

ISSN Nº 2735-6094

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Nº 81

Abril 2021



Fiscal Nacional y Representante Legal:

JORGE ABBOTT CHARME

Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:

PABLO CAMPOS MUÑOZ

Comité Editorial:

PABLO CAMPOS MUÑOZ

COORDINADOR

EVA CURIA CASTRO

SANDRA LUCO CASTRO

SEBASTIAN SALINERO ECHEVERRÍA

ANTONIO SEGOVIA ARANCIBIA

Colaboradores:

ANDREA GONZÁLEZ LEIVA

SOLEDAD POBLETE MOYA

La Revista Jurídica del Ministerio Público (ISSN N°2735-6094) es una publicación de la Fiscalía Nacional de la Institución, continuadora del Boletín del Ministerio Público, cuyo primer número fue publicado en mayo de 2001. Durante su primer año de publicación, fue editado mensualmente. Durante el año 2002 lo fue cada dos meses y, en el 2003, el incremento del material de difusión generado por la Reforma, forzó su edición trimestral, para fortalecer la recopilación y selección del material a publicar. A partir del año 2016 pasa a tener una periodicidad cuatrimestral.

Contenidos: 1.- Jurisprudencia; 2.- Comentarios de Jurisprudencia (artículos en que autores pertenecientes al Ministerio Público o externos analizan aspectos doctrinarios interesantes de fallos correspondientes al nuevo procedimiento penal); y 3.- Artículos e Informes de autores pertenecientes al Ministerio Público o externos que analizan diversos temas de derecho, principalmente derecho penal y procesal penal, o se informa sobre distintos aspectos relativos a la reforma procesal penal.

Las sentencias publicadas en esta Revista se encuentran diagramadas de acuerdo al estilo de edición de la misma y sus textos son la transcripción de los originales, salvo cuando involucran a menores de edad, a víctimas de delitos de índole sexual o violencia intrafamiliar, o testigos cuya identidad no debe ser difundida, casos en el cuales los nombres de las víctimas y/o testigos y parientes, son reemplazados por sus iniciales para resguardar su identidad.

Las expresiones contenidas en los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión del Ministerio Público.

El Ministerio Público autoriza la reproducción del contenido de esta publicación, siempre y cuando se cite al autor, el número y año de la publicación y no se utilice para fines comerciales.

DIRECCIÓN: CATEDRAL 1437, SANTIAGO, CHILE.

E-MAIL: SLUCO@MINPUBLICO.CL

TELÉFONO: 229659693

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PRÓLOGO

página nº5

DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

página nº6

ARTÍCULO

VIOLENCIA CONTRA PERSONAS LGBTI, ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE DISCRIMINACIÓN Y VIOLENCIA POR PREJUICIO

CECILIA PEÑALOZA PEÑALOZA

página nº7

UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

página nº43

ARTÍCULO

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INDEPENDENCIA DE LAS RESPONSABILIDADES, LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA Y SU POSIBLE RELACIÓN CON EL *NE BIS IN IDEM*

YELICA LUSIC NADAL

página nº44

UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

página nº63

ARTÍCULO

UNA DÉCADA DE DIFICULTADES INTERPRETATIVAS. ACOGE RECURSO DE NULIDAD DE LA FISCALÍA. MÁS ALLÁ DE LA CANTIDAD Y PUREZA DE LA DROGA EN LOS TIPOS PENALES DEL ARTÍCULO 4º Y 3º DE LA LEY Nº 20.000

JUAN CASTRO BEKIOS

página nº64

UNIDAD DE COOPERACION INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

página nº82

ARTÍCULO

ARTICULACIÓN DE NORMAS DE ASISTENCIA JURÍDICA INTERNACIONAL CONTENIDAS EN TRATADOS DE ASISTENCIA MUTUA Y CONVENCIONES PARA LA SUPRESIÓN

KAREN MEIER MELLADO

página nº83

UNIDAD ESPECIALIZADA EN DERECHOS HUMANOS, VIOLENCIA DE GÉNERO Y DELITOS SEXUALES

página nº120

ARTÍCULO

DEL ELEMENTO CULTURAL A LA CULTURA DEL ABUSO: INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 13 Y 14 DE LA “LEY PASCUA” EN MATERIA DE DELITOS SEXUALES
COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DICTADA EN CAUSA ROL N° 8792-2020

LORENA VILLAGRÁN SALAH

página nº121

UNIDAD ESPECIALIZADA EN LAVADO DE DINERO, DELITOS ECONÓMICOS, MEDIOAMBIENTALES Y CRIMEN ORGANIZADO

página nº144

ARTÍCULO

¿NUEVAS REGULACIONES EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DEL MERCADO DE CAPITALES Y AGENTES DE VALORES. CONSIDERACIONES RESPECTO DE ALGUNAS DE LAS NORMAS PENALES INTRODUCIDAS POR LA LEY N° 21.314

ANDRÉS SALAZAR CÁDIZ

página nº145

UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

página nº163

SENTENCIA COMENTADA

LA COSTUMBRE INDÍGENA EN EL FALLO DICTADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DEL DENOMINADO “CASO ISLA DE PASCUA”

ÁLVARO MURCIA GARCÍA

página nº164

PRÓLOGO

Si bien las reivindicaciones de grupos que sufren desigualdad y discriminación llevan ya bastante tiempo, es indudable que en la actualidad se trata de voces con mayor presencia y reconocimiento en nuestra sociedad. Baste pensar en la elección de nuestros constituyentes y sus reglas: cupos reservados para pueblos originarios y paridad de género. Otro tanto sucede con las minorías sexuales, en que vemos desde reconocimiento y protección a nivel legislativo hasta los nuevos enfoques en materia de educación sexual ya desde el nivel escolar y preescolar.

Las problemáticas y los prejuicios que los han rodeado, han ido cobrando una relevancia cada vez mayor, y si bien siguen sufriendo discriminaciones, también nuestra sociedad ha ido preocupándose de manera más decidida de enfrentarlas y corregirlas, procurando mejores herramientas y acercamientos a estas situaciones, como da cuenta el artículo que aborda la violencia contra personas LGBTI, de nuestra División de Atención a Víctimas y Testigos.

Otro tanto ocurre con los actos de violencia y abuso sexual contra mujeres, tema que abordan en esta edición de nuestra Revista tanto la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, como la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, las que ahondan en los privilegios establecidos en la Ley Pascua en la determinación de la pena y el cumplimiento de esta, establecidos en normas recientemente declaradas inaplicables por inconstitucionalidad en un caso de violación.

En torno a otras problemáticas de relevancia actual, la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas nos ofrece un artículo que analiza las dificultades de interpretación respecto de la cantidad y pureza de la droga en los tipos penales de los artículos 3 y 4 de la Ley N° 20.000. Otro tanto sucede con la colaboración en materia de asistencia jurídica internacional, tan necesaria en un mundo globalizado, y que la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones analiza en un artículo.

Finalmente, las Unidades Especializadas en Anticorrupción y Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado ofrecen artículos que profundizan en torno a las responsabilidades administrativas y penales de los funcionarios públicos y las nuevas regulaciones en materia de transparencia del mercado a partir de las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.314.

JORGE ABBOTT CHARME

Fiscal Nacional

**DIVISIÓN DE ATENCIÓN
A VÍCTIMAS Y TESTIGOS**

VIOLENCIA CONTRA PERSONAS LGBTI, ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE DISCRIMINACIÓN Y VIOLENCIA POR PREJUICIO

Cecilia Peñaloza Peñaloza¹

INTRODUCCIÓN

El presente artículo aborda elementos que permiten dimensionar la grave violencia a la que se encuentran expuestas las personas LGBTI² tanto en nuestro país como en diversas partes del mundo, profundizando en el concepto de *igualdad y no discriminación* en tanto principio básico y general de la protección de los derechos humanos, conforme lo entiende la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y vinculándolo con el concepto *violencia por prejuicio*, que permite comprender que la violencia contra las personas LGBTI puede llegar a ser el resultado de percepciones negativas basadas en nociones preconcebidas de lo que debería ser la orientación sexual o la identidad de género en un contexto social y cultural sostenido por reglas basadas en la heteronormatividad y en un sistema binario de género. Para poder observar de ma-

¹ Trabajadora Social, profesional asesora de la División de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² En el presente artículo se comparte la definición del acrónimo LGBTI que desarrolla la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva 24/17, de 24 de noviembre de 2017, donde define LGBTI como: *Lesbiana, Gay, Bisexual, Trans o Transgénero e Intersex*. Las siglas LGBTI se utilizan para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculinos y femeninos. Sobre esta sigla en particular, la Corte recuerda que la terminología relacionada con estos grupos humanos no es fija y evoluciona rápidamente, y que existen otras diversas formulaciones que incluyen a personas Asexuales, Queers, Trasvestis, Transexuales, entre otras. Además, en diferentes culturas pueden utilizarse otros términos para describir a las personas del mismo sexo que tienen relaciones sexuales y a las que se auto identifican o exhiben identidades de género no binarias (como, entre otros, los hijra, meti, lala, skesana, motsoalle, mithli, kuchu, kawein, queer, muxé, fa'afafine, fakaleiti, hamjensgara o dos-espíritus). No obstante, si la Corte no se pronunciara sobre cuales siglas, términos y definiciones representan de la forma más justa y precisa a las poblaciones analizadas, únicamente para los efectos de la presente opinión, y como lo ha hecho en casos anteriores, así como ha sido la práctica de la Asamblea General de la OEA, se utilizará esta sigla de forma indistinta sin que ello suponga desconocer otras manifestaciones de expresión de género, identidad de género u orientación sexual.

nera más concreta los efectos de la discriminación y violencia por prejuicio, se incluye un breve análisis de la sentencia de la Corte IDH en el Caso Azul Rojas Marín contra Perú, el que, por una parte, permite visibilizar las dificultades y obstáculos para acceder a la justicia que enfrentan las personas LGBTI y, por otro, que la discriminación y violencia hacia ellas puede provenir de agentes del Estado quienes no están exentos, en el ejercicio de sus funciones, de cometer diversas formas de maltrato fundado en la orientación sexual o la identidad o expresión de género de la víctima. Finalmente, se realiza una breve revisión del enfoque interseccional, que resulta ser una herramienta útil para analizar y comprender las diferentes formas en que se invisibiliza a una persona como sujeto de derechos, haciendo visibles las particularidades de la discriminación por más de uno de los motivos prohibidos establecidos en varios tratados de derechos humanos, que sufren determinados grupos como lo son las personas LGBTI.

ANTECEDENTES

Desde el año 2017 el Ministerio Público ha venido generando acciones para conocer y observar la especificidad y recurrencia con la que se manifiesta la violencia en contra de las personas LGBTI. Así, en ese año se crea la Unidad de Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional, Unidad que implementa un Observatorio de violencia contra personas LGBTI, y que tiene como uno de sus objetivos el registrar los delitos cometidos en contra de estas personas y asesorar a las y los fiscales en sus investigaciones criminales iniciadas por hechos de violencia motivados por la identidad o expresión de género de la víctima.

Por otra parte, el Ministerio Público elaboró la Política de Igualdad de Género de la Fiscalía de Chile³ a partir de un proceso de diagnóstico relativo a esta materia, que evidenció la necesidad de contar con mecanismos que permitan incorporar el enfoque de género de manera transversal en los distintos ámbitos de competencia de la institución.

La Política de Igualdad de Género de la Fiscalía de Chile establece un marco que comprende todas las acciones que el Ministerio Público se propone realizar para garantizar la Igualdad de Género. Un aspecto relevante que forma parte del Eje 2 de esta Política, dice relación con el objetivo de incorporar transversalmente el enfoque de igualdad de género y derechos humanos en los servicios de orientación, protección y apoyo a víctimas y testigos, e incluye como parte de sus líneas de acción el generar directrices de trato diferenciado y acciones afirmativas para víctimas y testigos con mayor grado de vulnerabilidad, esto implica el diseño de medidas especiales de carácter temporal para lograr la igualdad sustantiva.

³ MINISTERIO PÚBLICO y EUROSOCIAL. *Política de Igualdad de Género de la Fiscalía de Chile*. 2020.

En este contexto, el Plan de Acción de la Política de Igualdad de Género 2020 – 2022, definido por el Comité Técnico de Género⁴, estableció la creación de *orientaciones para la atención de personas usuarias en el marco de la Ley N° 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género*, las que se materializan, entre otros, en la elaboración de un Manual de Atención, cuyo propósito es establecer procedimientos acordes a los estándares internacionales de derechos humanos, a la normativa nacional y a la Política de Igualdad de Género del Ministerio Público, para la atención a personas víctimas, testigos y usuarias en general, con pleno respeto a la orientación sexual⁵, la identidad de género⁶ y/o expresión de género⁷⁻⁸.

VIOLENCIA CONTRA PERSONAS LGBTI

La especial situación de vulnerabilidad que afecta a las personas LGBTI obedece a las diferentes formas de discriminación, exclusión y estigmatización que viven, fenómeno que viene sucediendo de manera reiterada en diferentes países del mundo y es de muy larga data. Por la crudeza de la violencia y la forma permanente en que esta ocurre, surge la interrogante ¿qué sostiene este fenómeno?, y para intentar responder esta pregunta, revisados diversos informes e investigaciones⁹, se ha podido constatar que los contextos

4 El Comité Técnico de Género fue creado mediante Resolución FN/MP N°165/2018. Posteriormente, se dictó la Resolución FN/MP N°1266/2020, que deja sin efecto la Resolución FN/MP N°165/2018 y crea un sistema de Gobernanza en Género del Ministerio Público.

5 La orientación sexual se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual [que una persona puede sentir] por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas. La orientación sexual es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación. Además, la orientación sexual puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto. Todas las personas tienen una orientación sexual, la cual es inherente a la identidad de la persona. Definición tomada de: Corte IDH. Opinión consultiva OC-24/17. Identidad de Género, e Igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. 2017, p. 21, párr. 32.l.

6 La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar o no la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos. Definición tomada de: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17. Identidad de Género, e Igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. 2017, p. 17, párr. 32.f.

7 Se entiende como la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto percibida. Definición tomada de: Corte IDH. Opinión consultiva OC-24/17. Identidad de Género, e Igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. 2017, p. 17, párr. 32.g.

8 MINISTERIO PÚBLICO, *Manual de Atención a Personas Usuarias, Ley N°21.120*. 2021.

9 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales*,

sociales y culturales de discriminación, exclusión y estigmatización **suelen ser propiciados o sostenidos por una compleja estructura de reglas basadas en la heteronormatividad y en un sistema binario de género.**

La heteronormatividad se entiende como “*un conjunto de patrones, creencias y costumbres que conforman un sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas normales, naturales e ideales y son culturalmente preferidas por sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género. Ese concepto apela a reglas jurídicas, religiosas, sociales y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes*”¹⁰. Así, la heteronormatividad se sitúa como norma universal que niega y sanciona aquellas identidades, expresiones y relaciones que no se enmarcan en ella.

Por otra parte, el sistema binario de sexo y género es un “*modelo social y cultural dominante en la cultura occidental que considera que el género y el sexo abarcan dos, y sólo dos, categorías rígidas, a saber: masculino/hombre y femenino/mujer. Tal sistema o modelo excluye a aquellos que no se enmarcan en las dos categorías anteriores (como las personas trans o intersex)*”¹¹.

Así las cosas, toda persona cuya identidad, orientación sexual, comportamiento o expresión de género no calce con el paradigma de la heteronormatividad o el sistema binario sexo / género, puede ser objeto de violencia por el solo hecho de transgredir estos conceptos dominantes.

Para profundizar más en este punto, resulta imprescindible considerar todos los aportes que a la fecha ha realizado el enfoque de género. Este enfoque es una herramienta que permite ver y entender la situación de desventaja en que han vivido y continúan viviendo principalmente las mujeres, por la dinámica de roles y estereotipos de género que interactúan en nuestra cultura, poniendo el foco en las situaciones de discriminación, de desigualdad y violencia que experimentan. En este sentido, el enfoque de género devela la discriminación hacia las mujeres y también la discriminación hacia quienes adoptan formas o comportamientos diferentes a los establecidos en el sistema binario de sexo

Trans e Intersex en América. Año 2015; MOVHIL, Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género en Chile, 2018; Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, Identidad de Género, e Igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 2017; Experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, Primer Informe, abril de 2017; ARIAS, et al, Informe trinacional: Litigio estratégico de casos de violencia por prejuicio por orientación sexual, identidad y expresión de género en Colombia, Perú y Honduras, Marzo de 2020; JURCIC, Manual práctico. Trabajar con víctimas de delitos de odio anti-LGBT, 2018.

¹⁰ CORTE IDH. *Opinión consultiva OC-24/17. Identidad de Género, e Igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.* 2017, p. 21, párr. 32.u.

¹¹ CORTE IDH, ob. cit., supranota N°10, p. 16, párr. 32.c.

y género, especialmente si se trata de formas, sentimientos, deseos o comportamientos ‘femeninos’. En consecuencia, el sistema binario de género sustenta las relaciones de poder entre mujeres y hombres, y también las relaciones de poder entre las sexualidades e identidades normativas y las no normativas.

En este contexto, la violencia contra las personas LGBTI se produce como resultado de las expectativas sociales sobre comportamientos o roles de género considerados como aceptables. Es decir, solo hay dos géneros reconocidos: masculino y femenino, que cuentan con posibilidades desiguales de acceso al poder y, en ese contexto, cualquier persona puede convertirse en blanco de violencia por transgredir los conceptos predominantes de los roles de género¹², por ejemplo: la idea de que algunos hombres están transgrediendo el concepto de masculinidad si su expresión de género no coincide con la expresión de género masculina hegemónica, por tanto, esa transgresión a la norma debe ser “castigada”.

En efecto, durante las últimas dos décadas la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), ha manifestado que, a través de sus funciones de monitoreo, ha tenido conocimiento de las diversas características que presenta la violencia contra las personas LGBTI, donde ha constatado que muchas manifestaciones de esta violencia están basadas en el deseo del perpetrador de “castigar” las identidades, expresiones, comportamientos o cuerpos de estas personas por diferir de las normas y roles de género tradicionales, o por ser contrarias al sistema binario hombre/mujer. Esta violencia se dirige, entre otros, a las demostraciones públicas de afecto entre personas del mismo sexo, a las expresiones de “feminidad” percibidas en hombres o de “masculinidad” en mujeres, entre otros. La violencia también se ha podido observar en el uso de la fuerza por agentes de seguridad del Estado, encargados de hacer cumplir la ley, quienes, amparados en ideas sobre “moral pública” perciben que pueden castigar a personas cuya orientación sexual, identidad y/o expresión de género es diversa. Esta violencia también puede tomar la forma de violencia médica ejercida contra personas cuyos cuerpos difieren de los estándares socialmente aceptados de cuerpos masculinos o femeninos, en intentos por “arreglar su sexo”, entre otros¹³.

Por esta razón, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) ha aprobado regularmente resoluciones sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género¹⁴. En general, a través de estas resoluciones los estados que la con-

¹² JURCIC, Marco y colbs. *Manual práctico. Trabajar con víctimas de delitos de odio anti-LGBT*. Girona, Universidad de Girona, 2018, p. 22.

¹³ CIDH, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. Año 2015, p. 38.

¹⁴ OEA, Resoluciones de la Asamblea General: AG/RES. 2928 (XLVIII-O/18), Promoción y protección de derechos humanos,

forman han ido manifestando su preocupación por las violaciones de derechos humanos cometidas contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y encargando a los órganos respectivos de la OEA incluir el tema en su agenda.

De igual modo, el Sistema de Naciones Unidas ha establecido diversos mecanismos para supervisar la garantía de los derechos humanos en los diferentes países que lo integran. En efecto, el Consejo de Derechos Humanos ha adoptado Resoluciones¹⁵ relevantes sobre esta materia y ha propiciado la elaboración de informes tales como el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos relativo a leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género¹⁶ e informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género¹⁷.

Así, en las últimas dos décadas diversos informes de organismos internacionales y expertos en la materia han venido documentando y condenando la agudización de la violencia y la exclusión social que padecen las personas que no se ajustan a los estándares de heteronormatividad en el ejercicio de su identidad, expresión de género y/o su orientación sexual.

En 2012, la Agencia Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aplicó una encuesta online (Encuesta de la Unión Europea sobre Lesbianas, Gais, Bisexuales y Transgéneros), publicada en mayo de 2013, sobre experiencias de discriminación motivadas por prejuicio, violencia o acoso hacia personas LGBTI. La encuesta recibió 93.079 respuestas, y los resultados muestran que las personas LGBTI en la Unión Europea sufren discriminación, marginación y violencia en la escuela, en el trabajo y en los espacios

5 de junio de 2018; AG/RES. 2908 (XLVII-O/17), Promoción y protección de derechos humanos, 21 de junio de 2017; AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), Promoción y protección de derechos humanos, 14 de junio de 2016; AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género, 5 de junio de 2014; AG/RES. 2807 (XLIII-O/13), Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género, 6 de junio de 2013; AG/RES. 2721 (XLII-O/12), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 4 de junio de 2012; AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 7 de junio de 2011; AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 8 de junio de 2010; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 4 de junio de 2009, y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 3 de junio de 2008.

15 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución N°17/19, A/HRC/RES/17/19, Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, Junio de 2011; Resolución N°27/32, A/HRC/RES/27/32, Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, octubre de 2014; Resolución N° 32/2, A/HRC/RES/32/2, Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, junio de 2016.

16 NACIONES UNIDAS, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. 17 de noviembre de 2011. A/HCR/19/41.

17 Experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. Primer Informe, abril de 2017.

públicos¹⁸, donde la mayoría de las personas encuestadas que habían experimentado violencia en el último año (59%), dijeron que el último ataque o amenaza de violencia sufrido estaba relacionado parcial o completamente con el hecho de ser percibidas como personas LGBTI.

Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su Informe sobre violencia contra personas LGBTI (2015), a partir del análisis de las estadísticas disponibles, señaló que muchos casos de violencia contra estas personas no se denuncian ya que las víctimas, temiendo represalias, no quieren identificarse como LGBTI o no confían en las policías o en el sistema de justicia de sus países y, quienes interponen denuncias, generalmente suelen hacerlo con el apoyo de organismos de la sociedad civil orientados a apoyar a estas víctimas. El acudir acompañados de otra persona o de una organización de la sociedad civil es algo observado en personas LGBTI víctimas de delito, lo que podría deberse a que resulta muy exigente para estas víctimas el enfrentar solas a las instituciones del sistema penal, dada la alta carga de estigmas, discriminación y la falta de reconocimiento de la violencia que viven. Más aún, algunas personas LGBTI llegan a internalizar los estigmas y prejuicios contra ellas, lo que se convierte en un mayor obstáculo para que las mismas reconozcan o admitan los abusos a los que han estado expuestas¹⁹. La internalización de los estigmas, prejuicios y rechazo hacia sí mismas por su orientación sexual y/o identidad de género, es un proceso muy perjudicial para las personas LGBTI, puesto que al normalizarlos tienden a desarrollar un nivel de tolerancia mucho más alto a los abusos y a la violencia que experimentan, lo que se traduce en mayores dificultades para reconocerla y, por tanto, para denunciarla.

