional y/o legislativo. Este hecho implica que el deber de garantía en el proceso adquiere especial intensidad en sus diversas fases. Situación que parece inconsistente en el caso de autos, pues a pesar de la protección reforzada que nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido a las mujeres respecto al ámbito relativo a su libertad sexual, extraña que ante la existencia de elementos sociales, culturales, económicos y de género que denoten una mayor vulnerabilidad, ante el mismo hecho reprochado se haya optado por desvalorizar el ilícito que se sanciona.

11°. Que, en este caso es elemental incorporar en el proceso hermenéutico un análisis sobre la base de un enfoque interseccional que tenga en consideración las condiciones socioculturales, geográficas y de género, con el objeto de propender a que los hombres y mujeres puedan acceder a la justicia, hecho que debe culminar con una sanción y reparación efectiva, determinada por un tribunal imparcial y previamente establecido que arribará a su decisión sobre la base del hecho reprochado.

12°. Que, en el sentido de lo expuesto, sin perjuicio que los aspectos culturales son sin dudas relevantes y el análisis del derecho no debe estar exento del estudio y reconocimiento de las costumbres, tradiciones y visión antropológica, ello no es óbice para asegurar la observancia de los derechos y libertades fundamentales de todos, sin distinción de sexo, raza, idioma, emplazamiento geográfico, entre otros, pues ellos se erigen de forma universal sobre la base de la dignidad, que se constituye como el núcleo de la persona. Esta cuestión denota la necesaria conexión entre principios, normas y valores jurídicos en favor de la dignidad humana, elemento axiológico objetivo de carácter indisponible, vinculante e ineludible en el análisis del sentenciador.

13°. Conforme a lo anterior, será posible analizar el asunto a lo menos desde dos perspectivas **(a)** la proporcionalidad de la pena y **(b)** el enfoque interseccional en el análisis de la norma impugnada.

14°. En este sentido, el artículo 3 de la aludida Convención dispone que *“Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”*, a lo que se agrega su artículo 7°, en tanto dispone que:



“Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y

h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.”.

15°. A lo expuesto debe agregarse el artículo 8° de la Convención, en tanto señala que *“Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: ... b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer;”.*

16°. De tal forma, se observa que el Estado de Chile tiene diversos deberes: de prevención, de tutela, de sanción, de educación, entre otros, todos ellos sin discriminación y para erradicar la discriminación de género preexistente. En este orden se observa que el primero de los preceptos legales impugnados en este proceso es per se una rebaja automática de pena, es decir, una reacción legislativa desvalorada, respecto de la violación acaecida el Isla de Pascua respecto de una mujer o un hombre



rapa nui, en este caso concreto la víctima es una mujer, y es ello lo que hace imprescindible en esta causa tener como elemento de juicio el instrumento internacional más relevante acerca de la violencia contra la mujer, que incluye expresamente a la violencia sexual, que ve su punto más visible en la violación, al señalar en su art. 1 que *“debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”*

17°. En este sentido, si la pena es el trato del Estado frente a una conducta disvalorada, la proporcionalidad de la misma debe guardar correlación con la entidad y relevancia del ilícito que la motiva. En ese sentido, no es posible de justificar que la libertad sexual de una mujer rapa nui tenga menos valor que la de una mujer continental en nuestro país, paradigma legislativo que es ineludible al analizar la primera de las normas cuestionadas, ya que es la libertad sexual el bien jurídico protegido por el delito de violación a que se refiere el caso concreto.

18°. Que, examinada la historia fidedigna de la preceptiva impugnada, no es posible omitir que la llamada “LEY PASCUA”, fue dictada en respuesta a un conjunto de demandas recogidas tras un levantamiento de los isleños en 1964, liderados por el profesor, y posteriormente primer alcalde electo de la isla, Alfonso Rapu. Dicho levantamiento tuvo por finalidad poner término a un régimen administrativo cuasi feudal y de caracteres coloniales a que estaban sometidos los isleños, sin gozar de los más fundamentales derechos existentes en el Chile de la época, como el de sufragio y la libertad ambulatoria, además de estar sometidos a servicios personales y castigos corporales. Dicha ley fue dictada por los órganos colegisladores de un Estado unitario, sin los estándares de consulta y participación que hoy el derecho internacional contempla para los isleños, y partiendo de un estereotipo de cómo era vista la sexualidad en la cultura Rapa Nui desde una visión que se podría caracterizar como “conticentrista” (recordando que “conti” es el apelativo que los isleños dan a los chilenos provenientes del continente) y no autopoiética o auto interpretativa ni menos intercultural ni participativa.

19°. De esa forma, el resultado es que para el derecho penal chileno la violación de una mujer isleña termina siendo disvalorada en relación a la violación de una mujer continental, cuestión que implicaría sostener como cuestión previa que hay libertades sexuales que valen menos que otras, lo cual es en sí un trato diferente por factor de pertenencia al pueblo originario isleño, y que se traduce en una protección penal menor del bien jurídico libertad sexual, que es de manifestación individual, ya que, aún siendo un conflicto penal, es el cuerpo y la siquis de la mujer quien sufre las atroces consecuencias de una violación, frente a las cuales tiene derecho a pedir tutela y sanción en tribunales.