Por su parte, tanto la Organización Mundial de la Salud (OMS) como la Organización Panamericana de la Salud (OPS) cuentan con contundentes pruebas científicas sobre el “estigma generalizado” contra las personas por su identidad de género o su orientación sexual y “la ignorancia acerca de la identidad de género en la sociedad establecida y en los sistemas de salud”. Siguiendo los hallazgos de estos organismos, las personas LGBTI viven diversos tipos de discriminación. Dentro de los obstáculos para el acceso a la salud establecen los siguientes:

- ***“Una comprensión inadecuada de los problemas específicos de este grupo: por ejemplo, no abordar las necesidades especiales de atención de salud de las personas LGBTI ni los temas de salud relativos a lesiones y a aspectos conductuales asociados con la discriminación;***

¹⁸ JURCIC, ob. cit., p. 23.

¹⁹ CIDH, ob. cit., párr. 97.

- **La negación de la atención:** por ejemplo, cuando se rechaza a las personas en los hospitales o consultorios locales debido a quienes son o se supone que son;
- **La atención inadecuada o inferior al promedio:** por ejemplo, el abuso verbal, el comportamiento irrespetuoso o el atender que sencillamente no se toma el tiempo de abordar adecuadamente las necesidades del paciente;
- **La restricción para incluir a personas importantes en el tratamiento familiar o en funciones de apoyo o de toma de decisiones;**
- **Las suposiciones inapropiadas acerca de la causa de la enfermedad o los trastornos relacionados con el comportamiento;** y
- **El evitar el tratamiento**²⁰.

En este mismo informe la OMS plantea que “existen considerables pruebas científicas de que las personas LGBTI experimentan peores resultados de salud que el resto de la población en cada país del mundo. Algunos resultados con respecto a las personas LGBTI incluyen:

- Tasas mayores de depresión, ansiedad, consumo de tabaco, abuso del alcohol, consumo de sustancias psicoactivas, suicidio e ideas suicidas como resultado del estrés crónico, el aislamiento social y la desconexión con respecto a una variedad de servicios de salud y de apoyo;
- Las mujeres lesbianas y bisexuales pueden usar servicios de salud preventivos con menor frecuencia que las mujeres heterosexuales y pueden correr un riesgo mayor de sufrir obesidad y cáncer de mama;
- Los hombres gays tienen un riesgo mayor de contraer la infección por el VIH y otras infecciones de transmisión sexual, incluidas las hepatitis virales;
- Las personas LGBTI de mayor edad se enfrentan con mayores obstáculos para acceder a servicios de salud debido al aislamiento y a la falta de servicios sociales y de proveedores culturalmente competentes;
- La falta de apoyo de las familias o las comunidades lleva a que los jóvenes LGBTI tengan una probabilidad significativamente mayor de no tener hogar, lo que da lugar a otros problemas sociales y de salud”²¹.

Esta situación suele ser aún más extrema para las personas transgénero, donde la violencia, estigmas y prejuicios en el entorno familiar, social e institucional las somete a fuertes presiones “normalizadoras” que pueden incluir distintos tipos de violencia física

20 Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS). (2013). *Abordar las causas de las disparidades en cuanto al acceso y la utilización de los servicios de salud por parte de las personas lesbianas, homosexuales, bisexuales y trans. Documento de exposición de conceptos*. CD52/18. 30 de septiembre al 4 de octubre del 2013.

21 OMS y OPS, ob. cit., págs. 5 – 6.

y psíquica, llegando en muchos casos, a la expulsión temprana del hogar, de la vida comunitaria y del sistema educativo. Esta dinámica expulsiva, produce **condiciones iniciales realmente disminuidas** para las personas trans y tiene consecuencias gravísimas que se extienden a lo largo de su vida. Por ejemplo: las personas trans presentan mayores probabilidades de desempleo; experimentan discriminación en el lugar de trabajo y son víctimas de violencia en la comunidad. Tienen una alta prevalencia de infección por el VIH y las infecciones de transmisión sexual, trastornos de salud mental y suicidio, y tiene menos posibilidades de afiliarse a un sistema de salud y contar con seguros contra enfermedades que el resto de la población.

Conforme a la Encuesta de la Unión Europea sobre Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgéneros²², las personas trans son especialmente vulnerables ya que experimentan el nivel más alto de violencia repetitiva, violencia por prejuicio y crímenes de odio. Un tercio (34%) de todas las personas trans encuestadas aseguran que fueron atacadas física o sexualmente y/o amenazadas con violencia en los cinco años anteriores a la encuesta. Además, aproximadamente tres de cada diez personas trans encuestadas (28%) dijeron que habían sido víctimas de violencia o de amenazas de violencia más de tres veces en el último año previo a la encuesta. En tanto, aquellas que declararon haber recibido ataques o amenazas con violencia una vez en el último año previo a la encuesta, alcanzó un 34%²³.

Ser trans implica, además, estar expuestas a recibir un trato discriminatorio basado en un imaginario cultural que les atribuye “peligrosidad” en los espacios donde viven y se desenvuelven, generando una reducción importante de su libertad de movimiento, pues en esos mismos espacios las personas trans son insultadas, hostigadas, perseguidas y detenidas, incluso, en muchos casos, de manera absolutamente arbitraria. En un informe elaborado en Argentina²⁴ se pudo identificar la detención arbitraria como un elemento importante de la vivencia de ser persona trans: pudiéndose constatar que el 65.3% de los casos registrados en dicho informe tiene como perpetrador los cuerpos municipales y cuerpos de seguridad que ejercen funciones auxiliares a las de la Policía de ese país.

Sumado a lo anterior, en todo el mundo las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI) afrontan un riesgo considerable de sufrir tortura y malos tratos, incluidos el abuso sexual por motivos, reales o percibidos, relacionados con su

22 JURCIC, ob. cit., p. 24.

23 JURCIC, ob. cit., p. 24.

24 PARCHUC, Juan Pablo. *Informe sobre códigos contravencionales y de faltas de las provincias de la República Argentina y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en relación con la discriminación y represión a gays, lesbianas, bisexuales y trans*. Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires y Federación Argentina LGBT, 2008. Disponible en: <https://www.yumpu.com/es/document/read/13118833/informe-sobre-codigos-contravencionales-y-de-faltas-de-federacion->. [fecha de consulta: 22 de abril de 2021].

identidad o expresión del género o su orientación sexual. Por esta grave situación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el año 2019 realizó la siguiente recomendación a los Estados:

“15. Adoptar las medidas necesarias para prevenir la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes por los agentes públicos o aquellos que estén actuando en nombre del Estado, en los espacios públicos y de privación de libertad, así como toda forma de abuso policial, incluyendo la adopción de protocolos y directrices dirigidos a los agentes encargados de hacer cumplir la ley, así como la capacitación y sensibilización sobre derechos humanos, orientaciones sexuales e identidades de género no normativas, cuerpos diversos, y los derechos de las personas LGBTI.

a. Considerar como tortura las intervenciones médicas innecesarias en niños y niñas intersex que se realice sin su consentimiento libre, previo e informado”²⁵.

Es importante señalar, además, que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer en las Observaciones Finales sobre el Séptimo Informe Periódico de Chile, de fecha 9 de marzo de 2018, recordó al Estado chileno su Recomendación General N°35 (2017) sobre la violencia contra la mujer basada en el género, la actualización de la recomendación general N°19, y reiteró su recomendación de que el Estado Parte: (...) *“(E) Frente a la falta de medidas de protección para garantizar la dignidad y la integridad de las personas lesbianas, bisexuales y transexuales mujer, inclusive mediante la sensibilización del público acerca de sus derechos, en cooperación con la sociedad civil, y **adoptar medidas para prevenir los crímenes de odio y garantizar investigaciones, enjuiciamientos y condenas y la prestación de servicios adecuados de reparación a las víctimas, incluida la reparación y la indemnización**”²⁶.*

En síntesis, en diversas partes del mundo las sociedades funcionan bajo principios arraigados de heteronormatividad, jerarquía sexual, binarios de sexo/género y misoginia, los que, combinados con la intolerancia generalizada hacia las personas con orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género no normativas, crean y legitiman la violencia y la discriminación contra las personas LGBTI o aquellas percibidas como tales.

²⁵ CIDH. *Reconocimiento de los Derechos de Personas LGBTI*. Año 2018. Capítulo Recomendaciones, p. 140, párr. 267.15.

²⁶ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, en Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile, de fecha 9 de marzo de 2018, en su Apartado D, la violencia basada en el género, párr. 25, Letra E (el destacado en negrilla es mío).

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Para profundizar en el concepto de igualdad y no discriminación, resulta necesario recordar que los derechos humanos son atributos que poseen todas las personas, derivados de la dignidad humana, por tanto, su fundamento es la dignidad que se reconoce a aquellas y a los pueblos. La condición de ser humano es una cualidad que valoran las sociedades y las lleva a comprometerse a asegurar algunos mínimos respecto a las condiciones de vida y a las libertades que permitan resguardar esta dignidad.

Así, los derechos humanos representan una aspiración éticamente fundamentada como una forma de vida en sociedad, que debiese poder gozar cualquier persona, independiente de su situación de origen familiar, socioeconómico o nacional, sin importar cuáles sean sus creencias religiosas, políticas, su etnia, su orientación sexual, identidad de género y con independencia de cualquiera característica física o intelectual u otra condición.

Para lograr el resguardo de la dignidad, se requiere buscar equilibrar las desigualdades que se dan en las relaciones entre las personas y, particularmente, entre estas y el Estado. Los derechos humanos deben entenderse como una limitación al ejercicio de potestades por el Estado que, a su vez, le obligan a realizar determinadas acciones destinadas a permitir el desarrollo integral de la vida de las personas y también actuar para prevenir, investigar, sancionar y reparar vulneraciones de derechos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁷ entiende la igualdad y no discriminación como un principio rector, como derecho y como garantía, es decir, como un principio cuya trascendencia impacta en todos los demás derechos consagrados a nivel del derecho interno y del derecho internacional.

Sobre el concepto de “discriminación”, cabe señalar que la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no contienen una definición de este término, no obstante lo anterior, tanto la Comisión, como la Corte IDH y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han tomado como base los principios de los artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana, así como las definiciones contenidas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer para sostener que la discriminación constituye: [...] *toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional*

²⁷ CIDH, *Compendio Igualdad y No Discriminación. Estándares Interamericanos*. OEA/Ser.L/V/II.171. Doc. 31. 12 febrero 2019, p. 22.

*o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas*²⁸.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Cuadernillo de Jurisprudencia N° 14²⁹, ha señalado que el principio de igualdad y no discriminación es considerado como un principio básico y general de la protección de los derechos humanos, que forma parte del derecho internacional general y en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, ha alcanzado el carácter de *jus cogens*³⁰, vale decir, tiene la vocación de constituirse en norma perentoria basada en un consenso mínimo que prohíbe ciertas conductas por considerarlas intolerables para la supervivencia de la humanidad e inadmisibles por ser contrarias a los valores universales.

En esta misma línea, en el año 2006, un destacado grupo de 16 expertos en derecho internacional de los derechos humanos de distintos países se reunió a petición del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en Yogyakarta, Indonesia, para definir un conjunto de principios internacionales relacionados con la orientación sexual y la identidad de género. El resultado de esta reunión fueron los **Principios de Yogyakarta**³¹, los que, si bien son un instrumento sin carácter vinculante para el Estado Chileno, se han convertido en el estándar común aceptado y utilizado en los sistemas internacionales de derechos humanos.

Específicamente, el Principio 2 relativo a los Derechos a la Igualdad y a la No Discriminación, de los **Principios de Yogyakarta**, establece que *“Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección por parte de la ley, sin ninguna de las discriminaciones mencionadas, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no.*

²⁸ CIDH, ob. cit., supranota N°27, p. 23.

²⁹ CORTE IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 14. Igualdad y No Discriminación*, p. 6.

³⁰ Conforme a la Corte IDH “El ius cogens está formado por derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, que afectan valores y bienes trascendentales de la comunidad internacional consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y que genera obligaciones erga omnes para los Estados, consistentes en adoptar las medidas necesarias para no dejar en la impunidad las violaciones de aquéllas” (Ver en: Corte IDH, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párr. 84, 85, 128 y 131).

³¹ NACIONES UNIDAS, Principios de Yogyakarta, Principios de las Naciones Unidas sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006. Disponible en: <http://yogyakartaprinciples.org/>. [fecha de consulta: 12 de abril de 2021].

La ley prohibirá toda discriminación de esta clase y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier forma de discriminación de esta clase”³².

Es importante tener presente que, si bien los Principios de Yogyakarta señalan algunos derechos específicos, el punto de partida de estos principios es el reconocimiento de la universalidad de los derechos y, en especial, el reconocimiento de los derechos a la igualdad y no discriminación. Ahora bien, dada la grave violencia y discriminación que sufren las personas LGBTI, estos principios parten reconociendo los graves efectos de dicha violencia y discriminación en estas personas, e instan a que la aplicación de la legislación vigente en cada país vele siempre contra cualquier forma de discriminación dirigida hacia ellas, en particular aquella motivada por la orientación sexual, identidad y/o expresión de género.

Como ya vimos, la discriminación, exclusión y estigmatización contra las personas cuya orientación sexual, identidad y/o expresión de género es diversa, son **propiciadas por una compleja estructura de reglas basadas en la heteronormatividad y en un sistema binario de género, fundado en estereotipos** que dificultan el ejercicio de derechos de las personas LGBTI, por la existencia de diversos obstáculos (físicos, económicos, sociales, políticos, normativos, entre otros), que se materializan en frenos para su acceso a la justicia y/o en actos discriminatorios o de violencia, algunos de los cuales han sido objeto de sentencias de la Corte IDH, cuyo trabajo aporta importantes análisis relativos a este principio de igualdad y no discriminación.

Un ejemplo de ello es la sentencia contra Chile en el Caso Atala Riffo y niñas, dictada en el año 2012, que contiene un pronunciamiento relevante en materia de igualdad y no discriminación estructurado en cuatro ejes, cuales son: los alcances del derecho a la igualdad y no discriminación; la inclusión de la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana; la existencia en el caso de una diferencia de trato basada en la orientación sexual; y la evaluación de si dicha diferencia de trato constituyó discriminación”³³.

Respecto de los alcances del derecho a la igualdad y no discriminación en este caso, la Corte IDH hace una referencia a su propio pronunciamiento de años anteriores en la Opinión Consultiva 4, de 1984, en el párrafo 79 de esa sentencia, al establecer: *“Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y*

³² NACIONES UNIDAS, ob. cit., p.10.

³³ Un análisis detallado sobre este tema lo realiza GAUCHÉ Ximena, en su artículo: “Análisis crítico de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013”. En: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Temuco, Universidad Católica de Temuco, Enero – abril, 2014.

es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación”³⁴.

Luego, la Corte IDH establece, en la misma sentencia de este caso, que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que en cualquier medida vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación y que tienen la obligación de adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias en perjuicio de ciertos grupos, como lo son las personas LGBTI.

En cuanto a la inclusión de la orientación sexual y la identidad de género como categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana, es necesario precisar que el Sistema Interamericano ha desarrollado una lectura renovada de los clásicos tratados internacionales de derechos humanos que contienen derechos fundamentales como la libertad, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la igualdad y no discriminación, y otros principios y derechos relevantes para las personas cuya orientación sexual, identidad y/o expresión de género es diversa, los que, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, **son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales**³⁵.

Respecto de la existencia de una diferencia de trato basada en la orientación sexual la Corte IDH en el párrafo 94 de la sentencia mencionada³⁶, plantea que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión, y en este caso, luego de analizar los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se produjeron las decisiones judiciales, pudo establecer que existió una diferencia de trato fundada en la orientación sexual de la Sra. Atala.

Y finalmente, respecto de si la diferencia de trato constituyó discriminación, la Corte IDH consideró que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la

34 Corte IDH, Caso Atala Riffo vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C nro. 239, párr. 79.

35 Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo). Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 193; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú (2004), párr. 165.

36 Corte IDH, ob. cit., supranota N°34, párr. 94.

orientación sexual de la sra. Atala, concluyendo que se utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para establecer la decisión de tuición provisoria de las niñas, el que si bien toma como fundamento el principio del interés superior del niño, no logra probar que, en este caso en particular, la relación y convivencia de la sra. Atala con su pareja afectó de forma negativa el interés superior de las niñas, por lo que dichas decisiones, conforme a la Corte IDH, constituyen un trato discriminatorio en contra de la sra. Atala.

Sin duda la sentencia de este caso fue muy relevante como aporte a la conceptualización de discriminación hacia personas LGBTI, además de los importantes efectos de esta sentencia en tanto se convirtió en un hito impulsor del contexto en el cual nace la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia³⁷.

Pese a los avances logrados a nivel internacional en materia de igualdad y no discriminación, en nuestro país la evolución de la misma ha sido bastante más lenta, ya que, aun cuando se puede observar un cierto progreso, por ejemplo, con la promulgación de la Ley N°20.609³⁸, la tramitación legislativa de dicha ley es un reflejo de la mayor lentitud con que nuestro país avanza en esta temática, toda vez que el proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación ingresó a la honorable Cámara de Diputados el 14 de marzo de 2005, bajo el Gobierno de Ricardo Lagos³⁹, sin embargo, su tramitación estuvo detenida por varios años reactivándose recién en el año 2011, para luego, en el año 2012, gracias a la condena de la Corte IDH a nuestro país en el caso Atala Riffo y Niñas y a la trágica muerte de Daniel Zamudio que evidenció la cruda realidad de violencia y discriminación que viven las personas LGBTI en Chile y que fue fuertemente posicionada en los medios de comunicación por algunas organizaciones de la sociedad civil, pudo lograrse finalmente su promulgación.

Sin embargo, la Ley N°20.609 en su Art. 2° define un concepto de discriminación arbitraria⁴⁰ más limitado que el ya logrado por los Sistema Internacionales de Protección de

37 OEA, Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia AG/RES. 2804 (XLIII-O/13). 5 de junio de 2013.

38 Ley N°20.609, que establece medidas contra la discriminación. Publicada en el Diario Oficial el 24 de julio de 2012.

39 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 20.609. Establece medidas contra la discriminación.

40 La Ley N° 20.609 en su Artículo 2 establece: Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar

Derechos a la fecha de su promulgación. Un ejemplo de ello es que en la enumeración de los motivos prohibidos que esta ley presenta, incorpora la frase: “**en particular cuando se funden en motivos tales como**”, la que resulta imprecisa pues no queda claro si la utilización de los motivos son ejemplos de discriminación o son requisitos de la misma, lo que puede llevar a diversas interpretaciones en su aplicación, entre las cuales está el considerar como requisito esencial la existencia de una de las categorías individualizadas en el señalado Artículo 2° para configurar una discriminación arbitraria como si se tratase de un listado taxativo o, considerar que son motivos ilustrativos de discriminación arbitraria y, por tanto, sería posible sustentar la existencia de discriminación sobre la base de otras características. Esta situación implica un retroceso en relación con la forma como se ha resuelto este punto en el derecho internacional, donde se ha validado la fórmula “**o cualquier otra condición social**” que permite con mucho mayor claridad y amplitud, incluir todos los motivos prohibidos ya establecidos en diversos tratados de derechos humanos.

Sumado a lo anterior, los incisos 2° y 3° del artículo 2° de esta ley limitan expresamente los efectos de emplear los motivos de discriminación arbitraria enunciados en el inciso 1° del mismo artículo, al señalar que tales distinciones, exclusiones o restricciones serán razonables si se justifican “*en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental*» (artículo 2° inciso 3°), y que “*no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público*” (artículo 2° inciso 2°).

Volviendo al desarrollo del concepto de “discriminación” logrado por organismos que conforman los Sistemas Internacionales de Protección de Derechos, tal como se señalara previamente, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han definido la discriminación como: “*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas*”⁴¹ y han establecido, además, que los motivos específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la

situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público.

Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.

⁴¹ CORTE IDH. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 14. Igualdad y No Discriminación*, párr. 81.

Convención Americana, no conforman un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo, dejando abierta la posibilidad de incorporar otras categorías o motivos de entidad similar, que no hubiesen sido explícitamente indicados, con la inclusión del término “cualquier otra condición social”⁴².

Realizada esta breve revisión del concepto de discriminación orientado al análisis de la situación de las personas LGBTI, resulta importante mencionar que en el mes de septiembre de 2015, doce organismos de las Naciones Unidas realizaron un pronunciamiento conjunto con el objeto de hacer un llamado a la protección de los derechos de las personas LGBTI, para lo cual recomendaron a los Estados diversas medidas contra la violencia y discriminación, entre ellas⁴³:

PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA	PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN
<p>Los Estados deben proteger a las personas LGBTI contra la violencia, la tortura y los malos tratos, aplicando entre otras las siguientes medidas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Investigando, encausando judicialmente y proveyendo reparaciones a víctimas de actos de violencia, tortura y malos tratos, ya sea contra adultos/as, adolescentes o niños/as LGBTI como para aquellas personas que defienden sus derechos humanos; • Reforzando las medidas para prevenir, para realizar seguimiento y para denunciar dichas situaciones de violencia; • Incorporando la homofobia y transfobia como circunstancias agravantes en las leyes contra delitos motivados por el odio y contra la incitación al odio; • Reconociendo que la persecución de personas por el simple hecho de ser LGBTI, o de ser percibidos como tal, pueda constituir un fundamento válido para conceder asilo a refugiados/as, y no devolviendo tales refugiados/as a un lugar donde su vida o su libertad puedan verse amenazadas. 	<p>Los Estados deben respetar las normas internacionales de derechos humanos en materia de no discriminación, aplicando entre otras las siguientes medidas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prohibiendo la discriminación contra adultos/as, adolescentes y niños/as LGBTI en todos los ámbitos, incluyendo educación, empleo, sanidad, vivienda, protección social, justicia y situaciones de asilo y de privación de libertad; • Garantizando el reconocimiento legal de la identidad de género de las personas trans sin condiciones abusivas; • Combatiendo los prejuicios contra las personas LGBTI mediante el diálogo, la educación pública y la formación; • Garantizando que las personas LGBTI sean consultadas y participen en la elaboración, aplicación y seguimiento de leyes, políticas y programas que les afecten, incluyendo iniciativas humanitarias y de desarrollo.

42 CORTE IDH. ob. cit., párr. 67

43 ORGANISMOS DE NACIONES UNIDAS. Pronunciamiento: Poner fin a la violencia y a la Discriminación contra personas Lesbiana, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/Joint_LGBTI_Statement_ES.PDF [fecha de consulta: 27 de abril de 2021].

En consecuencia, la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género o expresión de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en estos motivos que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo de la igualdad ante la ley o de la igual protección por parte de la ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas y, es importante tener presente, además que la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género o expresión de género puede verse y por lo común se ve agravada por otras formas de discriminación estructural basadas en otras causales, incluyendo raza, religión, discapacidad, estado de salud, origen social, condición socio económica, entre otros.

VIOLENCIA POR PREJUICIO CONTRA LAS PERSONAS LGBTI

El concepto violencia por prejuicio lo incorporan diversos organismos internacionales, entre ellos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha planteado que en determinados contextos lo que conduce a actos de discriminación o violencia motivados por el prejuicio contra personas LGBTI no es tanto cómo una persona se reconoce, sino **cómo esta es “percibida” por parte de terceros**⁴⁴.

Un prejuicio es un juicio u opinión, generalmente negativo, que una persona o grupo de personas tienen ante otra persona o grupo de personas a los que considera ajenos a su grupo de referencia, entendido el grupo como una región, nación, religión, cultura, clase social, orientación sexual, identidad de género, etnia, etc.

Por tanto, el prejuicio puede ser utilizado para determinar el lugar que deben ocupar aquellas personas percibidas como “otros/as” o como “diferentes”, es decir, tiene que ver con la alteridad, con cómo se ve al “otro” o la “otra”.

Conforme a Maturana⁴⁵, para que exista un escenario de convivencia sana, una convivencia en la consensualidad, no en la mutua negación, no en el sometimiento, no en la frustración de desaparecer en la exigencia, tiene que haber aceptación y respeto mutuo. Asimismo, el autor argumenta que, permitir una expresión libre de cada sujeto involucrado en una convivencia determinada, sin presiones, sometimientos, autoritarismo de ninguna de las partes, da espacio para la construcción de relaciones de respeto mutuo y solidaridad.

Sin embargo, ¿cuáles son los rasgos característicos de una cultura basada en la heteronormatividad? Algunos de ellos son: la jerarquía, el control, la dominación, la autoridad,

44 CIDH, ob. cit., supranota N°13, p. 47, párr. 44 y sgtes.

45 MATURANA, Humberto. *Transformación en la convivencia*. 2ª ed., Santiago, Chile, Océano - Dolmen Ediciones S.A., 2002, p. 138.

la naturalización del sistema binario de género, la alta valoración de la procreación, entre otros. En estas circunstancias, todo intento de convivencia de consensos y de aceptación a las múltiples expresiones de identidad y de corporalidad es un intento de abandonar esa cultura, un intento de superación de la heteronormatividad, lo cual resulta difícil en una sociedad con altos niveles de violencia normalizada desde la familia, el colegio, las relaciones interpersonales y dentro del mismo Estado.

En el escenario cultural en el que nos desenvolvemos actualmente, tanto los prejuicios como los estereotipos condicionan la convivencia social, en el sentido que pueden influir de manera negativa en las relaciones entre grupos sociales y dificultar su convivencia. Los prejuicios y los estereotipos pueden constituirse en la base de actitudes discriminatorias que conlleven graves consecuencias en la convivencia social, pudiendo convertirse en un móvil para emplear la violencia y la agresión hacia otros seres humanos.

Conforme indica el Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género⁴⁶ la causa fundamental de los actos de violencia y discriminación por orientación sexual o identidad de género **es la intención de castigar sobre la base de nociones preconcebidas de lo que debería ser la orientación sexual o la identidad de género de la víctima.**

En consecuencia, la **violencia por prejuicio** es un concepto que apunta a una comprensión de la violencia como un fenómeno social, no como un hecho aislado⁴⁷, y que se sustenta en juicios u opiniones preconcebidos de lo que debería ser la orientación sexual o la identidad de género a partir de una visión heteronormativa y binaria de género, que determina qué es un hombre y una mujer o qué es lo masculino y lo femenino sin reconocer otras identidades y/o expresiones.

La CIDH considera que el concepto de violencia por prejuicio resulta útil para comprender la violencia contra las personas LGBTI y plantea además que los conceptos de prejuicio y estereotipo están relacionados ya que el concepto de estereotipo ha sido definido como la visión o preconcepción generalizada de los atributos o características que los miembros de un grupo particular poseen, o de los roles que juegan o deben jugar. Conforme a la Real Academia Española estereotipo se define como “*imagen o idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable*”. Es decir, un estereotipo presume que todos los miembros de un cierto grupo social poseen atributos o características particulares. En consecuencia, se considera que una persona, simplemente por su pertenencia a dicho grupo, se ajusta a una visión generalizada o preconcepción.

46 NACIONES UNIDAS, A/HRC/38/43, Informe presentado por el Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, Víctor Madrigal-Borloz, 11 de mayo de 2018, párr. 48.

47 CIDH, ob. cit. Supranota N°13, p. 47, párr. 44.

Revisando la historia del concepto de violencia por prejuicio, es posible remontar a que, primeramente, en 1985, surge en Estados Unidos el concepto “crímenes de odio” o “hate crime”, a raíz de una oleada de crímenes basados en prejuicios raciales, étnicos y nacionalistas que fueron investigados por el Federal Bureau of Investigation⁴⁸. Como resultado de ello, los medios de comunicación de la época utilizaron este término por su impacto comunicacional, dando paulatinamente paso al surgimiento de un término académico.

A partir de esa época, los diferentes movimientos para la promoción y protección de los derechos humanos en Estados Unidos lo fueron incorporando en su discurso y se fue ampliando el uso del mismo para la inclusión de otros grupos marginalizados.

La utilización del término se introdujo dentro de la legislación norteamericana con dos variaciones en su terminología. Por un lado, se utiliza el “hate crime”, o crímenes de odio, que, por lo general, se observa, principalmente, en leyes federales⁴⁹. Por otra parte, se usa el “bias crime”, o crimen por prejuicio, cuyo contenido tiene una referencia al prejuicio y se advierte, por lo general, en la jurisprudencia estatal. La generalización en el uso del término “hate crime” frente al “bias crime”, la definieron los medios de comunicación.

En América Latina, Uruguay estableció específicamente el concepto jurídico de crímenes de odio basados en la orientación sexual y la identidad de género entre otras categorías tales como el color de la piel, raza, religión y el origen nacional o étnico. Así, la legislación uruguaya define los crímenes de odio como “actos de odio, desprecio o violencia contra determinadas personas” con base en estas categorías, además, los crímenes de odio en ese país conllevan una pena de prisión (de entre seis y veinticuatro meses) adicional a la pena que se imponga por el delito cometido⁵⁰.

Por tanto, la violencia hacia las personas cuya orientación sexual, identidad o expresión de género difieren del estándar socialmente aceptado, conforme la CIDH lo ha señalado, responde a un contexto social generalizado en el continente americano que se caracteriza por prejuicios estereotipados contra estas personas. Este contexto de prejuicio, sumado a la omisión de investigar adecuadamente dichos crímenes, podría estar conduciendo a una legitimación de la violencia contra las personas LGBTI⁵¹.

Para identificar cuándo un acto concreto de violencia está motivado por el prejuicio,

48 SHIVELY, Martin and MULFORD Carrie. “Hate Crime in America: The Debate Continues”. En: *NIJ Journal*, N° 257, Washington, DC, National Institute of Justice, Junio de 2007, págs. 8 – 13.

49 La diferencia se basa más que todo en la preferencia de término de los legisladores. Como usualmente las leyes federales fueron impulsadas por campañas mediáticas, estas responden al término “hate crime”. Desde el punto de vista legal, los dos términos se usan intercambiabilmente en EEUU sin ninguna connotación agregada, ya que las definiciones específicas varían en cuanto a la mención de grupos protegidos y actos incluidos.

50 CIDH, ob. cit., supranota N°13, p. 47, párr. 42.

51 CIDH, ob. cit., supranota N°13, p. 50, párr. 43.

tanto en su dimensión de odio como en su dimensión de predisposición, algunas organizaciones han definido los siguientes criterios, los cuales tienen en cuenta el tiempo, el modo y el lugar de cada caso, las características de la víctima, el tipo de violencia ejercida contra ella, y el contexto en el que ocurrieron los hechos:

i. Selección de la víctima: *si la orientación sexual o identidad de género de la víctima era visible o conocida públicamente; si su expresión de género no se ajusta a los parámetros sociales acerca de cómo debe verse un hombre o una mujer; si era defensor o defensora de derechos humanos; o si hace parte de otras poblaciones sobre las cuales recaen estereotipos negativos, como las personas habitantes de calle o las trabajadoras sexuales.*

ii. Contexto de los hechos: *si se registraron amenazas o ataques previos contra la víctima, otras personas LGBTI, defensoras o defensores de derechos humanos, o integrantes de otras poblaciones históricamente discriminadas; o si el hecho ocurrió en un lugar con fuerte presencia de grupos que ejercen violencia, utilizando estereotipos contra poblaciones históricamente discriminadas para justificar su rol de control social.*

iii. Tipo de violencia: *si el crimen se perpetró con ensañamiento; si estuvo acompañado de violencia sexual, tortura o tratos crueles; si la violencia física se concentró en ciertas partes del cuerpo centrales para la expresión de género o la sexualidad de la víctima (como el rostro, los genitales, implantes de senos o de glúteos, entre otros); o si la disposición del cuerpo de la víctima envía un mensaje particular sobre ella (por ejemplo, si fue dejado en posición sexualizada o con signos alusivos a su orientación sexual o identidad de género).*

iv. Contexto social amplio: *si el hecho ocurrió en un contexto de criminalización o persecución a las personas LGBTI mediante normas o discursos discriminatorios por parte de agentes del Estado o de particulares*⁵².

Cabe señalar que los criterios anteriores es importante que sean analizados conforme a la información disponible en cada caso y de la manera cómo estos elementos se relacionen entre sí y no como una fórmula estandarizada⁵³.

La violencia por prejuicio puede tomar formas diferentes incluidas las actitudes, creencias negativas, aversión y/o violencia contra las personas que son identificadas o percibidas como transgénero, lesbianas, gays, bisexuales, queer u otra. Frecuentemente se basan en malentendidos, información falsa, estereotipos o temores que pueden tener o no profundas justificaciones sociales, religiosas, históricas, culturales, entre otras.

Para un análisis más detallado sobre los temas de discriminación y violencia por prejuicio

⁵² ARIAS, Camila et al. "El crimen por prejuicio". En: *Informe trinacional: Litigio estratégico de casos de violencia por prejuicio por orientación sexual, identidad y expresión de género en Colombia, Perú y Honduras*. 1ª edición, Lima, Perú, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), Marzo de 2020, págs. 32 y sgtes.

⁵³ ARIAS, ob. cit., p. 33.

cio que se han venido abordando en el presente artículo, presentaré un resumen del caso Azul Rojas Marín contra Perú, cuya sentencia fue dictada el 12 de marzo del año 2020. La razón por la que se presenta este caso obedece, por una parte, a que la Corte IDH desarrolla el concepto de discriminación y violencia por prejuicio en su contenido y, por otra, a que la argumentación de la Corte IDH se centra en que el Estado peruano actuó guiado por prejuicio sobre la orientación sexual de Azul Rojas Marín a lo largo de la investigación y juzgamiento de este caso.

CASO AZUL ROJAS MARÍN CONTRA PERÚ⁵⁴

Azul Rojas Marín denunció en el año 2008 a tres efectivos policiales por los delitos de violación sexual, abuso de autoridad y tortura. Para el momento de los hechos, Azul tenía 26 años, trabajaba de forma independiente, era el sustento económico principal de su familia tras haber enfrentado diversos problemas económicos y se identificaba como una persona gay. Actualmente, Azul Rojas Marín se identifica como una persona trans femenina.

Los hechos: mientras Azul se dirigía a su casa en medio de la carretera a las 00:30 horas, se le acercó un vehículo de la policía para decirle “[...] Luchito a dónde vas [...] a estas horas ten cuidado porque es muy tarde”. Más adelante, veinte minutos después, el vehículo policial volvió a acercarse y el policía Luis Quispe Cáceres le dijo “sube cabro concha de tu madre”, en clara referencia a su orientación sexual. Según el testimonio de Azul Rojas Marín, un policía llamado Dino Ponce Prado la recibió en la comisaría junto con Luis Quispe Cáceres y Juan León Mostacero. Acto seguido, la desnudaron a la fuerza y se decidieron a golpearla y tocarla en sus partes íntimas hasta violarla introduciendo una vara de uso policial, después de lo cual siguieron golpeándola mientras le decían “Te gusta la pinga cabro conchetumare”.

A lo largo de la noche, mientras se burlaban y la insultaban, continuaron humillándola y le ordenaron que permaneciera desnuda y de pie. A las seis de la mañana, cinco horas después de que Azul fuera capturada por los efectivos de la policía, llegó a la comisaría un técnico policial y, al verla ahí desnuda, preguntó: “qué hace este maricón de mierda acá”, momento en el cual le tiraron su ropa para que se vista, sin embargo, faltaba su celular y 150 soles en efectivo, por lo que Azul reclamó que le devuelvan sus objetos, pero le respondieron: “lárgate, maricón concha de tu madre, te hubieran metido al calabozo para que te cachén todos”. Finalmente, Azul salió de la comisaría para irse a su casa y contarle a su madre lo sucedido⁵⁵.

54 Corte IDH, Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Sentencia de 12 de marzo de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

55 ÁLVAREZ, Brenda y VITÓN BURGA, Eder. “El Caso de Azul Rojas Marín”. En: *Informe trinacional: Litigio estratégico de casos*

La detención de Azul Rojas Marín, tal como constata la Corte IDH, estuvo llena de irregularidades: se basó en “consideraciones subjetivas y prejuiciosas” sobre la orientación sexual de Azul, ya que no era necesario para “prevenir un delito o recabar información sobre un hecho punible”; la detención duró más de cuatro horas que excede el límite legal del artículo 205 del Código Procesal Penal peruano (según la Corte IDH existe certeza sobre que la detención fue al menos de cinco horas); y no se le permitió contactarse con un familiar o persona que indique, lo cual colocó a Azul como objeto y blanco de sus pretensiones de “corregir” lo “malo” en ella. En el parte policial, se señaló que se realizó la detención porque Azul no contaba con documento de identificación y presentaba aliento alcohólico y “presumiblemente” se encontraba en estado de ebriedad avanzado, sin embargo, según el perito enviado por el Estado peruano “el estado de ebriedad no justifica una presunción de comisión de un hecho delictivo y mucho menos un arresto policial”, por lo que la detención no se realizó conforme a las reglas del artículo 205 ya señalado. Asimismo, y lo que resulta más grave, es que en el parte policial según la Corte IDH, tampoco se constó que se llevará a cabo ninguna investigación de un hecho delictivo y alguna operación policial, lo cual también es norma dentro del artículo 205 del Código Procesal Penal de ese país⁵⁶.

La primera denuncia formal que le fue permitida hacer a Azul Rojas Marín fue dos días después de los hechos, puesto que, el mismo día, cuando fue a realizar su denuncia en la misma Comisaría, fueron los propios efectivos policiales los que le negaron esta posibilidad. Posteriormente, en su segunda declaración, Azul profundizó en los hechos vividos en la Comisaría y narró con detalle la violación sexual contra ella ejecutada por los efectivos policiales, argumentando que no lo dijo antes porque seguía consternada por los hechos. El certificado médico constató lesiones traumáticas extragenitales recientes de origen contuso por mano ajena, además de fisuras anales antiguas con signos de penetración anal reciente. El análisis de la ropa que llevaba puesta evidenció que llevaba manchas de su sangre. Los hechos también fueron ratificados en su tercera declaración⁵⁷.

El 5 de mayo de 2008, Azul Rojas Marín solicitó la ampliación de la denuncia y de la investigación para incluir el delito de tortura. El 16 de junio de 2008 la fiscalía resolvió no proceder a la ampliación de la investigación. Esta decisión fue apelada por Azul Rojas Marín y el 28 de agosto de 2008 la Primera Fiscalía Superior en lo Penal del Distrito Judicial de

de violencia por prejuicio por orientación sexual, identidad y expresión de género en Colombia, Perú y Honduras. 1ª edición, Lima, Perú, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), Marzo de 2020, págs. 89 y sgtes. Ver también: Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Sentencia de 12 de marzo de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁵⁶ Corte IDH, ob. cit., supranota N°54, págs. 14 y sgtes.

⁵⁷ ÁLVAREZ, ob. cit., págs. 89 y sgtes.

La Libertad declaró infundada la queja, indicando que no se cumplía con el elemento del delito de tortura de la finalidad⁵⁸.

El 21 de octubre de 2008, la fiscalía requirió el sobreseimiento del proceso seguido contra los tres oficiales de policía. El 9 de enero de 2009 el juzgado sobreseyó el proceso por los delitos de violación sexual agravada y abuso de autoridad, ordenando el archivo del expediente.

En consecuencia, los delitos de violación sexual y de abuso de autoridad terminaron en sobreseimiento, en tanto, respecto del delito de tortura, la Fiscalía determinó no investigar tales hechos, a lo cual la defensa de la víctima apeló, sin embargo, la Fiscalía declaró no haber lugar y archivó la causa.

El tratamiento prejudicado que se dio a Azul Rojas Marín por distintos funcionarios del Estado (policías, fiscalía, juzgado) derivó en diversas manifestaciones de maltrato hacia la víctima, por ejemplo, Azul declaró hasta en tres oportunidades ante las instituciones del sistema de justicia, y el trato que recibió fue discriminatorio y estigmatizante en todas las instancias a las que acudió. El episodio más claro de trato despectivo hacia la identidad de Azul en el proceso fue cuando, al acudir a declarar, la fiscal le dice “si tú eres homosexual, yo ¿cómo te voy a creer?”⁵⁹, invalidando su denuncia a partir de su orientación sexual e identidad. Además, cabe señalar que durante todo el proceso no se otorgó ninguna medida de protección en favor de la víctima, aun cuando se identificaron amenazas en su contra por la judicialización de la violación de sus derechos.

El 15 de abril de 2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –en adelante CIDH– recibió una petición presentada por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX) y Redress Trust en la cual se alegaba la responsabilidad internacional de Perú en perjuicio de Azul Rojas Marín y su madre, Juana Rosa Tanta Marín.

Se indicó que Azul Rojas Marín fue detenida ilegal y arbitrariamente por funcionarios policiales, y que durante su privación de la libertad fue objeto de graves agresiones físicas, que incluyeron violación sexual con una vara policial en el ano, y agresiones psicológicas, con específicas referencias hacia su orientación sexual.

La Comisión, a la luz de la información que conoció, consideró que por la naturaleza y forma en que la violencia había sido ejercida sobre la víctima, se advertía un especial ensañamiento **con la percepción de ella**, al momento de los hechos, como un hombre gay.

⁵⁸ Corte IDH, ob. cit., supranota N°54, p. 19, párr. 64. Cabe señalar que la Corte IDH cita como fuente la Resolución de la Primera Fiscalía Superior en lo Penal del Distrito Judicial de La Libertad de 28 de agosto de 2008 (expediente de prueba, folio 2912).

⁵⁹ ÁLVAREZ, ob. cit., p. 105.

Sobre la base de los antecedentes, la Comisión se preguntó si en el caso se encontraban los tres elementos constitutivos del delito de tortura, esto es: a) que sea un acto intencional; b) que cause un sufrimiento físico o mental y c) que se cometa con determinado fin o propósito.

En primer lugar, se limitó a expresar que por la propia naturaleza y contexto en que ocurrió el caso, resultaba evidente que todos los actos de violencia fueron cometidos por agentes estatales de manera deliberada.

En segundo término, resaltó que la violación sexual sumada a otras formas de violencia física, psicológica y sexual padecidas por la víctima en una comisaría, como consecuencia de una detención ilegal, arbitraria y discriminatoria, daban por acreditado el componente de causar un sufrimiento físico y mental.

Para concluir, refirió que “en cuanto al elemento relativo a que la violencia sea cometida con determinado fin”, la Comisión recuerda que la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura no establece un listado de fines que deben ser perseguidos, siendo suficiente acreditar que tuvo alguna finalidad específica. Al respecto, la Comisión y la Corte han indicado que la violación sexual persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre⁶⁰. La Comisión considera que la misma conclusión resulta aplicable a los demás actos de violencia física, psicológica y sexual cometidos en el presente caso. Además, por las razones expuestas anteriormente, la Comisión encuentra que además de la degradación y humillación inherente al tipo de violencia recibida, resulta claro que la misma tenía la finalidad de castigar y humillar a la víctima por la orientación sexual con la que era identificada en ese momento.

Luego de concluir que los hechos se encuentran en impunidad por una serie de factores que incluyen el incumplimiento del deber de investigar con la debida diligencia desde las etapas iniciales de la investigación, [...] La Comisión consideró que el Estado peruano contravino las obligaciones de atención y protección de una víctima que denuncia violencia sexual, con el factor agravado del prejuicio existente respecto a las personas LGBTI y, el 22 de agosto de 2018, sometió a jurisdicción de la Corte IDH debido a “la necesidad de obtención de justicia para las víctimas”⁶¹.

Resulta importante precisar que el Estado de Perú ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 12 de julio de 1978 y aceptó la competencia contenciosa de la

60 Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 117. Citando Cfr. ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, para. 597, y CAT, *Case V.L. v. Switzerland*, Decision of 22 January 2007, U.N. Doc. CAT/C/37/D/262/2005, párr. 8.10.

61 Corte IDH, ob. cit., supranota N°54, p. 5, párr. 4.

Corte el 21 de enero de 1981. Asimismo, el Estado de Perú ratificó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura el 28 de marzo de 1991.

El 20 de noviembre de 2018, en cumplimiento de las recomendaciones incluidas en el Informe de Fondo por la Comisión Interamericana, la Fiscalía dispuso la reapertura de la investigación contra los presuntos responsables por el delito de tortura en agravio de la señora Rojas Marín. El 16 de enero de 2019 la fiscalía solicitó al juez penal la nulidad de las actuaciones en el proceso seguido contra los tres oficiales de policía por los delitos de violación sexual y abuso de autoridad en contra de Azul Rojas Marín. El 14 de agosto de 2019, el juzgado declaró improcedente el pedido de nulidad. La fiscalía presentó un recurso de apelación, el cual fue declarado como inadmisibles.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció en este caso que *“La violencia contra las personas LGBTI es basada en prejuicios, percepciones generalmente negativas hacia aquellas personas o situaciones que resultan ajenas o diferentes. En el caso de las personas LGBTI se refiere a **prejuicios basados en la orientación sexual, identidad o expresión de género**. Este tipo de violencia puede ser impulsada por “el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género”. En este sentido, el Experto Independiente de las Naciones Unidas sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, ha señalado que:*

La causa fundamental de los actos de violencia y discriminación por orientación sexual o identidad de género es la intención de castigar sobre la base de nociones preconcebidas de lo que debería ser la orientación sexual o la identidad de género de la víctima, partiendo de un planteamiento binario de lo que constituye un hombre y una mujer o lo masculino y lo femenino, o de estereotipos de la sexualidad de género”⁶².

“La violencia contra las personas LGBTI tiene un fin simbólico, la víctima es elegida con el propósito de comunicar un mensaje de exclusión o de subordinación. Sobre este punto, la Corte ha señalado que la violencia ejercida por razones discriminatorias tiene como efecto o propósito el de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se autoidentifica o no con una determinada categoría. Esta violencia, alimentada por discursos de odio, puede dar lugar a crímenes de odio”⁶³.

De igual modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que lo sucedido a Azul Rojas Marín *“debe ser entendido como violencia por prejuicio, dado que dicha violencia estuvo asociada con la percepción de Azul Rojas Marín, para ese momento, como*

⁶² Corte IDH, ob. cit., supranota N°54, párr. 92.

⁶³ Corte IDH, ob. cit., supranota N°54, párr. 93.

un hombre gay. Indicó que los elementos de violencia por prejuicio se identifican en tres momentos claves: (i) en la detención inicial; (ii) en los hechos que ocurrieron en la Comisaría; (iii) y en la falta de investigación efectiva. Sobre el primer momento, la Comisión recalcó que “no existieron hechos objetivos que motivaran la detención, sino que la misma se basó en apreciaciones subjetivas”. Respecto al segundo y tercer momento, la Comisión indicó que “la decisión de sobreseimiento por delito de violación sexual y abuso de autoridad controvierte la ocurrencia de la violación sexual y su atribución a los policías, con base en dos elementos [...]: i) las supuestas inconsistencias de parte de la víctima en sus declaraciones”, y “ii) la falta de inmediatez procesal en el examen médico practicado a Azul”, concluyendo que de “la prueba disponible en el expediente demuestra que la demora es directamente atribuible al Estado”⁶⁴.