20°. De esa forma, esta minusvaloración legislativa de la libertad sexual de las mujeres pascuenses en el sistema penal –establecida por el artículo 13 cuestionado– es justamente lo contrario del cumplimiento de los deberes asumidos voluntariamente



por el Estado de Chile al firmar y ratificar la aludida convención de Belem do Pará: prevención, erradicación, tutela y sanciones, con eficacia y sin discriminación.

21°. En este sentido, ya se ha señalado que “(...) *el sexo y el género de las mujeres indígenas las expone a un riesgo mayor de discriminación y trato inferior, como ocurre con las mujeres en general. Debido a la naturaleza multidimensional de la identidad de las mujeres indígenas, es necesario entender la intersección de las formas estructurales de discriminación que a lo largo de la historia han afectado y siguen afectando a las mujeres indígenas como consecuencia de la combinación de su etnicidad, raza, género y situación de pobreza. A estos factores más frecuentes de discriminación también se pueden sumar otros, tales como la edad, la discapacidad, el embarazo, tener estatus de persona desplazada, la privación de libertad, o el hecho de vivir en zonas afectadas por conflictos armados, la orientación sexual o la identidad de género (...)*” (ver en “Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/17. 17 abril 2017, parr. 40”).

22°. De esta forma, en el caso sublite es posible verificar que la discriminación se consolida por el hecho de tratarse de mujeres, de una étnia indígena y en consideración al lugar en el cual se encuentran emplazadas (en este sentido ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 215, 30 de agosto de 2010, parr. 185), discriminación que no es racional, objetiva ni proporcionada y, por tanto, no es admitida por nuestro Ordenamiento Jurídico (en este sentido ver a Aguilar Cavallo, Gonzalo. (2019). El control de convencionalidad y la prohibición de la discriminación en Chile. Opinión Jurídica, 18(36), 57-85.

<https://dx.doi.org/10.22395/ojum.v18n36a3>).

23°. Con todo, el Estado se encuentra emplazado a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas (en este sentido ver Corte IDH. (2010). Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas, Serie C n.º 214. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214, parr. 271).

24°. A su vez, el segundo de los preceptos impugnados no configura un derecho subjetivo a la pena alternativa, motivo por el cual su declaración de inaplicabilidad no es una privación de derechos ni una regresión. Es del caso señalar que el artículo 14 cuestionado no establece un derecho subjetivo del condenado a una pena cumplida en libertad a todo evento, sino que solamente agrega una facultad adicional a las ya existentes para los tribunales con competencia sobre la Isla, en orden a determinar modalidades específicas de cumplimiento de penas, entregando un mayor poder decisorio al órgano jurisdiccional, sin “obligarle” a determinar a todo evento una pena “extra muros”. Sin perjuicio de ello, es ineludible para el Estado de Chile, en este caso esta Magistratura y también el tribunal del fondo, que en el caso concreto las condiciones de cumplimiento de pena que el legislador establezca o permita establecer deben resguardar otros estándares derivados de las normas internacionales precedentemente transcritas: sanción eficaz y prevención eficaz



significarán garantías de no repetición y además para la mujer el no ser re victimizada con el temor de volver a soportar un hecho de los caracteres del mismo delito porque el violador condenado no ha cumplido pena efectiva y sigue siendo parte de su vecindario en las mismas condiciones y circunstancias que existían antes de la violación, las cuales fueron parte del contexto en el que la misma no pudo ser evitada, en perjuicio de su garantía de la libertad sexual.

25°. Que, en lo referente al Convenio 169 de la OIT, los preceptos impugnados fueron dictados en función de lo que el Estado de Chile entendía era el contexto socio cultural del pueblo Rapa Nui hace más de 50 años, por lo que su componente de legislación referida al estatuto de un pueblo originario es ineludible, con todas las reservas respecto de haber sido dictada y formulada sin los estándares jurídicos internacionales actuales y en una visión “conticéntrica”..

26°. Si se llegase a sostener que es la “costumbre” pascuense la justificación de los preceptos impugnados, ello significaría sostener –erradamente- que prácticas de sexualidad forzada, calificables como violación, serían parte de una fuente del derecho: la costumbre jurídica, y en específico la de un pueblo originario. Ha de recordarse que la costumbre jurídica se define como la repetición voluntaria y reiterada de ciertos actos por parte de los involucrados en ella, en la convicción de que dicha repetición reiterada y voluntaria satisface una determinada y específica necesidad jurídica, elementos que en un delito de violación, como la juzgada en la gestión pendiente, jamás estarán presentes, pues la violación no es voluntaria para quién la soporta y además dicho repudiable acto no satisface necesidad jurídica alguna (no podría hacerlo bajo ningún concepto).

27°. Así, resulta imposible calificar los elementos de hecho del caso concreto como una “costumbre” para efectos de tratar de justificar la razonabilidad de la norma sobre rebaja de penas dictada hace más de medio siglo.