La Corte agrega en la sentencia, que las organizaciones representantes de la víctima señalaron que “de las circunstancias de las agresiones sufridas por Azul, es posible establecer que el móvil de todas [...] fue el prejuicio negativo sobre su orientación sexual y su expresión de género no normativa”. Al respecto destacaron i) las características de la detención; ii) las características de las agresiones físicas; iii) el contenido de las agresiones verbales, y iv) la falta de investigación y aplicación de estereotipos de género por varios funcionarios judiciales. Concluyeron, al igual que la Comisión, que Azul fue víctima de violencia por prejuicio, afirmando que “estas agresiones ocurrieron [...] en un contexto propiciado y legitimado porque el Estado peruano no cumplió, y no cumple, con el deber de adoptar disposiciones de Derecho interno [...] que permitan prevenir, sancionar y erradicar la violencia por prejuicio [...]”. En este sentido, alegaron que el Estado violó los derechos a la prohibición de discriminación y a la igualdad ante la ley, reconocidos en los artículos 1.1 y 24 de la Convención, respectivamente”⁶⁵.

Luego, la Corte establece en su sentencia, que la violencia contra las personas LGBTI está basada en prejuicios, percepciones generalmente negativas hacia aquellas personas o situaciones que resultan ajenas o diferentes. En el caso de las personas LGBTI se refiere a prejuicios basados en la orientación sexual, identidad o expresión de género. Este tipo de violencia puede ser impulsada por “el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género”.

Es importante mencionar que en el caso analizado se encuentra, además, el componente de la tortura sexual, cuya ejecución por parte de los agentes del Estado es entendida en términos “correctivos”, en este caso para “sancionar” y “castigar” a personas que desafían las normas tradicionales del género por su orientación sexual, identidad o expresiones

⁶⁴ Corte IDH, ob. cit., supranota N°54, p. 24, párr. 83.

⁶⁵ Corte IDH, ob. cit., supranota N°54, p. 24, párr. 84.

de género. Respecto de la utilización de la tortura contra personas LGBTI, la Corte IDH ha encontrado que la esencia de este crimen es el castigo a la sexualidad no normativa o la no conformidad con el género”⁶⁶.

De igual modo, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes añade que a las personas LGBTI “*se les somete a una proporción excesiva de torturas y otros malos tratos porque no responden a lo que socialmente se espera de uno u otro sexo. De hecho, la discriminación por razones de orientación o identidades sexuales puede contribuir muchas veces a deshumanizar a la víctima, lo que con frecuencia es una condición necesaria para que tengan lugar la tortura y los malos tratos*”⁶⁷.

En consecuencia, el concepto de **violencia por prejuicio** que ha sido utilizado por la Corte IDH en el caso analizado, resulta útil para comprender la violencia contra las personas LGBTI, como una conducta enmarcada en un contexto social de rechazo hacia el “otro” por su orientación sexual, expresión de género o su identidad de género permitiendo distinguir la violencia específica que enfrentan por desarrollar comportamientos o expresiones que difieren de las normas y roles de género tradicionales o que son contrarias al sistema binario hombre/mujer, de otras formas de violencia de las que pueden ser víctimas pero que están relacionadas con otros factores⁶⁸.

LA NECESARIA MIRADA DESDE LA INTERSECCIONALIDAD

Como se ha podido observar, las personas LGBTI están más expuestas a experimentar ciertos tipos de violencia en la intersección, por un lado, de su orientación sexual y/o identidad de género no normativa, y por el otro, su etnia, sexo, situación migratoria, edad, situación de defensor/a de derechos humanos, situación socioeconómica u otra condición, razón por la cual, en el análisis de estos casos, resulta necesario incorporar una mirada interseccional que permita observar y visibilizar cómo la confluencia de las múltiples dimensiones de sus experiencias facilitadas por el contexto donde se desenvuelven (económico, social, cultural, político, normativo, entre otros), actúan como poderosos frenos que les invisibilizan como sujetos de derechos.

La interseccionalidad es una herramienta analítica o enfoque crítico que subraya diferentes formas en que se invisibiliza a una persona o a un colectivo como sujetos de derechos. Así, el género, la etnia, la clase, la orientación sexual, la identidad y/o expresión de género, como otras múltiples “marcas”, se constituyen en sistemas de discriminación,

66 CIDH, ob. cit., supranota N°13, págs. 42 y sgtes.

67 CIDH, ob. cit., supranota N°13, párr. 27.

68 CIDH, ob. cit., supranota N°13, p. 36, párr. 44.

que lejos de ser naturales o biológicos, son contruidos y están interrelacionados con otros ejes de identidad en múltiples y a menudo simultáneos niveles. Permite detectar y entender las articulaciones entre sistemas y/o estructuras de opresión/diferencia/desigualdad que se constituyen mutuamente bajo condiciones históricas y sociales determinadas, materializándose en experiencias concretas de privilegio/opresión, invisibilizadas. Implica observar cómo interactúan en una persona o colectivo estos múltiples sistemas de discriminación para visibilizar la forma en que les afectan y/o actúan como un potente freno para su acceso a la justicia.

El concepto de interseccionalidad fue introducido por la profesora de derecho Kimberlé Crenshaw⁶⁹ en 1989, y fue formulado como una propuesta para cuestionar las relaciones de poder y los sistemas de discriminación y opresión más complejos, como una metáfora para representar, por un lado, la ubicación de las mujeres afroamericanas subordinadas simultáneamente en términos de raza y género, permitiendo dar visibilidad a la multidimensionalidad de sus experiencias y a su exclusión al no ser representadas, por una parte, por un movimiento feminista que en esa época no daba cuenta de la realidad de las mujeres afroamericanas y de las mujeres lesbianas y, por otra, del movimiento anti racista que no reconocía las experiencias de violencia que las mujeres afroamericanas vivían de parte de sus parejas, sacando a la luz la exclusión de la que seguían siendo objeto al interior de estos movimientos en esa época (feministas y antirracistas). Es importante señalar que la interseccionalidad no es una característica de personas o grupos, sino que es un enfoque para mirar y complejizar el análisis de las relaciones de poder, opresión y desigualdades. En efecto, el análisis interseccional permitió identificar la invisibilidad de las mujeres afrodescendientes y, posteriormente, se constituyó en una herramienta para identificar otras experiencias e identidades que se dejaban de lado en los análisis unidimensionales de la discriminación.

En cuanto a la interseccionalidad entre género y orientación sexual la Corte IDH mediante la sentencia Atala Riffo y niñas vs. Chile evidenció los obstáculos que afrontan las mujeres con orientación sexual diversa en el ejercicio de sus derechos, por ejemplo, los relacionados con la patria potestad y custodia. Esto pues se había impuesto a la sra. Atala que en su “condición de mujer” privilegiara sus deberes como madre, condicionando un aspecto esencial de su identidad como lo es su orientación sexual, para responder en coherencia con un modelo heteronormativo y con una expectativa social de configuración familiar, exigencias que provocan gran tensión en la vida de las mujeres

69 ZOTA- BERNAL, Andrea. “Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos” [en línea]. En: *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, N°9, España, Universidad Carlos III de Madrid, octubre 2015 – marzo 2016, p. 68. Disponible en: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/14197.pdf> [fecha de consulta: 20 de abril de 2021].

lesbianas y particularmente en la vivencia de su maternidad⁷⁰.

Para revisar el concepto de interseccionalidad que utiliza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a continuación, revisaremos partes de la sentencia en el caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador⁷¹, de 1 de septiembre de 2015, en la que la CIDH utiliza el concepto de “interseccionalidad” de la discriminación por primera vez, en los siguientes términos:

*La Corte nota que en el caso T.G. confluyeron **en forma interseccional** múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona viviendo con VIH. La discriminación que vivió T.G. no sólo fue ocasionada por múltiples factores, **sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente**. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, en tanto niña con VIH, los obstáculos que sufrió T.G. en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto de vida. Como mujer, T.G. ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso de T.G. ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados⁷².*

En esta sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos plantea lo siguiente:

7. El concepto de interseccionalidad permite profundizar la línea jurisprudencial del Tribunal Interamericano sobre los alcances del principio de no discriminación, teniendo en cuenta que en el presente caso se configuró una discriminación múltiple asociada al carácter compuesto en las causas de la discriminación. En efecto, la discriminación contra T.G. estuvo asociada a factores como ser mujer, persona con VIH, persona con discapacidad, ser menor de edad, y su estatus socioeconómico. Estos

⁷⁰ Corte IDH, ob. cit., supranota N°34, p. 81.

⁷¹ Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁷² CORTE IDH, ob. cit., supranota N°71, párr. 290.

aspectos la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió. La intersección de estos factores en una discriminación con características específicas constituyó una discriminación múltiple que, a su vez, constituyó una discriminación interseccional. Sin embargo, no toda discriminación múltiple, necesariamente, está asociada a interseccionalidad.

10. [...] *la interseccionalidad de la discriminación no sólo describe una discriminación basada en diferentes motivos, sino que evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Es decir, que en un mismo evento se produce una discriminación debido a la concurrencia de dos o más motivos prohibidos. Esa discriminación puede tener un efecto sinérgico, que supere la suma simple de varias formas de discriminación, o puede activar una forma específica de discriminación que sólo opera cuando se combinan varios motivos de discriminación [...].*

11. *La discriminación interseccional se refiere entonces a múltiples bases o factores interactuando para crear un riesgo o una carga de discriminación única o distinta. La interseccionalidad es asociada a dos características. Primero, las bases o los factores son analíticamente inseparables como la experiencia de la discriminación no puede ser desagregada en diferentes bases. La experiencia es transformada por la interacción. Segundo, la interseccionalidad es asociada con una experiencia cualitativa diferente, creando consecuencias para esos afectados en formas que son diferentes por las consecuencias sufridas por aquellos que son sujetos de solo una forma de discriminación. Este enfoque es importante porque permite visibilizar las particularidades de la discriminación que sufren grupos que históricamente han sido discriminados por más de uno de los motivos prohibidos establecidos en varios tratados de derechos humanos⁷³.*

En consideración a todo lo anterior, las experiencias de victimización de una persona cuya orientación sexual, identidad y/o expresión de género es diversa forman parte, frecuentemente, de una cadena de actos discriminatorios continuos. En este sentido, se deberá observar si los estereotipos culturales, la identidad y expresión de género, marginalización, pobreza, escaso acceso a la educación o a los servicios de salud, entre otros factores, aumentan la discriminación que viven o la violencia a la que están expuestas agudizando sus dificultades para acceder a la justicia, ejercer sus derechos y acceder a medios de reparación.

La aplicación del enfoque interseccional obliga, además, a identificar estas formas de discriminación y a poner en práctica todas las medidas/acciones positivas necesarias para

⁷³ CORTE IDH, ob. cit., supranota N°71, págs. 149 y sgtes., párr. 7, 10 y 11.

erradicarlas por el impacto negativo que tienen en la vida de las personas, especialmente las víctimas y testigos de delitos, evitando que se traduzcan en mayores obstáculos para estas, o que perpetúen actos de discriminación y/o exclusión que afecten sus derechos.

COMENTARIOS FINALES

Tal como ya se mencionó, la violencia que experimentan las personas LGBTI, en la mayoría de los casos, tiene como causa determinante la percepción de su orientación sexual y/o identidad de género, situación que se sustenta en un contexto heteronormativo mediante diversos mecanismos sociales, culturales, religiosos, jurídicos, entre otros, como asimismo, de instituciones que presentan la heterosexualidad como necesaria para el funcionamiento de la sociedad, negando, excluyendo y sancionando a quienes no se enmarcan en dichas reglas o a quienes cuestionan el binario de género masculino/hombre y femenino/mujer.

Al consistir en una violencia sostenida en un orden cultural de género, tanto sus efectos como su propósito trascienden a la víctima y al victimario puesto que, por un lado, las causas de dicha violencia no es posible explicarlas únicamente producto de la psique individual de quien la ejerce ya que sus percepciones individuales se forman a partir de los estereotipos de género, entre otros, que explican un determinado orden social. Por otro lado, los actos de violencia contra una víctima son de un fuerte contenido simbólico y envían un mensaje de rechazo y de intimidación hacia el grupo de personas que puede sentirse identificado con la víctima, es decir, los efectos producidos por la violencia a la víctima directa también afectan simbólicamente al grupo de personas o colectivo del que esta hace parte.

Por lo anterior, resulta muy relevante que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como uno de los sistemas internacionales existentes⁷⁴, estableciera que **la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” establecido en el artículo 1.1 de dicho instrumento**. Esto significa que está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basado en estas características de la persona.

De igual modo, resulta relevante el alcance que se le ha dado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos al principio de igualdad y no discriminación, al establecer que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por un lado, conduzca a tratar con privilegio a una

⁷⁴ Sistema Universal de la Organización de Naciones Unidas; Sistema Regional Europeo del Consejo de Europa; Sistema Regional Americano conformado por la Organización de Estados Americanos, y Sistema Regional Africano de la Unión Africana.

persona o grupo por considerar superior o que, a la inversa, por considerarle inferior, lleve a tratar con hostilidad o le discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran “acusados” a partir de un determinado estereotipo o prejuicio.

En este contexto, el caso Azul Rojas Marín visibiliza un conjunto de problemas vinculados a las dificultades y obstáculos que enfrentan las personas LGBTI en diversos lugares del mundo para acceder a la justicia, como también, el maltrato proveniente de funcionarios públicos o agentes del Estado, al que pueden estar expuestas al momento de denunciar conductas como las analizadas en dicha sentencia, lo que evidencia la compleja y grave discriminación que viven. En efecto, cabe recordar tal como se mencionó previamente, que el tratamiento prejudicado que se dio a la víctima en el caso analizado, por diferentes funcionarios del Estado, derivó en diversas manifestaciones de maltrato o trato revictimizante hacia ella fundado en su orientación sexual e identidad.

La sentencia del caso “Azul Rojas Marín” representa un avance en materia de reconocimiento de la grave violencia que viven las personas LGBTI, en especial, las personas transgénero. Del mismo modo, resultan novedosas, por una parte, la posición adoptada por la Corte IDH a los alcances otorgados a los términos de la Convención Interamericana y a la Convención destinada a prevenir y sancionar la tortura y, por otra, a la exhortación que la Corte realiza a los Estados miembros de la OEA, a que, ante un caso con una persona LGBTI o percibida como tal en calidad de víctima, deberán realizar exhaustivas e imparciales investigaciones en las cuales se indaguen los motivos de la violencia, debiendo determinar si los actos constitutivos de delito fueron cometidos sobre la base de la orientación sexual o la identidad de género, real o percibida, de la víctima o las víctimas. Es decir, determinando si se trata o no de un caso de violencia por prejuicio.

Finalmente, resulta muy necesario incorporar la mirada desde el enfoque interseccional en el análisis de estos casos, por ser un enfoque que subraya diferentes formas en que se invisibiliza a personas y grupos como sujetos de derechos, pudiendo identificar cómo la etnia, la clase, la identidad y/o expresión de género, como otros múltiples “sellos”, se constituyen en sistemas de discriminación que se van reforzando y perpetuando a nivel social y cultural. En definitiva, este enfoque permite visibilizar las particularidades de la discriminación que sufren grupos que históricamente han sido discriminados por más de uno de los motivos prohibidos establecidos en la Convención Americana, como en otros tratados de derechos humanos. Al visibilizar cómo interactúan estos múltiples sistemas de discriminación en una persona o colectivo, se abre una posibilidad de reconocer el impacto que tienen en tanto obstáculos para su efectivo acceso a la justicia y, por ende, de buscar alternativas para abordarlos.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Informe “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género.” 17 de noviembre de 2011. A/HCR/19/41.
2. ÁLVAREZ, Brenda y VITÓN BURGA, Eder. “El Caso de Azul Rojas Marín” En: *Informe trinacional: Litigio estratégico de casos de violencia por prejuicio por orientación sexual, identidad y expresión de género en Colombia, Perú y Honduras*. 1ª edición, Lima, Perú, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), Marzo de 2020.
3. ARIAS, Camila et al. “El crimen por prejuicio”. En: *Informe trinacional: Litigio estratégico de casos de violencia por prejuicio por orientación sexual, identidad y expresión de género en Colombia, Perú y Honduras*. 1ª edición, Lima, Perú, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), Marzo de 2020.
4. Comité para la Eliminación de la discriminación Contra la Mujer en las Observaciones Finales sobre el Séptimo Informe Periódico de Chile, 9 de marzo de 2018.
5. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Observación General N° 18: No discriminación, 11 de septiembre de 1989.
6. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e Intersex en América*. OEA/Ser. L/V/II. Año 2015. Doc. 36.
7. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Reconocimiento de los Derechos de Personas LGBTI*. Año 2018.
8. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Compendio Igualdad y No Discriminación. Estándares Interamericanos. OEA/Ser.L/V/II.171. Doc. 31. 12 febrero 2019.
9. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 14. Igualdad y No Discriminación.
10. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. “Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”. 11 de mayo de 2018.
11. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución N°17/19, A/HRC/RES/17/19, Derechos humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, Junio de 2011.
12. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución N°27/32, A/HRC/RES/27/32, Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, octubre de 2014.
13. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución N° 32/2, A/HRC/RES/32/2, Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, junio de 2016.
14. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.
15. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Caso Gonzales Lluy y otros vs Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
16. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).
17. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Sentencia de 12 de marzo de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

18. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo).
19. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas).
20. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.
21. EUROSOCIAL, Ministerio Público. Manual para la Investigación de Casos de Violencia Física y Psíquica por razones de Género. 2019.
22. GAUCHÉ MARCHETTI, Ximena. Intervención ante Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía en sesión de 7 mayo de 2013. Ver en INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. BOLETÍN N° 8.924-07.
23. GAUCHÉ MARCHETTI, Ximena y Domingo. “Identidad de género de niños, niña y adolescentes: una cuestión de derechos”. En: *Ius et Praxis*, vol. 25 N° 2, Talca, Universidad de Talca, 2019.
24. JURCIC, Marco y cols. Manual práctico. Trabajar con víctimas de delitos de odio anti-LGBT. Girona, Universidad de Girona, 2018.
25. MATURANA, Humberto. *Transformación en la convivencia*. 2a ed., Santiago, Chile, Océano- Dolmen Ediciones S.A., 2002.
26. MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. Política de Igualdad de Género de la Fiscalía de Chile. 2020.
27. NACIONES UNIDAS. Experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. Primer Informe, abril de 2017.
28. NACIONES UNIDAS, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. 17 de noviembre de 2011. A/HCR/19/41.
29. NACIONES UNIDAS. Principios de las Naciones Unidas Sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos con Relación a la Orientación Sexual y la Identidad de Género (Principios de Yogyakarta). Noviembre de 2006.
30. NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Res. 217-A de 10 de diciembre de 1948.
31. NACIONES UNIDAS. Informes del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: E/CN.4/2003/68/ Add.2, párr. 42; E/CN.4/2002/76, Anexo III; A/56/156.
32. Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS). (2013). Abordar las causas de las disparidades en cuanto al acceso y la utilización de los servicios de salud por parte de las personas lesbianas, homosexuales, bisexuales y trans. Documento de exposición de conceptos. CD52/18. 30 de septiembre al 4 de octubre del 2013.
33. PARCHUC, Juan Pablo. Informe sobre códigos contravencionales y de faltas de las provincias de la República Argentina y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en relación con la discriminación y represión a gays, lesbianas, bisexuales y trans. Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires y Federación Argentina LGBT, 2008.
34. PODER JUDICIAL. Secretaría Técnica Igualdad de Género y no Discriminación. Cuaderno de Buenas Prácticas para Juzgar con Perspectiva de Género en las Sentencias del Poder Judicial chileno. 2019.
35. SHIVELY, Martin and MULFORD Carrie. “Hate Crime in America: The Debate Continues”. En: *NIJ Journal*, N° 257, Washington, DC, National Institute of Justice, Junio de 2007.

36. ZOTA- BERNAL, Andrea. “Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos”. En: EUNOMIA. Revista en Cultura de la Legalidad, N°9, España, Universidad Carlos III de Madrid, octubre 2015 – marzo 2016.
37. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.
38. Convención Americana Sobre los Derechos Humanos o Pacto Internacional de San José de Costa Rica de 1969.
39. Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979.
40. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984.
41. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985).
42. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.
43. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, denominada Convención Belém do Pará de 1994.
44. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada los días 4, 5 y 6 de Marzo de 2008 en Brasilia, Brasil.
45. Chile, Ley N°21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Diario Oficial del 10 de diciembre de 2018.
46. Chile, Ley N°20.609 que establece medidas contra la discriminación. Diario Oficial del 24 de julio de 2012.
47. Chile, Ley N°20.968, que tipifica los delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes. Diario Oficial del 22 de noviembre de 2016.
48. Sentencia Tribunal Constitucional, 4 junio 2020, Rol N° 7670-19-INA.
49. Sentencia Corte Suprema, 29 mayo 2018, Rol N° 70.584-2016.
50. Sentencia Corte Suprema, 10 noviembre 2020, Rol N° 97.283-2020.

**UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN**

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INDEPENDENCIA DE LAS RESPONSABILIDADES, LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA Y SU POSIBLE RELACIÓN CON EL *NE BIS IN IDEM*

Yelica Lusic Nadal¹

*“En la república no debe haber funcionarios irresponsables.
La responsabilidad de todos es una base fundamental e inomisible del régimen democrático.
La altura que ciertos funcionarios ocupan en la jerarquía del Estado no les ampara.
Si ningún hombre puede eximirse de responsabilidad moral cuando ejecuta actos morales,
tampoco puede eximirse de responsabilidad jurídica cuando ejecuta actos jurídicos.
Seamos o no funcionario, todos debemos responder de aquellos actos ejecutados deliberado y
libremente, y por lo mismo, cuando mayor sea la autoridad de que estemos investidos,
mayor será la responsabilidad que estaremos amenazados”.*

Valentín Letelier²

¹ Abogada de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² Dictamen de 20 de julio de 1896, citado por PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO *Estatuto Administrativo Interpretado*. Séptima edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, Tomo II, p. 878.

I. INTRODUCCIÓN

Al examinar nuestro ordenamiento jurídico podemos constatar que se reconoce que un mismo hecho puede dar origen a distintas responsabilidades, incorporando como uno de los principios que informan la responsabilidad la existencia de “*pluralidad de responsabilidades que nacen de un mismo hecho*”³.

Entre las distintas responsabilidades a que puede dar lugar la comisión de un hecho se encuentra la responsabilidad disciplinaria o administrativa, la que últimamente ha sido cuestionada al perseguirse conjuntamente con la penal, alegándose una supuesta vulneración al *principio ne bis in idem*. Lo anterior motiva este trabajo que busca esclarecer ciertos aspectos no tan examinados en relación a la responsabilidad disciplinaria.

II. REVISIÓN DE NORMAS QUE RECONOCEN LA INDEPENDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Al examinar el Derecho Administrativo detectamos una serie de normas que reconocen la independencia de la responsabilidad administrativa, lo que se traduce en que “*la sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil o penal que surja de los mismos hechos*”⁴. Este principio no solo lo recoge la legislación administrativa, sino que es también ampliamente aceptado y desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina administrativa.

Entre las disposiciones legales que recogen este principio pueden citarse, a título solamente ejemplar, las siguientes disposiciones:

- Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado: “*El personal de la Administración del Estado estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle*” (artículo 18 inciso primero)⁵.
- DFL N° 29 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo: “*La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal y, en consecuencia, las actuaciones o resoluciones referidas a ésta, tales como el archivo provisional, la aplicación del principio de oportunidad, la*

3 SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo chileno y comparado. La función pública*. Primera edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 125. Quien además plantea: “*Una misma conducta del funcionario público puede dar origen a varias responsabilidades distintas entre sí, las que pueden ser de índole administrativa, penal, civil y eventualmente también política*”.

4 SILVA CIMMA, ob. cit., p. 127.

5 Chile, DFL 1-19653. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Diario Oficial del 17 de noviembre de 2001, que indica: “*Artículo 18.- El personal de la Administración del Estado estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle.*

En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento”.

suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos” (artículo 120, inciso primero)⁶.

- *Ley N° 18.883 que aprueba el Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales: “La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal y, en consecuencia, las actuaciones o resoluciones referidas a ésta, tales como el archivo provisional, la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial, no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos” (artículo 119, inciso primero)⁷.*

En el caso de la doctrina administrativa que trata este tema recordamos a SILVA CIMMA, quien planteaba: “[h]ay un principio universal de doctrina administrativa, invariablemente admitido, que se configura diciendo que la sanción administrativa es independiente de las responsabilidades civil y penal”⁸. Para luego agregar que “como contrapartida, se consagra el principio de que de un mismo hecho, acto u omisión pueden generarse varias responsabilidades. Es decir, un empleado público puede ser sancionado administrativamente a la par que puede ser castigado penalmente... He aquí el principio del cúmulo de responsabilidades que derivan o pueden derivarse de las circunstancias que el hecho, acto u omisión no sólo sea constitutivo o generador de responsabilidad administrativa, sino también civil y/o penal”⁹.

6 Chile, DFL 29. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de La Ley N° 18.834, Sobre Estatuto Administrativo, Diario Oficial del 16 de marzo de 2005, que prescribe: “Artículo 120.- La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal y, en consecuencia, las actuaciones o resoluciones referidas a ésta, tales como el archivo provisional, la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos. Si se le sancionare con la medida de destitución como consecuencia exclusiva de hechos que revisten caracteres de delito y en el proceso criminal hubiere sido absuelto o sobreseído definitivamente por no constituir delito los hechos denunciados, el funcionario deberá ser reincorporado a la institución en el cargo que desempeñaba a la fecha de la destitución o en otro de igual jerarquía. En este caso conservará todos sus derechos y beneficios legales y previsionales, como si hubiere estado en actividad.

En los demás casos de sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, podrá pedir la reapertura del sumario administrativo y, si en éste también se le absolviera, procederá la reincorporación en los términos antes señalados. Si no fuese posible llevar a la práctica la reincorporación en el plazo de seis meses, contado desde la absolución administrativa, el empleado tendrá derecho a exigir, como única indemnización por los daños y perjuicios que la medida disciplinaria le hubiere irrogado, el pago de la remuneración que le habría correspondido percibir en su cargo durante el tiempo que hubiere permanecido alejado de la Administración, hasta un máximo de tres años. La suma que corresponda deberá pagarse en un solo acto y reajustada conforme a la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha de cese de funciones hasta el mes anterior al de pago efectivo”.

7 Chile, Ley 18.883. Aprueba Estatuto Administrativo Para Funcionarios Municipales, Diario Oficial del 29 de diciembre de 1989, que recoge en su artículo 120 una redacción similar a la antes precisada.

8 SILVA CIMA, ob. cit., p. 81. Más adelante (p. 82) concluye: “De allí la independencia de las responsabilidades. De allí que la sanción administrativa sea independiente de la responsabilidad civil o penal. De allí la posibilidad de aplicar distintas sanciones derivadas de un mismo hecho. Porque, en efecto, un acto, hecho u omisión de un funcionario puede dar origen a una, a dos o a todas las responsabilidades que se han configurado”.

9 SILVA CIMMA, ob. cit., págs. 82 – 83.

Otro autor nos recuerda que el fundamento de la independencia radica en las distintas motivaciones y propósitos que tiene cada tipo de responsabilidad. Así *“en la responsabilidad civil es el perjuicio e indemnización del daño; en la penal la concurrencia de un acto u omisión que la ley configura como delito y lo sanciona; la responsabilidad administrativa es una sanción dada por el incumplimiento de las obligaciones funcionarias que involucren un castigo aplicado por la Administración en el interés público”*¹⁰.

Por su parte, PANTOJA BAUZÁ plantea que el principio de la independencia de las sanciones constituye *“una de las bases de la potestad sancionadora de que están dotadas las autoridades administrativas y no contempla más excepciones que aquellas que el mismo legislador ha establecido”*¹¹. Para luego mencionar que ello se traduce en que la autoridad administrativa *“puede y debe aplicar una medida disciplinaria al margen de lo que ocurra en el proceso penal que paralelamente está instruyendo la justicia ordinaria (2182/90), y aun cuando en ese proceso no se hubiere dictado sentencia (12.243/90)”*¹².

Finalmente, al examinar jurisprudencia administrativa también es posible encontrar pronunciamientos en la misma línea:

- *“El artículo (115) establece el principio de la independencia de la responsabilidad administrativa frente a las responsabilidades civil y penal”*¹³.
- *“Tanto el anterior como el actual Estatuto Administrativo han consagrado el principio de independencia de la responsabilidad administrativa respecto de la civil y penal”*¹⁴.
- *“El artículo (115) comienza estableciendo el principio básico sobre independencia de la sanción administrativa respecto de la civil y la penal, de modo que la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al empleado público una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos”*¹⁵.
- *“Procede reconsiderar la jurisprudencia según la cual la pena de suspensión impuesta con el carácter de principal obliga a la autoridad administrativa a dejar sin efecto la medida expulsiva que había adoptado. Ello, por cuanto el artículo (115) del Estatuto Administrativo prescribe que la responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal, sin impedir a la autoridad administrativa la aplicación de una*

10 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 15.587 de 1999, citado en HERRERA QUIERO, Mauricio. *Ley N° 18.575 y su interpretación administrativa*. Primera edición, Chile, Editorial Parlamento, 2004, p. 123.

11 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 2.450 de 1982, citado por PANTOJA BAUZÁ, Rolando. *Estatuto Administrativo interpretado*. Ley N° 18.834, de 1989. 6ª edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, Tomo II, p. 800.

12 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 2.182 y N° 12.243 de 1990, citado por PANTOJA BAUZÁ, ob. cit., p. 801.

13 En referencia al Estatuto Administrativo, Dictamen N° 27689/83, citado por PANTOJA BAUZÁ, ob. cit., p. 801.

14 Dictamen N° 4.005, de 1990, citado por Pantoja Bauzá, ob. cit., t. II, p. 802.

15 Dictamen N° 17.863, de 1985, citado por Pantoja Bauzá, ob. cit., p. 806.

medida disciplinaria sobre los mismos hechos sujetos a juicio. Este principio que constituye una de las bases de la potestad sancionadora de que están dotadas las autoridades administrativas, no contempla más excepciones que las establecidas por el propio legislador, fuera de las cuales no procede atribuir a los fallos de los tribunales el efecto de enervar las medidas disciplinarias que se dispongan. En consecuencia, reconsiderase la jurisprudencia vigente en el sentido de declarar que la imposición de la pena de suspensión por parte de los tribunales de justicia, sea con carácter de principal, sea con carácter de accesoria, no confiere a los afectados el derecho a ser reincorporados a sus cargos, porque la medida expulsiva es independiente de la sanción penal”¹⁶.

Del mismo parecer pueden mencionarse dictámenes más actuales de la Contraloría General de la República:

- *“En cuanto a que no le asistiría responsabilidad en los mencionados hechos, pues el Segundo Juzgado de Policía Local de Ñuñoa, en la causa rol N° 7280-2017-2, lo absolvió de toda responsabilidad en dicho accidente de tránsito, condenando a la otra conductora, es preciso anotar que el artículo 139 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 1980, del Ministerio de Defensa Nacional, Estatuto del Personal de la Policía de Investigaciones de Chile, dispone, en lo que interesa, que la sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal y, en consecuencia, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al servidor una medida administrativa en razón de los mismos sucesos, tal como se sostuvo en el oficio N° 31.142, de 2019, de esta Entidad Fiscalizadora, entre otros”¹⁷.*
- *“Por otra parte, acerca del hecho de no haber sido condenado judicialmente por el acontecimiento que motivó su cese, es menester destacar que el artículo 153, inciso segundo, del decreto con fuerza de ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, previene que la sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal, por ende, el sobreseimiento en esta última sede, no excluye la posibilidad de aplicar al empleado un castigo en consideración a idéntico suceso, como se manifestó en el dictamen N° 36.134, de 2015, de este origen, entre otros”¹⁸.*

En el mismo ámbito administrativo, el principio de la independencia de las responsabilidades también ha sido declarado en términos explícitos en la esfera judicial, así en el Acta N° 108-2020 que establece el procedimiento para investigar responsabilidad disciplinaria de los integrantes del Poder Judicial (adoptada por la Corte Suprema en pleno con fecha 4 de septiembre de 2020), se precisa: *“Independencia de responsabilidades. La responsabili-*

¹⁶ Dictamen N° 2.450, de 1982, citado por Pantoja Bauzá, ob. cit., p. 820.

¹⁷ Dictamen N° 11.974 de la Contraloría General de la República de fecha 22 de septiembre de 2020.

¹⁸ Dictamen N° 8.195 de la Contraloría General de la República de fecha 20 de marzo de 2019.

dad disciplinaria es independiente de la responsabilidad penal o civil que puedan afectar a miembros del Poder Judicial y que deriven de la misma acción u omisión, de modo que las resoluciones que se adopten respecto de una de ellas no tiene efectos en otra, salvo en los casos determinados en la ley” (artículo 2)¹⁹.

En el caso del Ministerio Público, el mismo principio se reproduce en su Ley Orgánica Constitucional, N° 19.640, que prescribe: “*Los fiscales del Ministerio Público tendrán responsabilidad civil, disciplinaria y penal por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, de conformidad a la ley*” (artículo 45).

III. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

La independencia de responsabilidades antes anotada impacta además en la facultad de imponer sanciones o penas con ocasión de la infracción o incumplimiento de ciertos deberes, sanciones –que según tendremos oportunidad de examinar– presentan diversa naturaleza.

En efecto, debemos recordar que la Administración está facultada para imponer sanciones a cualquier ciudadano, facultad que encuentra su origen en la relación autoridad pública-ciudadano, hablándose en este caso de una pena administrativa o de un *derecho penal administrativo*, que puede definirse como aquella parte del derecho público, separada del derecho penal, por la cual órganos de la autoridad pública imponen sanciones de carácter punitivo, a cualquier ciudadano sin intervención de un juez independiente.

En relación a este aspecto nos advierte GARRIDO MONTT que debe distinguirse el *derecho contravencional* (las denominadas faltas no penales) de la *facultad disciplinaria administrativa* y del *derecho penal administrativo*; aclarando que el derecho contravencional está dirigido a reprimir infracciones normativas de menor gravedad que el delito y generalmente su castigo tiene un carácter preventivo especial; precisando que se trata de una rama especializada del derecho que no tiene diferencia con el derecho penal en cuanto a la substancia o naturaleza de las infracciones que castiga, sino en cuanto a sus cualidades, al presentar un menor injusto; apuntando que no ofrece diferencias cuantitativas sino meramente cualitativas, con los delitos²⁰. Aspectos que no entiende concurrir en el caso de las facultades disciplinarias que son los medios de la administración del Estado para reprimir las infracciones a la normativa administrativa, que generalmente son ejercidas por el superior jerárquico para corregir al inferior formando parte del derecho

¹⁹ Auto Acordado N° 108-2020 de la Corte Suprema [en línea]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1149561>

²⁰ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte General*. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, Tomo I, págs. 84 y sgtes.

administrativo. Aclarando finalmente que el derecho penal administrativo es una rama paralela al derecho penal, pero no integrada a este, no obstante compartir principios análogos, al poseer su propia naturaleza y características²¹.

En lo relativo al concepto de pena administrativa, precisa ENRIQUE CURY, que ella reconoce un doble sentido, uno *procesal*, en cuyo caso se trata de medidas sancionatorias que se imponen por una autoridad administrativa, sin intervención de los tribunales de justicia, no obstante su naturaleza punitiva (o, por lo menos su semejanza con las formas de la pena criminal). Para luego plantear que también puede conceptualizarse conforme a un sentido o *criterio material*, que señala que serán penas administrativas las aplicadas a los hechos que atentan contra la estructura, organización y funciones de la Administración, o contra los bienes jurídicos cuya violación –por encontrarse estrechamente vinculados con ella– la afectan directamente²².

Por su parte JEAN PIERRE MATUS y MARÍA CECILIA RAMÍREZ, conciben al derecho administrativo sancionador como el conjunto de normas que comprenden las atribuciones gubernativas generales para imponer sanciones a todos los ciudadanos; reconociendo al derecho disciplinario como el conjunto de normas que rige para quienes mantienen una especial relación de subordinación y servicio con el Estado, como los funcionarios públicos regidos por el Estatuto Administrativo y los de las Fuerzas Armadas, en relación con sus ordenanzas de disciplina interna, o los Diputados y Senadores respecto de la faltas contempladas en la Ley Orgánica del Congreso Nacional²³.

En cuanto a la diferenciación que puede plantearse entre las penas administrativas y las penales, nos precisa la doctrina que obedecerían a dos criterios: cuantitativos y cualitativos. El criterio *cualitativo* señala que la diferencia de ambas sanciones radica en el hecho que la administrativa solo protege intereses administrativos y no bienes jurídicos auténticos²⁴, aludiéndose además que ellas son apreciadas en la comunidad con

21 *Ibidem*.

22 CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Chile, Ediciones Universidad de Católica de Chile, 2005, p. 103. Este autor nos recuerda que lo que de ordinario se denomina derecho penal administrativo se encuentra integrado por el conjunto de infracciones a la que alude la segunda noción (criterio material), que pueden encontrarse en ocasiones amenazadas con penas penales propiamente tales, como ocurre con aquellas a que se refiere la mayor parte del Título V del Libro Segundo del Código Penal, y en otros con sanciones administrativas entendidas en el primero de los sentidos, esto es, impuestas por la autoridad administrativa. Sin embargo –recuerda el autor– el rótulo también se emplea a veces para designar únicamente el grupo de hechos castigados por la Administración, con prescindencia de los tribunales o, viceversa, para referirse a los auténticos delitos contra la Administración. Todo lo cual, por supuesto, origina confusiones perturbadoras para la solución de las cuestiones debatidas.

23 MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición actualizada, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2021, p. 96.

24 CURY, ob. cit., p. 104.

un menor reproche ético, lo que no ocurriría con la sanción penal²⁵. Criterio que según CURY conduce a resultados antagónicos con las concepciones liberales, ya que se prestaría para ocultar, tras el rótulo de penas administrativas, una serie de reacciones punitivas cuya aplicación se sustraería del sistema de garantías que rodea la pena penal. Lo que lleva a este autor a postular que la diferenciación entre ambas sanciones es solo de tipo *cuantitativo*, de magnitudes, y así la sanción administrativa no es sino un injusto de significado ético social reducido, que por tal razón solo debe estar sometido a sanciones leves cuya imposición no requiere garantías tan severas como las que rodean a la pena penal²⁶. Precisando, por su parte, GARRIDO MONTT que ambas sanciones compartirían la misma naturaleza, lo que obligaría a someterlas –en lo posible– a principios limitativos y garantías semejantes.

Esta diferencia cuantitativa entre las sanciones administrativas y las penales también puede colegirse del propio Código Penal, que en su artículo 20 expresa: *“No se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”*; redacción que parece no desconocer que se trata de penas, advirtiendo CURY que la misma disposición si bien precisa que no se reputan penas las “restricciones de la libertad de los procesados”, posteriormente en el art. 26 del mismo Código se prescribe: *“la duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión del imputado”*, norma que debe complementarse con el actual artículo 348 del Código Procesal Penal, que indica: *“la sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijará el tiempo de detención, prisión preventiva y privación de libertad impuesta en conformidad a la letra a) del artículo 155 que deberá servir de abono para su cumplimiento, lo que permite fundar que la diferencia consagrada en el art. 20 del CP no atendería a aspectos cualitativos”*²⁷.

La anterior conclusión es compartida solo parcialmente por GARRIDO MONTT, quien estima necesario analizar la naturaleza de la infracción de que se trate, *“pues si es disciplinaria, tiene su propia identidad y son propias del derecho administrativo”*²⁸. Advirtiendo que en el caso de las sanciones disciplinarias, cuyo objetivo es asegurar el orden interno y la es-

25 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 85.

26 CURY, ob. cit., p. 105.

27 CURY, ob. cit., p. 108. Del mismo parecer: GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 86.

28 GARRIDO, ob. cit., p. 86.

estructura jerarquizada de la administración, se trata de sanciones diferentes a las penales, es simplemente derecho administrativo, cuya finalidad es distinta, vinculada a mantener una “*determinada organización capaz de funcionar, mientras que el derecho penal debe hacer posible la vida social*”²⁹. De manera que sin perjuicio de la reacción administrativa, puede ser materia de persecución penal la distracción de dinero en un servicio público que da origen a sanciones disciplinarias y, al mismo tiempo, a sanciones penales.

En una propuesta más reciente JUAN PABLO MAÑALICH precisa que sí existe un punto de vista intuitivamente accesible para determinar el alcance del concepto de sanción administrativa, en contraposición al concepto de pena *stricto sensu*, y es aquel relativo al órgano específicamente competente para su respectiva imposición. Desde este punto de vista –precisa– contarían como sanciones administrativas aquellas susceptibles de ser impuestas por órganos administrativos, lo cual en todo caso significa: por órganos no propiamente jurisdiccionales; de esta forma introduce una distinción “formalistamente” construida entre dos nociones de sanción administrativa. De esta manera *stricto sensu*, por “sanción administrativa” cabe entender toda sanción susceptible de ser directamente impuesta por algún órgano administrativo, sin perjuicio de que una eventual reclamación ante su imposición pueda dar lugar a un proceso propiamente jurisdiccional, más o menos ajustado a la estructura de un procedimiento contencioso-administrativo. *Lato sensu*, en cambio, por “sanción administrativa” cabría entender una consecuencia jurídica fijada por una auténtica norma de sanción cuya aplicación no sea privativa de órganos que ejercen jurisdicción “en lo penal” y que característicamente refuerce la reglamentación de determinados ámbitos de actividad por mor de “consideraciones de afectación general”, con independencia de que su aplicación competa a órganos propiamente administrativos o a órganos jurisdiccionales³⁰.

IV. LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS

Si bien se constata un interés cada vez mayor por conceptualizar el derecho administrativo sancionador y por ende los contornos que presentan sus sanciones y su relación con el derecho penal, no ocurre lo mismo con el tratamiento dogmático de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos y las sanciones que pueden aplicarse en esa sede³¹.

29 GARRIDO, ob. cit., p. 86, citando además a Günther Jakobs, *Derecho Penal*, Parte General, p. 73.

30 MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio” [en línea]. En: *Polít. crim.*, Vol. 9, N° 18, Santiago de Chile, Universidad de Talca, Diciembre 2014, Art. 8, págs. 543 – 563. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v9n18/arto8.pdf> [fecha de consulta: 12 de mayo de 2021].

31 En efecto tratan del derecho administrativo sancionador y sus contornos, entre otros: MAÑALICH RAFFO, ob. cit.; CORDERO VEGA Luis. “El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno”.

En ese escenario de escasa discusión uno de los aspectos que sí ha merecido interés es, precisamente, el correcto empleo de la expresión “*responsabilidad administrativa*” o bien “*responsabilidad disciplinaria*”, inclinándose algunos autores por entender que el concepto “*responsabilidad disciplinaria*”, debe utilizarse únicamente cuando se trata de la responsabilidad personal en que incurren los funcionarios públicos cuando infringen su régimen de deberes funcionarios, reservando la expresión de “*responsabilidad administrativa*” para la responsabilidad que eventualmente le puede caber a la Administración o al Estado como institución política general a consecuencia de sus actuaciones³².

Independiente del concepto que quiera adoptarse, es un hecho irrefutable que cualquier organización que quiera sobrevivir requiere de la disciplina como un componente o herramienta indispensable para mantener el orden y, en última instancia, para alcanzar los fines perseguidos por esa entidad. En otros términos, nos recuerda MONTERO CARTES –uno de los pocos autores contemporáneos que trata este tema– el poder disciplinario es un pilar fundamental sobre el que descansa la organización de toda institución, sea esta pública o privada. Afirmación que adquiere mayor fuerza al circunscribirla a la Administración del Estado habida cuenta de sus fines y naturaleza³³.

En relación al término disciplina, nos recuerda MONTERO CARTES que expresa un doble significado. Por un lado, es “doctrina, instrucción de una persona, especialmente en lo moral”, y por otro, hace referencia a “observancia de las leyes y ordenamientos de la profesión o instituto”³⁴. El mismo autor releva que desde el punto de vista jurídico, es importante la acepción de la disciplina como relación intersubjetiva entre quien pretende la observancia de una regla y quien viene obligado a respetarla. En particular, importa el concepto más amplio como un conjunto de reglas a las que debe conformarse la conducta de un individuo en las relaciones con otro³⁵.

En: *Revista Ius et Praxis*, Año 26, N° 1, Chile, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2020, págs. 240 – 265; OSSANDÓN, Magdalena. “El legislador y el principio ne bis in idem” [en línea]. En: *Polít. crim.*, Vol. 13, N° 26, Santiago de Chile, Universidad de Talca, Diciembre 2018, Art. 8, págs. 952 – 1002. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v13n26/0718-3399-politcrim-13-26-00952.pdf> [fecha de consulta: 13 de mayo de 2021]; GARCÍA CAVERO, Percy. “El principio del ne bis in idem material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa” [en línea]. En: *Polít. crim.*, Vol. 11, N° 21, Santiago de Chile, Universidad de Talca, Julio 2016, Art. 2, págs. 21 – 33. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v11n21/arto2.pdf> [fecha de consulta: 13 de mayo de 2021].

32 MONTERO CARTES, Cristian. “La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos: un estudio introductorio”. En: *Revista de Derecho Público*, Vol. 82, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 1° sem. 2015.

33 MONTERO CARTES, ob. cit. p. 116, releva que la Constitución, en lo que interesa, dispone que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es el bien común (artículo 1°, inciso 4°). Al respecto, véase: MOLINA GUAITA, Hernán. *Instituciones Políticas*. Décimo quinta edición revisada y actualizada, Chile, LegalPublishing Universidad de Concepción, 2009, p. 58.

34 Diccionario de la Real Academia de la Lengua [en línea]. Disponible en: <https://dle.rae.es/disciplina> [fecha de consulta: 13 de mayo de 2021].

35 Cfr. MARINA JALVO, Belén. *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*. 3ª edición, Madrid, Editorial Lex Nova, 2006, p. 27.