28°. Por otra parte, los artículos 8 a 10 del Convenio 169 de la OIT sobre SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES disponen:

“Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9



1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”.

29°. Cabe observar que de las normas transcritas emergen una serie de principios y reglas que deben ser tenidas en cuenta. Entre ellas, que las costumbres o el derecho consuetudinario deben ser tenidos como elementos de juicio al aplicar la ley, en función del art. 9.2 del Convenio. En este sentido, la costumbre indígena está recogida como elemento de juicio y fuente del derecho en el artículo 54 de la Ley N° 19.253, que ESTABLECE NORMAS SOBRE PROTECCION, FOMENTO Y DESARROLLO DE LOS INDIGENAS, Y CREA LA CORPORACION NACIONAL DE DESARROLLO INDÍGENA, pudiendo servir de base a la aplicación de una eximente o una atenuante de responsabilidad penal y estableciendo normas acerca de su prueba en juicio. Es decir, si hubiese elementos de costumbre rapa nui en el caso concreto, el tribunal del fondo estaría dotado de todas las atribuciones para ponderarla y eventualmente aplicarla –si efectivamente existe y se acredita- como en todas las causas en que alguien que sea uno de sus titulares la invoque, si es que concurriesen los elementos del aludido artículo 54.

30°. Sin embargo, el artículo 8.2 del Convenio 169 despeja toda duda y hace que el eventual dilema entre las normas Convención de Belem do Pará y la costumbre de pueblos originarios sea en realidad un conflicto aparente, es decir inexistente, pues dispone clara y categóricamente que “*Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos*”, dejando fuera de su amparo y reconocimiento a toda costumbre que no se ajuste a estándares de derechos fundamentales y de derechos humanos, lo cual significa que en el caso concreto la práctica de una violación no puede ser incluida dentro de la costumbre amparada por el derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos originarios, a menos que alguien considerare que la libertad sexual no es un derecho fundamental ni tampoco parte de la dignidad humana, cuestión que es un sinsentido conceptualmente hablando, además de encontrarse expresamente reconocido el derecho a la vida sin violencia para toda mujer - incluyendo en su definición a la violencia sexual- de conformidad a las normas de derecho internacional convencional ya transcritas.



31°. Que en lo relativo a la determinación de la pena específica en el caso concreto, dicho ejercicio es de resorte exclusivo del ejercicio de las atribuciones del tribunal del fondo de la gestión pendiente, al ponderar la existencia de atenuantes, agravantes y de toda otra norma o circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, sean ellas generales o bien específicas para miembros de pueblos originarios, debiendo tener presente, en función de la pertenencia a dicho pueblo originario, lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio 160 de la OIT, y lo dispuesto por la legislación que desarrolle dichas normas. Frente a ello, y no obstante la declaración de inaplicabilidad de la presente sentencia, no puede preterirse la existencia de la garantía normativa del recurso de nulidad en materia penal, pudiendo interponerse frente a lo que el interviniente considere sea una vulneración de sus derechos y garantías en el acto de juzgamiento y en la determinación específica de la pena, cuestión que siempre será conocida, determinada y resuelta por el tribunal competente para fallar dicho recurso, en el marco del iter procesal de la gestión pendiente.

32°. Que, más allá del estatuto de penas alternativas de la Ley N° 18.216 y las excepciones que se establecen en el inciso segundo de su artículo primero, el Convenio 169 de la OIT en su artículo 10 exige al Estado un sistema de penas alternativas que considere en específico los factores propios de la cosmovisión de pueblos originarios y que el cumplimiento de las penas sea acorde con ello, cuestión que no es parte de los elementos que regula la Ley N° 18.216, ni tampoco de los normados en el decreto ley N° 321, de 1925, referido a libertades condicionales.

33°. Es en ese orden que dicha materia es una de aquellas en las cuáles el Estado de Chile tiene tareas pendientes en la dictación de normas que ejecuten los estándares comprometidos en el Convenio N° 169, normativa interna que además deberá armonizarse con otros compromisos de derecho internacional de los derechos humanos, como lo son, por ejemplo, los estándares de la citada CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, "CONVENCION DE BELEM DO PARÁ".

Redactó la sentencia el Ministro señor GONZALO GARCÍA PINO y la disidencia, el Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN. Las prevenciones fueron redactadas por los Ministros señores CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA y RODRIGO PICA FLORES, respectivamente.



Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 8792-20-INA

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

Se certifica que el Ministro señor Nelson Pozo Silva concurre al acuerdo y fallo, pero no firma por encontrarse haciendo uso de feriado legal.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás 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 emergencia sanitaria existente en el país.

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

María
Angélica
Barriga Meza

Firmado digitalmente
por María Angélica
Barriga Meza
Fecha: 2021.01.29
17:43:50 -03'00'

María Luisa
Brahm Barril

Firmado digitalmente por
María Luisa Brahm Barril
Fecha: 2021.01.29
16:59:46 -03'00'