En este sentido debe aclararse que, en lo relativo al contexto en el que se presenta esta responsabilidad, atendidas las funciones desarrolladas por los servidores públicos, la responsabilidad funcionaria se extiende a toda conducta que pudiera comprometer los intereses y fines de la Administración, considerando incluida la vida privada, que resulta susceptible de ser fiscalizada, teniendo en cuenta los deberes especiales de dignidad y probidad que deben observarse en todo momento³⁶ y que el ejercicio de los derechos políticos, respecto de los determinados funcionarios públicos, fuera del horario de trabajo, también se encuentran limitados en algunos casos³⁷.

Para entender con mayor precisión o claridad este tipo de responsabilidad es necesario contar con una definición de la misma y en este sentido la doctrina ha definido la potestad disciplinaria como “*el poder que atribuye el ordenamiento jurídico a la Administración para reprimir, mediante la imposición de sanciones, las conductas antijurídicas que realizan las personas que trabajan para ella, esto es, los funcionarios públicos, siempre que tales conductas tengan lugar en el marco de la relación de servicio de éstos con aquélla*”³⁸.

En lo vinculado al fundamento de la responsabilidad disciplinaria, precisa MONTERO CARTES que ello ha sido objeto de discusión y así algunos autores plantean que la responsabilidad del empleado público encuentra su fundamento teológico en la necesidad de la sociedad de contar con agentes con un adecuado nivel de idoneidad, acorde con las funciones que se le han encomendado, y que la comunidad halle una respuesta adecuada y eficiente frente a los actos lícitos y culpables de sus funcionarios³⁹. Otro autor agrega que ello tiende a impedir que, amparados en su “función”, los individuos queden impu-

36 Así se constata al revisar el Estatuto Administrativo que en su art. 61 letra i) impone la obligación de llevar una vida social acorde con la dignidad del cargo.

37 Al efecto revisar Dictámenes N°s. 30.157, de 2005, y 42.662, de 2000, de la Contraloría General de la República que expresan: “*En el desempeño de la función pública, los empleados estatales, cualquiera sea su jerarquía y el estatuto jurídico que los rija, están impedidos de realizar actividades de carácter político contingente y, en tal virtud, v. gr., no pueden hacer proselitismo o propaganda política, promover o intervenir en campañas o participar en reuniones o proclamaciones para tales fines, ejercer coacción sobre los empleados o los administrados con el mismo objeto y, en general, valerse de la autoridad o cargo para favorecer o perjudicar, por cualquier medio, tendencias o partidos políticos. En razón de iguales fundamentos, es también ilícito usar para los indicados propósitos, los recursos públicos y, asimismo, los bienes fiscales, municipales o de otras entidades estatales... Por el contrario, al margen del desempeño del cargo, el empleado, en su calidad de ciudadano, se encuentra plenamente habilitado para ejercer los derechos políticos consagrados en el artículo 13 de la Carta Fundamental, sin perjuicio de la prohibición que, sobre esta materia, afecta al personal del Servicio Electoral de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 77 del actual DFL 5 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.556, Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral, y 18 del actual DFL 4 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.603, Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos*”.

38 SUAY RINCÓN, José. “Potestad disciplinaria”. En: *Libro de Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Civitas, 1989, p. 1.315, citado por GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Tercera edición, Pamplona, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 249.

39 DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 7ª ed. actualizada, Argentina, Editorial Argentina, 1998, p. 438. Citado por Montero Cartes, ob. cit., p. 7.

nes frente al damnificado, la sociedad o el propio Estado⁴⁰. De igual modo, se ha planteado que el fundamento primero de la existencia de un régimen disciplinario reside en la necesidad que la Administración tiene, como organización prestadora de servicios, de someter la disciplina interna de incluso su nombre y de asegurar que sus agentes cumplan las obligaciones de su cargo⁴¹.

En este mismo orden de ideas postula MONTERO CARTES que la finalidad de la responsabilidad administrativa puede observarse desde una doble faz, así, por una parte, busca velar por el estricto y cabal cumplimiento del régimen de deberes aplicable al personal de la Administración del Estado, junto con mantener la disciplina en el marco del desempeño de las funciones públicas, transformándose en una verdadera forma de protección de la Administración Pública frente a funcionarios y actuaciones internas que pueden ser contrarias a su correcto funcionamiento, buscando, en último término, preservar la existencia de organizaciones fundamentales para el desarrollo de la colectividad nacional⁴². Y a la vez, se plantea que la responsabilidad administrativa constituye una garantía de los ciudadanos frente a un eventual obrar arbitrario o ilegal de parte de determinados servidores de la Administración⁴³, en el entendido que con ella se persigue el respeto de las normas jurídicas, convirtiendo así la responsabilidad de los funcionarios en una “conquista del respeto a la ley”⁴⁴.

En lo relativo a la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad, es posible mencionar el examen de la doctrina que releva MONTERO CARTES, observando que mayoritariamente existe una idéntica naturaleza entre las infracciones disciplinarias y las faltas administrativas en general. Así, se concibe que aquellas constituyan una manifestación más del *ius puniendi* del Estado, participe de la naturaleza de la sanción administrativa, como el resto del derecho administrativo sancionador y, en consecuencia, sometido a los mismos principios

40 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de la función Pública*. Quinta edición, España, Editorial Tecnos S.A., 2008, p. 300.

41 Distinción que nos recuerda lo observado por Garrido Montt.

42 MONTERO CARTES, ob. cit., p.117, que recuerda que la doctrina ha puesto de relieve el carácter instrumental de la potestad disciplinaria. Así, se ha dicho que ella “se justifica en un poder coacción que necesita la administración para proteger su propia organización como titular de la misma frente a determinadas conductas de sus miembros... esta tiene pues, un marcado, carácter instrumental”.

43 DUGUIT, Léon observa que: “Se afirma por todas partes que el individuo tiene contra el Estado derecho a la seguridad, es decir, a que se tomen las garantías en su favor contra la arbitrariedad. Estas garantías se ven la separación de los poderes, en la responsabilidad de los funcionarios”. *Las transformaciones del Derecho Público* (Traducción de Adolfo Pasadas y Ramón Jaén). Segunda edición, Madrid, Librería Española y Extranjera de Francisco Beltrán, 1926, p. 304. Citado por BASTIAS ROMO, Lionel. *Responsabilidad en el Régimen Municipal*. Santiago, Seminario de Derecho Público N° 22, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Editorial Jurídica, 1966, p. 5.

44 MONTERO CARTES, ob. cit., p. 117, citando a BERNASCHINA, Mario. *Derecho Municipal Chileno* (Colección de Estudios Jurídicos). Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1954, Volumen XLII, p. 260.

del derecho penal⁴⁵. No obstante se advierte que esa identidad no implica en modo alguno una necesaria coincidencia en la regulación material, ni en la formal o procedimental, razón por la que si bien los principios generales del derecho administrativo sancionador se aplican al régimen disciplinario de los empleados públicos, ello procederá con algunos matices derivados de su especialidad y de las finalidades de este.

El autor mencionado recuerda que la doctrina española ha transitado desde una potestad disciplinaria rigurosamente autoritaria, vinculada al principio de jerarquía, a otra sustancialmente diversa en la que priman las garantías del funcionario, observándose una penetración de los principios informadores del derecho penal como los de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad de las sanciones como entidad de las infracciones, lo que reduce la discrecionalidad con la que en tiempos pretéritos se manejaba la responsabilidad disciplinaria⁴⁶.

Lo antes visto permite concluir a la doctrina española que la potestad disciplinaria no debe ser entendida actualmente como una manifestación de la supremacía especial, sino que como una expresión más de la potestad sancionadora administrativa, estrechamente vinculada a la potestad organizativa de la Administración, en el marco de los valores constitucionales; entendiendo que *“la potestad disciplinaria sirve a la Administración para la tutela de su organización, de modo que ésta pueda cumplir con su función de servicio público eficaz, imparcial y con pleno respeto al principio de legalidad. El poder disciplinario es, por tanto, un instrumento de que dispone la Administración para luchar contra los funcionarios que incumplen o abusan de sus funciones en perjuicio de la cosa pública, de los derechos y libertades de los ciudadanos”*⁴⁷.

Planteamiento doctrinario comparado que parece coincidir con el desarrollo de nuestra doctrina y jurisprudencia la que desde a lo menos el año 2006 –según nos aclara LUIS CORDERO VEGA– en la esfera del derecho administrativo sancionatorio, a propósito de una sen-

45 Ibídem, p. 120.

46 Fenómeno que también se constata por CORDERO, quien nos advierte –al tratar el derecho penal sancionatorio– que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional al plantear que las diferencias entre la sanción administrativa y la penal solo eran de orden cuantitativo, encontrando ambas su origen en el *“denominado ius puniendi estatal y, en tal sentido, le eran aplicables a ella y al procedimiento que le sirve de base –con matices– las garantías provenientes del Derecho Penal”*. CORDERO VEGA, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Segunda edición, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2015. De esta forma se planteó por la jurisprudencia *“trasplantar al orden sancionador administrativo todas las garantías procesales (racional y justo procedimiento previo, presunción de inocencia, audiencia, etc.) y principios (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc.) propios del derecho penal, porque parecen haber notado nuestros jueces que es menester imprimir una mínima coherencia al derecho penal administrativo, el que no encontrándose codificado con una imprescindible parte general que recoja las reglas básicas sobre las que se apoya la actividad sancionadora, a la inversa, se halla extraordinariamente disperso en una barahúnda de leyes sectoriales dictadas en épocas muy distintas y con criterios o perspectivas diversas”*. CORDERO VEGA, Luis. “El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 26, N° 1, Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, 2020, págs. 240 – 265.

47 MARINA JALVO, ob. cit., p. 44.

tencia del Tribunal Constitucional que desechara el requerimiento de inaplicabilidad de las empresas eléctricas sobre la base de un denominado *ius puniendi* matizado, afirma la procedencia de aplicar los principios del orden penal a dicho ámbito, adecuándolos a la gestión de los organismos públicos⁴⁸.

Interpretación que últimamente rechazan JEAN PIERRE MATUS Y CECILIA RAMÍREZ, quienes plantean que se ha abandonado la idea que el derecho administrativo sancionador sería sustancialmente semejante al derecho penal por ser ambos expresión de un mismo *ius puniendi*, existiendo entre ellos solo una diferencia cuantitativa; toda vez que la aplicación con *matices* de las garantías penales al derecho administrativo sancionador no parece más que una declaración retórica cuando dichos matices se reducen a su mínima expresión, como sucede con la flexibilidad aceptada para dar “*aplicación*” al principio de tipicidad en el derecho administrativo, recordando que la actual jurisprudencia administrativa sostiene: “*si bien en épocas pretéritas parecía indispensable acudir al ordenamiento penal para alcanzar la protección del ciudadano frente al ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración, el estado actual del desarrollo del derecho administrativo, tanto por vía normativa como jurisprudencial, hacen innecesaria esa operación*”, por lo que “*descartada la necesaria aplicación de las normas y principios del derecho penal al ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración para alcanzar la finalidad garantista que la justificaba, resulta menester entonces acudir al derecho común en aquellas materias no reguladas por el derecho administrativo, el que en nuestro caso corresponde al Código Civil*” (Dictamen de la Contraloría General de la República N° 2471 de 12 de septiembre de 2019)⁴⁹.

Los mencionados autores reconocen, en todo caso, que la jurisprudencia judicial parece mantener la aplicación con “*matices*” de las garantías del derecho penal al derecho administrativo sancionatorio; no obstante, advierten que la práctica reciente de los tribunales superiores también ha dejado de lado esta interpretación, particularmente en lo relativo a la aplicación de las reglas de prescripción de las sanciones administrativas, que se remiten al derecho civil⁵⁰, y sobre todo, a la habilitación de la imposición de sanciones simultáneas o sucesivas por hechos sujetos a la jurisdicción administrativa y a la penal⁵¹.

48 CORDERO, ob. cit., p. 240, quien menciona las sentencias del Tribunal Constitucional, Rol N° 479, de 8 de agosto de 2006 y Rol N° 480, de 13 de abril de 2006.

49 MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., págs. 97 y sgtes.

50 MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 98, quienes citan una sentencia de la Corte Suprema, de 23 de octubre de 2018, Rol N° 44.510-2017.

51 *Ibidem*, citando la sentencia de la Corte Suprema de fecha 6 de septiembre de 2019, Rol N° 14.091-19.

V. PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM Y RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

Como nos recuerda OSSANDÓN WIDOW, el *ne bis in idem* es considerado una garantía propia de todo ordenamiento penal democrático que sea respetuoso de la dignidad personal y de los derechos que emanan de la naturaleza humana; siendo incluido en forma expresa en diversos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, precisamente porque se estima que esta prohibición constituye una de las exigencias mínimas de respeto a la persona en el ejercicio del poder penal estatal⁵².

La misma autora plantea que existe consenso en orden a que el principio del *ne bis in idem* involucra una doble prohibición: a) una prohibición material que alude a que un mismo hecho no debe ser objeto de doble sanción, o más precisamente, que una misma circunstancia o aspecto no debe ser objeto de una doble ponderación (no debe ser valorado dos veces); y b) una prohibición procesal, que impide someter a alguien a un juzgamiento simultáneo o sucesivo a otro que recae sobre el mismo hecho⁵³.

Al vincular este principio con la posibilidad de la imputación conjunta de penas penales y sanciones disciplinarias, encontramos diversas opiniones de la doctrina nacional que aceptan esta posibilidad descartando alguna vulneración al principio del *ne bis in idem*⁵⁴:

- Politoff, Matus y Ramírez: Que “... no rige al respecto el principio de la cosa juzgada ni el principio *non bis in idem*, es decir, la sanción disciplinaria y la pena penal no se excluyen recíprocamente”⁵⁵.
- Novoa Monreal: “...la mayor parte de los penalistas se inclina a ver en el Derecho Penal Disciplinario un orden jurídico de naturaleza diferente del Derecho Penal y ello por varias razones”⁵⁶.
- Garrido Montt: “... ha de analizarse la naturaleza de la infracción, pues si es disciplinaria, tiene su propia identidad y son propias del derecho administrativo. Sólo cuando se trata de derecho penal administrativo se violaría el principio *non bis in idem* si simultáneamente por un mismo hecho se impusiera una sanción administrativa y una penal... Sin perjuicio de lo señalado, las sanciones impuestas en virtud de la facultad disciplinaria, cuyo objetivo

52 OSSANDÓN, “El legislador y el principio...”, ob. cit., p. 953.

53 Ibídem, citando a MAÑALICH.

54 En este sentido, con referencias a la jurisprudencia española, RUIZ PULIDO, Guillermo. “Informe en Derecho sobre las sentencias pronunciadas por la Corte de Apelaciones de Copiapó y la Corte Suprema recaída en querrela de capítulos en causa RUC N° 04004769687-3”. En: *Boletín del Ministerio Público*, N° 33, Santiago, Chile, Ministerio Público, Diciembre de 2007, págs. 197 – 217.

55 POLITOFF L, Sergio; MATUS A., Jean Pierre; RAMÍREZ G., María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*. 2ª edición, reimp. 2010, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 82.

56 NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960, Tomo I, p. 35.

es asegurar el orden interno y la estructura jerárquica de la administración, son diferentes a las sanciones penales y escapan a las reglas recién indicadas... De modo que sin perjuicio de la reacción administrativa, pueden ser objeto de reacción penal (la distracción de dinero en un servicio público da origen a sanciones disciplinarias y, al mismo tiempo, a sanciones penales)”⁵⁷.

- Rodríguez Collao y Ossandón Widow: “... el principio *non bis in idem* se manifiesta concretamente en la prohibición de aplicar sanción administrativa y sanción penal respecto de una misma conducta ilícita –salvo que se trate de una sanción disciplinaria, la que puede coexistir con una pena–...”⁵⁸.
- Rodríguez Collao: “El tipo de diferencia que separa a estas dos potestades determina que en nuestro ordenamiento jurídico sea posible aplicar una pena criminal y una pena disciplinaria a la persona que incurre en una conducta indebida. Ambas penas aplicadas, por ejemplo, a quien comete el delito de cohecho son compatibles, justamente porque persiguen fines diferentes”⁵⁹.
- Cury: “No obstante este parecido entre las penas disciplinales y las penales, la opinión predominante, incluso en el **derecho comparado**, considera que su naturaleza es diferente. De conformidad con ella, las penas disciplinales sólo tienen por objetivo preservar el funcionamiento correcto de las organizaciones dentro de las cuales se aplican. Su imposición, por esto, no presupone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, como lo es, en los auténticos delitos funcionarios, ‘la confianza pública en la pureza del ejercicio de la función’, requieren, tan sólo, una falta de lealtad para con la institución, aunque no signifique deterioro alguno de su imagen hacia el exterior. Por esto, no precisan de una tipificación previa, y pueden irrogarse conjuntamente con una pena penal sin infracción del *non bis in idem*”⁶⁰.
- Piña Rochefort: “Tradicionalmente vuelve aquí a plantearse el problema de la naturaleza de las penas disciplinales. En este punto, sin embargo, está relativamente difundida la idea de que su naturaleza es claramente distinta, pues su objetivo es simplemente preservar el funcionamiento correcto de las instituciones en las que tiene lugar... Ello permitiría que... pudiesen irrogarse de conjuntamente con una pena penal”⁶¹. “Cuando se trata de sancio-

57 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte general*. 2ª ed., reimpr. 2009, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997, p. 87.

58 RODRÍGUEZ COLLAO, Luis; OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *Delitos aduaneros*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2010, p. 37.

59 RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”. En: *Revista de Derecho*, N° XI, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 1987, págs. 147 – 148 (cita del original ha sido omitida).

60 CURY, ob. cit., págs. 113 – 114 (destacados difieren del original y las citas fueron omitidas). Este autor, acto seguido (*ibid*, págs. 114 – 115) manifiesta y desarrolla su parecer contrario a la “doctrina tradicional”.

61 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Derecho Penal. Fundamentos de la responsabilidad*. Santiago, AbeledoPerrot, 2010, p. 130. Aunque más adelante, al tomar postura, distingue si “la pena impuesta, al momento de su establecimiento ha contemplado

nes disciplinarias y penales es común adicionar la exigencia de que no exista una relación de sujeción especial entre el sancionado y el sancionador” (sic)⁶². “Pues ello permitiría la aplicación de dos sanciones; pero básicamente porque no sería bis ‘in idem’”⁶³.

- Ossandón Widow: “En relación con esta eventual concurrencia de sanciones, lo primero a dilucidar es si estamos realmente ante “lo mismo”, esto es, si existe identidad de sujeto, hecho y fundamento. Sin entrar al detalle de lo que significa esta triple identidad, consideramos que ella es más bien excepcional, por las diferencias radicales que existen entre las infracciones penales y administrativas. Diferencias que obedecen a que se estructuran con una lógica distinta, que responde a su diversa función; “mientras que la pena apunta a prevenir la lesión de bienes jurídicos, lo que la sanción administrativa procura es asegurar el adecuado funcionamiento de los sectores sociales sometidos a regulación”⁶⁴. Por lo tanto, la regla general será que no pueda afirmarse la triple identidad y, en consecuencia, que las sanciones sean compatibles. Sin embargo, este es solo el punto de partida, pues la cuestión ha de resolverse por un análisis caso a caso”⁶⁵.

La misma autora al tratar el caso de sanciones administrativas aplicadas a jueces que posteriormente vedan la aplicación de una sanción penal menciona: “Estas decisiones no resultan del todo satisfactorias, por una parte, porque ofrecen una diferencia de criterio poco justificada, máxime cuando en estos ejemplos se trataba siempre de sanciones disciplinarias, que generalmente se consideran compatibles con las penales por la diversidad de fundamentos a que obedecen (lo que se estaría sancionando administrativamente es la infracción deber de lealtad que existe cuando entre el sancionado y la Administración se da una especial relación de subordinación). Por otra parte, la solución es criticable también porque en la práctica ha significado hacer primar la sanción menos grave, la administrativa, por sobre la penal”⁶⁶.

la relevancia para la organización de la infracción cometida, [en cuyo caso] se viola el principio non bis in idem” de aquellos en que “la pena impuesta no ha contemplado en su disvalor el daño a la organización, [hipótesis en que] entonces la sanción penal se encarga de reestabilizar el delito cometido y la sanción disciplinaria opera como residuo respecto del daño a la organización”.

62 PIÑA ROCHEFORT, ob. cit., p. 256.

63 PIÑA ROCHEFORT, ob. cit., p. 256, nota 949.

64 OSSANDÓN, *El legislador...*, ob. cit., p. 991, citando a GARCÍA CAVERO, Percy. “El principio del ne bis in idem material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa”. En: *Polít. Crim.*, Vol. 11, N° 21, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2016, A2, págs. 21 – 33, p. 26.

65 *Ibidem*, que cita en el mismo sentido a OTTAVIANO, Santiago. *La garantía del ne bis in idem. La prohibición de doble sanción y de doble enjuiciamiento penal y su tutela en los tratados internacionales de Derechos Humanos*. México, Porrúa, 2013, p. XXXIII, p. 54, quien afirma que “no parece que sea razonable una toma de postura general y en abstracto ya sea a favor o en contra de la multiplicación de sanciones y procedimientos penales y administrativos”. En similar sentido DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio “ne bis in idem”*. Barcelona, Bosch, 1998, p. 495.

66 OSSANDÓN, ob. cit., p. 992, agrega que es relevante consignar que en todos estos casos ambas sanciones resultan

- Mañalich: *“Lo que interesa examinar, entonces, es si la exposición de una persona, en forma sucesiva o simultánea, a procesos de carácter jurisdiccional o no-jurisdiccional potencialmente conducentes a la imposición de una sanción penal, por un lado, y de una sanción administrativa, por otro, pudiera resultar proscrita bajo la prohibición de juzgamiento múltiple. Aquí es crucial reparar en las implicaciones de la heterogeneidad de los regímenes sancionatorios cuya potencial activación define el horizonte de las instancias de investigación o persecución concurrentes. Pues en la medida en que la potencial activación de ambos regímenes sancionatorios no pueda tener lugar a través de una misma instancia de investigación o persecución, es claro que la eventual proscripción de una doble investigación o persecución necesariamente llevaría a que alguno de ellos no llegase a activarse. Y esto resultaría manifestamente incongruente con la validación legislativa de la coexistencia de ambos regímenes. Luego, en la medida en que no pueda objetarse la legitimidad de la configuración dualista de los regímenes sancionatorios en concurrencia, no hay base para una objeción de principio en contra de la admisibilidad de la sustanciación de procesos (jurisdiccionales o administrativos) encaminados a la potencial imposición de sanciones en uno y otro frente”⁶⁷.*

Se observa así que los autores recurren para aceptar la posibilidad de la concurrencia conjunta de la responsabilidad disciplinaria y la penal –y de paso descartar la infracción al *ne bis in idem*– a la diversa gravedad y culpabilidad⁶⁸ que se observa entre ellas; a su distinta naturaleza, finalidad y fines (protección de bienes jurídicos frente al aseguramiento del orden interno y la estructura jerárquica)⁶⁹; como también a las diferencias de calidad fundadas en el objetivo –más restringido– del correcto desarrollo de una función estatal⁷⁰.

imponibles por un mismo órgano: la Corte de Apelaciones, actuando con sus facultades administrativo-disciplinarias o jurisdiccionales en cada caso. Además, en las resoluciones citadas se suele esgrimir un argumento interpretativo: al aplicar una medida disciplinaria al imputado se entiende, implícitamente, que la Corte habría entendido (al pronunciarse sobre la procedencia de esa medida) que el hecho imputado no importaba un delito penal, ya que conforme al inciso final del artículo 537 COT, las sanciones administrativas establecidas en el mismo se entienden respecto de faltas o abusos que las leyes no califiquen de crimen o simple delito.

67 MAÑALICH, ob. cit., p. 561.

68 POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, ob. cit., p. 82.

69 NOVOA MONREAL, ob. cit., T. I, p. 35.

70 RODRÍGUEZ COLLAO, “Bases...”, ob. cit., p. 147. Otras diferencias destacadas por RUIZ PULIDO, ob. cit., págs. 209 – 210: efectos pequeños y limitados de las medidas disciplinarias; protección de la sociedad de la pena, su carácter intimidatorio y la exigencia de legalidad y tipicidad; la medida disciplinaria no obedece a un riguroso criterio típico ni es infamante.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La revisión que se ha realizado permite aclarar que en el contexto del derecho administrativo, la doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que la ley claramente reconoce el principio de la independencia de las responsabilidades que emanan de un mismo hecho, lo que determina que un funcionario público podrá responder civil, administrativa, penal e incluso políticamente por actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus cargos.

De igual manera es posible aclarar que la doctrina no ha indagado especialmente en la relación que se presenta entre la responsabilidad disciplinaria y la penal, centrándose el interés en la existente entre el derecho administrativo sancionatorio (derecho penal administrativo) y el penal, siendo objeto de especial desarrollo en los últimos años.

No obstante lo anterior el análisis de la doctrina penal existente, especialmente en lo relativo a la vinculación del derecho administrativo sancionatorio y el principio *ne bis in idem*, permite aclarar que la mayor parte de la doctrina penal descarta la infracción de este principio cuando las sanciones son impuestas en virtud del ejercicio de la facultad disciplinaria de un determinado órgano administrativo, ya que su objetivo es asegurar el orden interno del servicio y la estructura jerárquica de la administración.

Como conclusión, es posible afirmar que la literatura nacional sostiene, de manera mayoritaria, que la aplicación conjunta de una pena penal y una sanción propiamente disciplinaria no vulneraría el principio *ne bis in idem*.

**UNIDAD ESPECIALIZADA
EN TRÁFICO ILÍCITO DE
ESTUPEFACIENTES Y
SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS**

UNA DÉCADA DE DIFICULTADES INTERPRETATIVAS. ACOGE RECURSO DE NULIDAD DE LA FISCALÍA. MÁS ALLÁ DE LA CANTIDAD Y PUREZA DE LA DROGA EN LOS TIPOS PENALES DEL ARTÍCULO 4° Y 3° DE LA LEY N° 20.000

Juan Castro Bekios¹

I. INTRODUCCIÓN

Hace prácticamente diez años, en la Revista Jurídica del Ministerio Público correspondiente a diciembre de 2011², nos ocupábamos de las dificultades interpretativas que a esa fecha se producían con la figura del Artículo 4° de la Ley N° 20.000, denominada comúnmente de forma poco acertada en nuestra opinión, microtráfico. En dicha oportunidad, comentábamos un fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique³ que recalificó a la figura del artículo 4° de la Ley N° 20.000 un total de sustancia incautada de 2.095 gramos de

¹ Abogado, Fiscal Jefe del Sistema Regional de Análisis Criminal y Focos Investigativos de la Región de Antofagasta (SACFI), Fiscalía Regional de Antofagasta, Ministerio Público de Chile.

² CASTRO BEKIOS, Juan Stefan. "Recurso de nulidad acogido por la Corte de Apelaciones de Iquique, interpuesto por la Fiscalía de Tarapacá, en contra de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, el cual recalificó a la figura del artículo 4° de la Ley N°20.000, el transporte de una considerable cantidad de droga". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°49, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2011, págs. 162 - 182.

³ Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, veintiséis de septiembre de dos mil once, sentencia RUC 1110007238-8, RIT 264-2011.

cocaína base, toda vez que como la pureza o concentración de la droga era de un 2%, concluyó que la cantidad en infracción se limitaba al 2% de su contenido, lo que resultaba en un aproximado de 40 gramos de droga. Por esa razón, unida al incumplimiento de lo ordenado en el artículo 43° de la Ley N° 20.000, determinaba que en definitiva dicho alcaloide representó una puesta en riesgo o peligro de menor intensidad para el bien jurídico salud pública y por ello el juzgador optaba por el tipo privilegiado del artículo 4° de la Ley N° 20.000 por estimarlo más acorde con el principio de proporcionalidad de la sanción en relación al daño que pudo causarse. Afortunadamente, la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique, acogió el recurso de nulidad que se dedujo en aquella oportunidad anulando el juicio y la sentencia. Entre los considerandos de mayor interés dicho fallo señalaba que: *“con dicho razonamiento el tribunal se apartó de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, desde que acreditada la incautación de 2.095 gramos de pasta base de cocaína, con 2% de pureza, y no sólo 40 gramos de dicho alcaloide, lo lógico es entender que el porte de aquella sustancia estaba destinada a su comercialización en su totalidad, y no separada de las otras sustancias del contenido bruto, pudiendo ser comercializada ya con la venta total, es decir los 2.095 gramos, o bien dividida en múltiples papelillos, de manera que no importando la forma en que se venda, siempre llevará consigo el principio activo de la droga, con lo cual producirá daño a la salud de las personas que la consuman, que es el bien jurídico protegido por el legislador y cuya puesta en riesgo o peligro permanece, cualquiera sea el grado de pureza o concentración de la misma”*⁴.

Sin embargo, pese al tiempo transcurrido las complejidades de interpretación están lejos de haber terminado. En efecto, durante este tiempo siguen vigentes las discrepancias en torno al menos en cuanto a dos aspectos relevantes del tipo penal del artículo 4° de la Ley N° 20.000 y sobre todo la relación de este con el tipo penal del Art. 3° de la misma ley. En primer lugar, se continúa discutiendo sobre la acertada intelección de la frase del inciso primero del artículo 4° de la Ley N° 20.000, a saber, “pequeñas cantidades” y al respecto subsisten diversos criterios de interpretación de los mencionados elementos del tipo penal que permiten configurar en un caso concreto la hipótesis del mentado artículo 4°, los cuales actualmente no se limitan o agotan únicamente a un mero razonamiento sobre la suficiencia de la cantidad de droga incautada.

En segundo lugar, es preciso referirse a los debates generados en lo relativo a la pureza de la droga. En este sentido, la jurisprudencia ha demostrado en términos generales que una alta concentración del principio activo de la droga incautada, esto es, la pureza de la misma, sería indiciaria de que ella estaría destinada a la comisión del delito de tráfico de

4 Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique, quince de noviembre de dos mil once, sentencia Rol 106-2011, considerando 10°.

drogas del artículo 3° de la Ley N° 20.000 y, a la inversa, una baja pureza de la sustancia llevaría a pensar que la misma estaría destinada a la comisión del delito del artículo 4° del cuerpo legal citado.

De esta forma, nuestra intención es mostrar cómo los referidos asuntos siguen siendo materia de una vasta discusión en nuestros tribunales, cuestión de permanente vigencia más aún cuando producto de la actual pandemia por la que atraviesa nuestro país y el mundo en general, desconocemos completamente cuál es la incidencia que puede tener en la transmisión y propagación del virus COVID-19, la modalidad de consumo de diversas drogas, la venta, distribución que para los consumidores se realiza de estas sustancias, conducta que es justamente de la que se ocupan tanto el Art. 3° como el 4° de la Ley N° 20.000.

Con el objeto de ilustrar la actualidad de estos temas, comentaremos un reciente fallo dictado por la ltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta⁵ la que, conociendo de un recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, lo acogió anulando el juicio y la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, el cual había recalificado a la figura de tráfico de pequeñas cantidades de droga, hechos que a juicio de la Fiscalía eran constitutivos de las hipótesis previstas en el Art. 3° de la Ley N° 20.000.

Finalmente, repasaremos brevemente el fallo del segundo juicio que conoció el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, que en esta oportunidad y compartiendo la calificación jurídica propuesta en la acusación por el Ministerio Público, condenó a la acusada como autora del delito de tráfico ilícito de drogas del Art. 3° de la Ley N° 20.000.

II. DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA

Es pertinente precisar que el Ministerio Público, a través del Sistema de Análisis Criminal y Focos Investigativos de la Región de Antofagasta (SACFI) dedujo acusación por diversos hechos, respecto de varios imputados, por cuanto el hecho que nos ocupa, como delimitaremos enseguida, se presenta en el contexto de un foco investigativo por delitos de la Ley de Control de Armas y delitos conexos, entre los cuales se investigaron como parte de un mismo fenómeno criminal de alta frecuencia en una zona geográfica precisa de la comuna de Antofagasta, en el que también se investigaron delitos de la Ley N° 20.000 y en particular del Art.3° de la misma.

En consecuencia, el contexto que nos interesa para los efectos de este comentario es el siguiente: *“Desde a lo menos el mes de Julio hasta octubre del año 2019, la Fiscalía SACFI*

⁵ ltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, veinticuatro de febrero de dos mil veintiuno, sentencia Rol 39-2021.

mantuvo una investigación por Ley de Control de Armas y tráfico de drogas en el interior de las Población Los Arenales de la comuna de Antofagasta. Los antecedentes recopilados durante la investigación, dieron cuenta de la existencia de diversos domicilios en los que sus residentes mantendrían armas y municiones con los cuales resguardan la comercialización de sustancias ilícitas desde el interior de estos inmuebles. Para ello fueron utilizadas técnicas especiales contempladas en la Ley N° 20.000, sobre tráfico de drogas, como vigilancias, y otras, pudiendo establecer que los acusados se dedicaban al tráfico de drogas”. A su turno, tratándose de los hechos precisos que fueron materia del juicio y posterior recurso de nulidad la Fisaclía acusó señalando que: “(...) mediante técnicas de investigación contempladas en la ley N° 20.000, el día 9 de Septiembre de 2019 a las 23:15 horas aproximadamente, doña H.L.V.A., efectuó al Agente revelador debidamente autorizado, la venta de un envoltorio confeccionado en papel blanco contenedor de pasta base de cocaína, de un peso bruto de 710 miligramos en la suma de \$2.000, desde el domicilio ubicado en xxx, Antofagasta. Fue así como el día 12 de septiembre del año 2019, cuando eran aproximadamente las 12:00 horas, en cumplimiento de diversas órdenes de detención, de entrada, registro e incautación otorgadas por el Tribunal de Garantía de Antofagasta, se ingresó al domicilio de la imputada ubicado en calle xxx, Antofagasta, quien no se encontró en el momento del allanamiento, no obstante ello se encontró en el primer piso del inmueble destinada a dormitorio de la acusada, que ella guardaba al interior de un cajón de mueble, un porta documento que mantenía la suma de \$570.000, en billetes de diversa denominaciones, ente otros documentos correspondientes a la investigada. De igual forma, se incautó un calcetín que mantenía la suma de \$493.000, en billetes de distinta denominación, como asimismo desde la parte inferior de un mueble ubicado en el dormitorio de la imputada se le encontró una cuchara y un cuchillo, ambos con restos de pasta base de cocaína. Del mismo modo desde un mueble de cocina se le incautó 1 envoltorio de papel blanco contenedor de pasta base de cocaína con un peso de 700 miligramos, también desde el mueble del televisor se le incautó 1 envoltorio de papel blanco contenedor de pasta base de cocaína con un peso de 860 miligramos. Desde un enchufe sin energía eléctrica adosado con una caja metálica ubicada en una muralla de la cocina, habitáculo en cuyo lugar la imputada guardaba en su interior 8 bolsas de nylon transparentes todas contenedoras de base de cocaína, con un peso de 351 gramos, además de 11 recortes de papel blanco, utilizado para la dosificación de la droga. Finalmente, el día 8 de octubre del año 2019, en cumplimiento de orden de detención, de entrada, registro e incautación otorgadas por el Juzgado de Garantía de Antofagasta, se ingresó al 7 domicilio xxx, Antofagasta procediendo a la detención de la imputada H.V.A, incautándole ese día \$92.000, en billetes de diversa denominación”⁶.

6 Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, doce de enero de dos mil veintiuno, sentencia RUC 1900665624-5, RIT 148-2020, considerando 3°.

El Ministerio Público calificó los hechos como constitutivos de un delito consumado de tráfico ilícito de drogas o sustancias estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3° en relación con el artículo 1°, ambos de la Ley N° 20.000, atribuyéndole la calidad de autora a la acusada H.L.V.A.

Una vez concluido el juicio y dictada la sentencia por el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta tuvo como hechos acreditados durante el juicio según reza el considerando noveno⁷, en lo pertinente a los hechos y la acusada que nos atañen que: *“I.-En virtud de una orden amplia de investigar emanada desde la unidad de sistema de análisis criminal y focos investigativos de la Fiscalía Regional de Antofagasta, personal perteneciente a la sección OS7 de Carabineros, efectuó diversas acciones de vigilancia y seguimiento en un sector de la población Los Arenales de Antofagasta, entre los meses de junio a septiembre del año 2019, a raíz de información que manejaba el ente persecutor que en dicho lugar, y en varios domicilios, sus moradores se dedicarían a la comercialización de sustancias ilícitas, además de mantener armas y municiones para su resguardo y protección.*

II.- Fue así entonces que el día 09 de septiembre del 2019, un funcionario de carabineros, oficiando como agente revelador debidamente autorizado, concurrió (...) a eso de las 23:15 horas aproximadamente, (...) al domicilio ubicado en xxx, relacionándose con la acusada H.L.V.A. quien le hizo entrega de un envoltorio confeccionado en papel blanco contenedor de cocaína base, con un peso bruto de 0,68 gramos (0,18 gramos neto), a cambio de la suma de \$2.000 en dinero efectivo.

III.- Conforme a lo reseñado en el punto anterior, además de los antecedentes que fueron obtenidos con las vigilancias efectuadas, el día 12 de septiembre del año 2019, aproximadamente al mediodía y premunidos con las respectivas órdenes de entrada, registro e incautación otorgadas por el Juzgado de Garantía de Antofagasta, efectivos de la sección OS7 procedieron al ingreso simultáneo de diversos inmuebles. (...)

V.- Dentro del mismo operativo policial, también fue registrado el domicilio de xxx, en el que residía la acusada V.A., sin que fuera habida en ese momento, encontrando los efectivos en un dormitorio, dentro de un cajón de un mueble, un porta documento con la suma de \$570.000 en billetes de diversa denominación. De igual forma, se incautó un calcetín con la suma de \$493.000 en dinero efectivo; desde la parte inferior de un mueble fue encontrada una cuchara y un cuchillo, ambos con resto de cocaína base. Del mismo modo, desde un mueble de cocina fue incautado un envoltorio de papel blanco contenedor con cocaína base con un peso de 0,68 gramos bruto (0,21 gramos neto); desde el mueble del televisor, un envoltorio de papel blanco contenedor de cocaína base con un peso bruto de

⁷ Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, doce de enero de dos mil veintiuno, sentencia RUC 1900665624-5, RIT 148-2020, considerando 9°.

0,84 gramos (0,28 gramos neto). Desde un habitáculo apostado en una pared recubierta con una carcasa de un enchufe, fue encontrado 8 bolsas de nylon transparentes, todas contenedoras de cocaína base con un peso bruto de 350,78 gramos (338,78 gramos neto) además de 11 recortes de papel blanco.

VI.- Por último, el día 8 de octubre del año 2019, personal de la sección OS7, tras obtener las respectivas autorizaciones del Juzgado de Garantía de Antofagasta, ingresaron nuevamente al xxx de Antofagasta, procediendo a la detención de la imputada H.V.A., incautándosele la suma de \$92.000 en billetes de diversa denominación”.

Tal como señalamos en la parte introductoria de este comentario, el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta consideró, a diferencia de lo propuesto por el Ministerio Público, que los hechos antes descritos, “(...) son constitutivos del delito de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades (...)”. Para arribar a tal conclusión, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante al ocuparnos de los fundamentos del recurso de nulidad, los juzgadores expresaron que: “(...) se acreditó respecto a la encausada H.V.A. la guarda, posesión y transferencia a terceros de sustancias sujetas a control de la ley 20.000 tal como se establecía en su artículo 4° en relación al artículo 1°, toda vez que atendida la cantidad de droga encontrada (poco más de 330 gramos neto), su pureza (trazas de cocaína y porcentaje no inferior al 5%) la forma de distribución y ocultamiento, los utensilios habidos en el domicilio de la imputada y que se suelen utilizar comúnmente en la dosificación de la droga, el hallazgo de sumas dinerarias, además de la venta realizada por V. al agente revelador de una dosis de la misma droga (cuya pureza no es inferior al 5%), quedó demostrado que las sustancias encontradas en poder de aquella no tenían otra finalidad más que actividades de tráfico de sustancias ilícitas en pequeñas cantidades. No se estuvo con el Ministerio Público en su propuesta de calificación jurídica a estos hechos, toda vez que la prueba ha demostrado que la encausada se dedicaba a la comercialización directa de drogas, en pequeñas dosis a terceros, tal como ocurrió con lo acontecido con el agente revelador y si bien le fue incautado una cantidad superior a un cuarto de kilo de cocaína base, no puede ni debe obviarse la baja concentración de pureza de la misma”⁸.

Como puede observarse, en este considerando el Tribunal opta por la calificación jurídica de tráfico de pequeñas cantidades de drogas, y esboza sucintamente cuales son los fundamentos por lo que, de acuerdo a su convicción, les llevó a condenar por esta hipótesis delictiva y no la del Art. 3 de la Ley N° 20.000, constatando que ellos obedecen tanto a la cantidad de droga, como a la pureza que posee la misma, sin dejar de lado que para el juzgador fue también de relevancia para dicha calificación la circunstancia de que la im-

⁸ Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, doce de enero de dos mil veintiuno, sentencia RUC 1900665624-5, RIT 148-2020, considerando 10°.

putada se dedicaba a la comercialización directa en pequeñas cantidades a terceros, cuestión que a nuestro juicio no deja de llamar la atención desde que el mismo juzgador previamente señaló que respecto de la acusada se acreditó no solo la venta a terceros en pequeñas cantidades, sino que también “(...) *la guarda y posesión (...)*”, la que no necesariamente será también en pequeñas cantidades, cuestión que en efecto en tal sentido sostenemos, ocurrió en este caso.

Prosiguiendo con la revisión de los fundamentos de la recalificación, es el considerando décimo tercero el que se ocupa de aquello. En efecto, tratándose de la acusada H.L.V.A. señaló que, “(...) *en atención a la cantidad de droga incautada y la pureza de esta, encontradas en el domicilio donde la acusada ejercía su “comercio”, teniendo presente que el concepto de “pequeña cantidad” no fue definido por el legislador, y corresponde a un elemento normativo del tipo que debe ser analizado por el juez en cada caso particular, estimando que no se configuraba el tráfico del artículo 3º(...)*”⁹.

Las razones para tal calificación son tres, según señala el considerando aludido. La primera de estas es: “(...) *En primer lugar, porque no se encontraron elementos idóneos para aumentar el volumen, sino más bien para dosificarla y venderla “al menudeo”, como lo fue la cuchara y el cuchillo con empuñadura de color negro con restos de la misma sustancia, es más junto con las ocho bolsas que estaban ocultas se encontraron once recortes de papeles blancos, sin duda también para dosificarla en pequeños envoltorios, similar al que recibió el agente revelador a manos de la propia encausada corroborándose con ello la información que manejaban los funcionarios de la sección OS7, que ésta se dedicaba a vender dosis a adictos del sector (...)*”. En segundo lugar, esgrime a propósito del dinero incautado en el domicilio de la acusada que: “(...) *si bien se trata de una abultada suma dineraria (poco más de un millón de pesos), el hecho que sean billetes de diversa denominación daría cuenta que se trataría de la recaudación de dinero de ventas correspondiente a un período determinado, sin que se hubiere allegado a juicio antecedente alguno que V.A. estuviere inserta en una distribución mayor o comercialización con otras personas, como también que forme parte de una organización jerárquica o de hecho que permita actividades ilícitas y que revelen un mayor peligro al bien jurídico protegido como es la salud de las personas, y da cuenta precisamente de una modalidad de embalaje que da cuenta que la droga estaba destinada a los compradores finales de la misma, correspondiendo así la acusada al último eslabón de la cadena del tráfico (...)*”. Por último, haciéndose cargo de la cantidad de la droga incautada el tribunal razonó que, “(...) *si bien lo incautado supera los 330 gramos netos de cocaína base, no puede obviarse la baja pureza de la droga, ya que*

⁹ Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, doce de enero de dos mil veintiuno, sentencia RUC 1900665624-5, RIT 148-2020, considerando 13º.

tal como explicó el perito químico del Instituto de Salud Pública Basilio Chicahual, lo que se encontró fueron “trazas de cocaína base” que conforme a lo afirmado por el experto, hay presencia de esa sustancia pero un porcentaje que va entre el 1% y 4,5%, antecedente que llama la atención ya que lo que suele verse en juicios de este tipo es que la droga incautada tenga una pureza superior al 10% o 15%. (...)”¹⁰.

III. ACERCA DEL RECURSO DE NULIDAD, SUS CAUSALES Y FUNDAMENTOS

Ante este fallo el Ministerio Público dedujo en contra de la sentencia condenatoria recurso de nulidad solo tratándose de los hechos atribuidos a la acusada H.L.V.A. y que el tribunal recalificó a la figura de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Para sustentar el recurso se invocaron conjuntamente dos causales. En primer lugar, la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letras c), d) o e) del mismo cuerpo legal y en relación al artículo 297 igualmente, y en segundo lugar, la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

A propósito de los fundamentos del recurso, estos fueron sintéticamente los siguientes, ello sin perjuicio de los que a partir de los mismos se desarrollaron en la vista de la causa. Respecto de la causal absoluta de nulidad del Art. 374 letra e) del Código Procesal Penal se señaló que el tribunal al momento de valorar la prueba infringió lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, al haber incurrido en una grave infracción a los límites del sistema de valoración de la prueba, y precisamente a la sana crítica, puesto que con el fallo se vulneraron los principios científicamente afianzados, lo que incidió en la errónea aplicación del Art. 4° de la Ley N° 20.000. En efecto, a pesar que la propia sentencia reproduce las declaraciones del perito del Instituto de Salud Pública que declaró en el juicio sobre el correcto significado de lo que se denomina trazas de una sustancia, en este caso de cocaína base y expuso el resultado del peritaje, el tribunal en su Considerando Décimo tercero refiere: “(...) si bien lo incautado supera los 330 gramos netos de cocaína base, no puede obviarse la baja pureza de la droga, ya que tal como explicó el perito químico del Instituto de Salud Pública Basilio Chicahual, lo que se encontró fueron trazas de cocaína base que conforme a lo afirmado por el experto, hay presencia de esa sustancia

¹⁰ Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, doce de enero de dos mil veintiuno, sentencia RUC 1900665624-5, RIT 148-2020, considerando 13°.

*pero un porcentaje que va entre el 1% y 4,5% (...)*¹¹. Pese a ello y sin acudir a ningún tipo de fundamento científico, la sentencia restó total valor probatorio a la pericia científica para concluir que la conducta fue constitutiva de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

En segundo lugar, los juzgadores del Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta que conocieron del juicio, contrariando el informe pericial del Instituto de Salud Pública, como la declaración de los peritos que depusieron ante ellos, valiéndose de conocimientos científicos afianzados, manifestaron que cualquier porcentaje de pureza es igualmente dañino para la salud, llegando a la conclusión de que la conducta es constitutiva de microtráfico, basados exclusivamente en una estimación personal, la que quedó de manifiesto cuando se afirmó en el mismo considerando décimo tercero *“que el (...) antecedente que llama la atención ya que lo que suele verse en juicios de este tipo es que la droga incautada tenga una pureza superior al 10% o 15% (...)*¹². El antecedente o referencia a que aluden los jueces del Tribunal Oral en la sentencia, al utilizar la expresión, *“(...) lo que suele verse en juicios de este tipo (...)*¹³, obedece al exclusivo parecer individual de los juzgadores el cual es irreproducible para otros tribunales. En otras palabras, no se trata de un antecedente que pueda ser generalizable para cualquier espectador imparcial que no haya participado en el proceso de valoración de esos casos y, por lo tanto, no cumple con el requisito de argumento replicable que exige el Art. 342 letra c) del Código Procesal Penal.

Por último, la inferencia valorativa presente en el ya aludido considerando décimo tercero, esto es, que: *“(...) se encontraron once recortes de papeles blancos, sin duda también para dosificarla en pequeños envoltorios, similar al que recibió el agente revelador a manos de la propia encausada (...)*¹⁴ es errónea cuando concluye que la conducta es constitutiva de tráfico de pequeñas cantidades de droga, puesto que lo que la acusada H.L.V.A. le vendió al agente revelador fueron 0,18 gramos neto de pasta base de cocaína en la suma de \$2.000 y la droga incautada en su domicilio fueron 338,78 gramos, peso neto de pasta base de cocaína. En conclusión, considerando la droga que le fuera incautada en el procedimiento de allanamiento, las dosis de venta correspondieron aproximadamente a un total de 1.800, lo cual es una cantidad idónea para la propagación y difusión incontrolada de la droga, lo que no se condice con la hipótesis del tráfico de pequeñas cantidades de droga del Art. 4° de la Ley N° 20.000.

11 Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, doce de enero de dos mil veintiuno, sentencia RUC 1900665624-5, RIT 148-2020, considerando 13°.

12 Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, doce de enero de dos mil veintiuno, sentencia RUC 1900665624-5, RIT 148-2020, considerando 13°.

13 Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, doce de enero de dos mil veintiuno, sentencia RUC 1900665624-5, RIT 148-2020, considerando 13°.

14 Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, doce de enero de dos mil veintiuno, sentencia RUC 1900665624-5, RIT 148-2020, considerando 13°.

Omitiremos referirnos a los fundamentos de la segunda causal de nulidad invocada, esto es, la prevista en el Art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, toda vez que como se verá más adelante, para la Corte de Apelaciones no fue necesario ya que el recurso se acogió por la primera de las causales invocadas de forma conjunta.

IV. DEL FALLO DE LA ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA QUE ACOGE EL RECURSO DE NULIDAD Y SUS FUNDAMENTOS

La sentencia que se pronunció sobre el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público corresponde al Rol 39-2021 de la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, de fecha veinticuatro de febrero de dos mil veintiuno¹⁵. La vista del recurso se desarrolló el día diez de febrero del presente año y durante el transcurso de la misma la parte recurrente, el Ministerio Público, además de exponer los fundamentos señalados en el número anterior, los profundizó extensamente.

Es a partir del considerando séptimo del fallo aludido que el Tribunal expone los argumentos que en definitiva lo llevaron a acoger el recurso interpuesto por la Fiscalía. En efecto, la Corte aludiendo a las razones del tribunal de la instancia para no compartir la calificación jurídica que propuso el Ministerio Público y como además la prueba justamente habría demostrado que la acusada se dedicaba a la venta directa de droga en pequeñas dosis a terceros, citando como ejemplo de ello la venta de droga que se realizó al agente revelador y aun cuando la cantidad de droga incautada fue superior a un cuarto de kilo de pasta base de cocaína, no es posible obviar la baja concentración (pureza) de la droga incautada. Partiendo de estas conclusiones que realizó el Tribunal Oral en lo Penal, el Tribunal conecedor del reclamo, despeja de manera tajante lo concerniente a la pertinencia de las conclusiones que se extrajeron respecto de la pureza de la droga. Así el fallo de la Corte expresó: *“Partiendo por esto último, es un hecho de la causa, acreditado pericialmente que la droga incautada vinculada a la acusada H.V. es droga, pese al bajo porcentaje de pureza”*.

Añade el fallo a renglón seguido que: *“Afianza la conclusión de los sentenciadores, que, para desestimar las alegaciones de la defensa, y en base a los asertos del experto que declaró en juicio, en la consideración decimoquinta alude precisamente que, aunque en algunos casos se haya encontrado trazas de cocaína, hay presencia de sustancia ilícita, por lo que se trata de droga, y no se está frente a un caso de atipicidad, unido que cualquier porcentaje de pureza es igualmente dañino para la salud”*¹⁶.

¹⁵ Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, veinticuatro de febrero de dos mil veintiuno, sentencia Rol 39-2021.

¹⁶ Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, veinticuatro de febrero de dos mil veintiuno, sentencia Rol 39-2021, considerando 7º.

Luego de ello el tribunal desarrolla su argumento señalando que: *“No obstante, pese a la prueba rendida, el tribunal enlazando su razonamiento al bajo grado de pureza de la droga concluye que se está frente a la figura del microtráfico, y agrega, “por lo que suele verse en juicios de este tipo”¹⁷.*

“La anterior conclusión desde la perspectiva de la racionalidad sustantiva de la sentencia, que se expresa en su justificación externa, no es consistente con sus premisas, porque si concluye que la sustancia es droga cualquiera sea su pureza haciendo suyo los argumentos del experto, ya que no lo limita a ciertos pasajes de sus dichos, y que cualquiera sea su pureza o valor igualmente es dañina para la salud, no se perfila la pureza como un argumento que permita sustentar la decisión jurisdiccional de recalificar por el delito de microtráfico de drogas, considerando que ésta de acuerdo al mandato del legislador no es un elemento determinante de uno u otro tipo penal, por lo que hay una evidente infracción a los principios científicamente afianzados, evidenciando además una clara contradicción al momento de argumentar”¹⁸.

De los argumentos reseñados del fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta es importante destacar dos elementos que dejan en evidencia infracciones presentes en la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta. La primera dice relación con la infracción a los principios científicamente afianzados, pues en efecto no es posible, por una parte, que el tribunal de la instancia pese a haber tenido por acreditado mediante prueba científica incorporada con la declaración de los peritos del Instituto de Salud Pública, que las sustancias incautadas son droga, ello independiente del grado o concentración de la pureza de la misma y que por lo demás cualquiera sea la pureza de la misma el daño se provoca de igual modo en el bien jurídico tutelado por el delito, esto es la salud pública y, por otra parte, para fundar su recalificación a la figura de tráfico de pequeñas cantidades de drogas recurrir al argumento, que no se basa en ningún antecedente científico, acudir a la supuesta baja pureza de la droga. El segundo elemento fluye inmediatamente de este primer aserto, pues no es posible construir un argumento de la forma que lo hizo el Tribunal Oral en lo Penal, sin a la vez infringir los principios de la lógica y más precisamente el de no contradicción, puesto que no es consistente por una parte, dar valor a la prueba científica para asentar que la sustancia objeto material del delito es droga cualquiera sea esta su pureza con el consiguiente daño a la salud y luego con esa misma premisa, recurrir a una figura atenuada usando como argumento la supuesta baja pureza de la droga, que además de no ser elemento de ninguno de los

¹⁷ Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, veinticuatro de febrero de dos mil veintiuno, sentencia Rol 39-2021, considerando 7°.

¹⁸ Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, veinticuatro de febrero de dos mil veintiuno, sentencia Rol 39-2021, considerando 7°.

tipos penales en discusión, no resulta lógico utilizar el elemento pureza para optar por una hipótesis penal de menor gravedad.

Enseguida, la Corte en su fallo se ocupa de la infracción a las máximas de la experiencia existente en la sentencia del tribunal de la instancia. En este sentido, esta se encuentra cuando el sentenciador del grado, en el considerando décimo tercero, discurre sobre la pureza de la droga incautada aludiendo a que lo que se encontró en dicha sustancia fueron trazas de cocaína, con un porcentaje que va entre el 1% y el 4,5%, expresando: “(...) *antecedente que llama la atención ya que lo que suele verse en juicios de este tipo es que la droga incautada tenga una pureza superior al 10% o 15%. (...)*”¹⁹. Sobre tal argumento el fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagata se ocupa de evidenciar dicha infracción al referido principio cuando señala que: “*En cuanto a la máxima de la experiencia invocada por los sentenciadores para recalificar la figura típica, en base a “lo que suele verse en juicios de este tipo” (sic). Se debe tener presente que las máximas de la experiencia no son más que criterios de inferencia, sin embargo, en la sentencia en análisis, no aparece explicitado criterio alguno para sustentar que el bajo grado de pureza conlleve necesariamente a justificar la recalificación de la figura típica de marras respecto de la pretensión del persecutor, no sólo atendiendo a que cualquiera sea el grado de pureza el daño a la salud pública es el mismo, sino, además a la cantidad de droga incautada que tal como señaló el tribunal excede de un cuarto de kilo (330 gramos netos de cocaína base). Por consiguiente, si la cantidad de sustancia ilícita, más el daño a la salud pública, han sido cuestiones tenidas en consideración por los sentenciadores para estructurar la máxima de la experiencia referida, al margen de la infracción al principio lógico de no contradicción -por las razones ya antes aludidas ya que la baja pureza sería compatible sólo con el microtráfico, pese a que el grave daño a la salud pública es el mismo- evidentemente hay deficiencias en la fiabilidad de los elementos en que pretende sustentarla, lo que da lugar a una mera conjetura que como tal ha conducido a la fijación de un hecho erróneo*”²⁰.

Examinemos brevemente para los fines de nuestro comentario cómo el fallo de la Corte vuelve a ilustrar la forma en que la sentencia del Tribunal Oral vulnera otro de los límites al que debe sujetarse el sentenciador al momento de valorar los medios de prueba, en este caso, no contradecir las máximas de la experiencia. No pretendemos ahondar en dicho concepto en esta oportunidad puesto que escapa al objetivo de este trabajo. Por ello es que recogeremos lo que el propio fallo nos señala al respecto, pues en efecto las máximas de la experiencia son criterios de inferencia, por lo tanto la máxima de la expe-

19 Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, doce de enero de dos mil veintiuno, sentencia RUC 1900665624-5, RIT 148-2020, considerando 13°.

20 Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, veinticuatro de febrero de dos mil veintiuno, sentencia Rol 39-2021, considerando 8°.

riencia debe poseer a lo menos un amplio consenso tanto en el lugar, época y en la materia de que se trate para que sea aceptable como tal. Pues bien, tal como refiere la Corte, el fallo del sentenciador del grado no señaló explícitamente ningún criterio que le permita llegar a concluir que, cada vez que nos encontremos con un bajo porcentaje de pureza de la droga como objeto material del delito, se deba necesariamente concluir y justificar una recalificación a la hipótesis del Art. 4° de la Ley N° 20.000 como erróneamente lo hizo el Tribunal Oral en este caso, más aún cuando quedó acreditado que cualquiera que sea el grado de pureza de la droga la ofensa al bien jurídico salud pública es la misma.

A su turno, vinculado con el argumento revisado anteriormente referido a la pureza de la droga, si se le añade la cantidad de droga incautada, esto es, más de 330 gramos netos de pasta base de cocaína, ambas cuestiones que el propio tribunal de la instancia tuvo particularmente presentes en sus argumentaciones para construir la pretendida máxima de la experiencia, hace que pierdan toda fiabilidad los elementos con que quiso fundar dicha máxima, pues lleva al tribunal a fundarla en una suposición, lo que por los demás, añade finalmente la Corte, condujo a la fijación de un hecho erróneo.

De particular interés nos parecen los argumentos que están contenidos en el considerando octavo del fallo de la Corte de Antofagasta, los cuales naturalmente son esenciales para el caso en cuestión. No obstante, además entregan importantes criterios que permiten, con la actual legislación, efectuar una interpretación debidamente fundada cuando se debe decidir si un hecho determinado, análogo al que nos ocupa, se subsume en un determinado tipo penal, ya sea el de la figura del Art. 4° o 3° de la Ley N° 20.000.

Es precisamente, la guarda, posesión y venta de droga a consumidores en sectores urbanos de diversas comunas de nuestro país y así también de la ciudad de Antofagasta, donde acaecen los hechos que nos ocupan, un fenómeno delictual que se ha convertido en una modalidad habitual de comisión del delito de tráfico de drogas, modo de actuar u operar que cuando se presenta unido a ciertos elementos, como la habitualidad en la conducta, la permanencia en el tiempo en la actividad, la incautación de sumas relevantes de dinero en relación a la realidad socioeconómica del lugar donde ocurren los hechos, así como la incautación de drogas tanto dosificadas como a granel en cantidades relevantes, ha ocasionado una serie de dificultades interpretativas que justamente atañen a hechos similares a los que tratan los fallos revisados.

Relacionado con lo anunciado anteriormente, la sentencia de la Corte de Antofagasta se ocupa de la venta directa de droga y la forma de esta. En efecto, señala el considerando octavo: *“Que, en cuanto a la **venta directa de la droga y, en pequeñas cantidades**, lo que estaría afianzado por la compra verificada por el agente revelador de un papelillo de 0,18 gramos neto de pasta base en la suma de \$2.000, además de otros elementos habidos en*

la entrada y registro al domicilio de V, comúnmente utilizados para dosificar droga, como otro de los argumentos tenidos en cuenta por los sentenciadores para recalificar a la figura de microtráfico, evidencia un razonamiento insuficiente e inconsistente para sustentar lógicamente la conclusión de recalificación del tipo penal, lo que nuevamente afecta la racionalidad sustantiva del fallo.

Los mismos sentenciadores señalaron que, si bien, era más de un cuarto de droga, tuvo en consideración la venta directa o al “menudeo”, en pequeñas cantidades, para concluir en orden a la recalificación del delito. Entonces cabe preguntarse, si se encuentra esa cantidad de droga, en las figuras de guarda y posesión, también afincadas en este caso, y no la transferencia, habría sido igualmente microtráfico de drogas o, por el contrario, si se encuentra, por ejemplo, el triple de esa cantidad, y se pesquiza su transferencia en pequeñas cantidades, y elementos para dosificar, igualmente se habría recalificado a microtráfico, evidentemente es discutible”²¹.

En esta parte de la sentencia se puede ver claramente la infracción a los principios de la lógica, pues tal como refiere la Corte, hay un razonamiento inconsistente. Esta infracción se hace notoria cuando de la revisión del fallo del Tribunal Oral en lo Penal se puede leer que este tuvo por acreditados según se lee en el considerando décimo: “(...) la guarda, posesión y transferencia a terceros de sustancias sujetas a control de la ley 20.000 (...)”. Ahora bien, si el Tribunal Oral utilizó como argumento para la recalificación a la figura de tráfico de pequeñas cantidades de drogas la circunstancia que la acusada se dedicaba a la venta directa a terceros de pequeñas cantidades de droga, destacando que si además utilizó como fundamento, que si bien era más de un cuarto de kilo de droga, fue la venta directa o al menudeo lo que particularmente consideró para sostener la recalificación. En consecuencia, pareciera que el Tribunal Oral en lo Penal está señalando que cada vez que lo esencial de la conducta del acusado sea su dedicación a la venta directa a terceros o al menudeo, deberá optarse por la figura del Art. 4° de la Ley N° 20.000. Con bastante razón la Corte se hace la pregunta hipotética de qué ocurriría si se tratase del triple de la cantidad de droga de este caso (990 gramos de pasta base de cocaína aproximadamente) ¿también deberían calificarse los hechos como tráfico en pequeñas cantidades? o a la inversa, si la misma cantidad de droga incautada (más de 330 gramos de pasta base de cocaína) lo es en la hipótesis de guarda o posesión ¿también deberían calificarse los hechos como tráfico en pequeñas cantidades? Lo anterior sin dejar de olvidar que el Tribunal tuvo por acreditadas la guarda, la posesión y la venta. Por esta razón la Corte expresó que aquello es evidentemente discutible.

²¹ Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, veinticuatro de febrero de dos mil veintiuno, sentencia Rol 39-2021, considerando 8°.

Consecuente con lo anterior, el ya citado considerando agrega que: *“Por ende, lo que se cuestiona es el razonamiento para arribar justificadamente a determinada conclusión, lo que no acontece en la especie, máxime que los mismos jueces concluyeron que la suma encontrada a la acusada, que excede el millón de pesos, era fruto de este negocio ilícito, por lo que cabe efectuar la prognosis de venta de cantidad de dosis que sostiene el recurrente en su arbitrio, no sólo a partir de la cantidad de droga habida que excede los 300 gramos, sino además en consideración al dinero encontrado, lo que supera la cantidad de dos mil dosis, en un determinado sector poblacional de Antofagasta, por lo que no se trata de una pequeña cantidad, adicionalmente se trata de un negocio ilícito establecido para su posesión, guarda y comercialización, y no sólo esto último, en un lugar conocido y sustentable en el tiempo, desde la perspectiva de su permanencia, tanto así que fue investigado. Por lo que indudablemente, esta venta al “menudeo” en pequeñas cantidades es sólo una forma de comercialización, pero no basta para sustentar la figura del microtráfico, en base a la prueba de marras y su ponderación, puesto que además se debe tener en consideración la cantidad de droga pesquisada, que excede el cuarto kilo, la cantidad de dinero, la permanencia en el tiempo de este negocio ilícito establecido, el sector en el que se encuentra, la gran cantidad de dosis a vender de acuerdo a la prognosis realizada, y por cierto el grave daño a la salud pública que es tal al margen de la pureza de la droga, por lo que claramente el fallo adolece de falta de fundamentación”²².*

Vale la pena comentar el ejercicio argumentativo que el fallo hace a partir, tanto de la cantidad de droga incautada, del dinero incautado y su transformación a posibles dosis de droga disponibles en el caso en cuestión. Conforme ya se ha señalado la cantidad de droga incautada excede los 300 gramos netos de pasta base de cocaína (precisamente fueron 338,78 gramos, peso neto de pasta base). En este sentido, conviene recordar que en el recurso del Ministerio Público se argumentó que dicha cantidad podría convertirse en aproximadamente 1.800 dosis de droga y no olvidemos tampoco el precio, ya que al agente revelador se le cobraron \$2.000 por una dosis de 1,8 gramos brutos (considerando el contenedor o papelillo). Pero siguiendo con el argumento de la Corte, si además de la cantidad de droga incautada se considera el monto de dinero incautado, se puede realizar una prognosis de la cantidad de dosis que tuvo en su poder la acusada. Precisamente así lo señala esta parte del fallo de la Corte pues dicha prognosis de acuerdo al dinero incautado (más de \$1.000.000) que se tuvo como proveniente de la venta de drogas, permite concluir que representan aproximadamente 2.000 dosis más de droga que se añaden a las que se extraen de los más de 330 gramos netos de droga, lo que lleva

22 ltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, veinticuatro de febrero de dos mil veintiuno, sentencia Rol 39-2021, considerando 8°.

a concluir a la Corte de Apelaciones de Antofagasta que no se trata de una pequeña cantidad. Por ello es totalmente razonable arribar a tal conclusión puesto que estaríamos en presencia de al menos un total de 3.800 dosis de pasta base de cocaína, que si extremamos el argumento sobre la base del monto de venta cobrado al agente revelador de \$2.000 la dosis, es posible también hacer una prognosis del valor de la droga guardada y transada que podría alcanzar los \$7.600.000, monto hipotético que se contradice con las ganancias que se espera se obtengan de un tráfico en pequeñas cantidades.

No por nada continua el fallo mencionando otros elementos que pueden extraerse del caso que nos ocupa y de los hechos que tuvo por establecidos el tribunal de la instancia, que dicen relación precisamente con esos otros parámetros que debe considerar el juzgador al momento de valorar la prueba y realizar el ejercicio lógico de subsumir los hechos en las figuras del Art. 4° o 3° de la Ley N° 20.000. Por mencionar algunos que además de estar presentes en este caso lo están en otros análogos, tales como la cantidad de droga incautada, la cantidad de dinero incautado, la cantidad de dosis a vender producto del ejercicio de prognosis realizado anteriormente, la permanencia en el tiempo de un negocio ilícito establecido, así como el sector en el que este se encuentra.

Finalmente el considerando noveno del fallo de la Corte de Antofagasta concluye: *“Que así las cosas, el fallo efectivamente incurre en el vicio denunciado desde que recalificó el delito por el que se acusó a H.V.A. a microtráfico de drogas, pese a que la lógica, las máximas de la experiencia y el sentido común llevaban a concluir que una comercialización de droga así establecida, encontrándose además sustancia ilícita y una importante cantidad de dinero en poder de la encausada, permiten calcular la gran cantidad de dosis a vender acotado a un determinado sector, demostraban la hipótesis de la acusación como autora del delito de tráfico de drogas, por lo que debe acogerse el recurso de nulidad por la causal de nulidad deducida del artículo 374 e) del Código Procesal Penal”²³.*

V. CONCLUSIONES

El alcance de la sentencia que comentamos se manifiesta en cuatro órdenes de ideas que a nuestro juicio son las fundamentales que podemos extraer del fallo de la ltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta.

En primer término, desde la publicación el 16 de febrero del año 2005 el cual incorporó a nuestra legislación el artículo 4° de la Ley N° 20.000 con la figura penal de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas, delito que se ha hecho conocido como microtráfico

²³ ltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, veinticuatro de febrero de dos mil veintiuno, sentencia Rol 39-2021, considerando 9°.

ha sido arduamente debatido tanto en la doctrina, pero sobre todo en la jurisprudencia nacional con criterios muy disímiles la acertada intelección de la frase del inciso primero del artículo 4° de la Ley N° 20.000, a saber, “pequeñas cantidades”. Que, a pesar del tiempo transcurrido lejos de existir criterios uniformes al respecto, siguen vigentes por más de una década las discrepancias en torno a la interpretación de dicha expresión y en lo relativo a las implicancias que tiene la pureza de la droga como objeto material del delito para la calificación jurídica.

En segundo lugar, para la interpretación de los elementos del tipo penal que permiten configurar en un caso concreto la hipótesis del artículo 4° de la Ley N° 20.000, actualmente no es posible limitarse o acotarlos únicamente a un mero razonamiento sobre la suficiencia de la cantidad de droga incautada, siendo necesario considerar otros parámetros tales como la cantidad de dinero incautado, la cantidad de dosis que se pueden extraer de la cantidad de droga incautada mediante un ejercicio de prognosis, la permanencia en el tiempo de un negocio ilícito de venta de droga establecido, así como el sector en el que este se encuentra, entre otros.

En tercer lugar, la venta directa o al menudeo a terceros o consumidores de droga, lo que fue particularmente considerado para sostener la recalificación por parte de Tribunal Oral en lo Penal en el caso revisado, no es un elemento que en sí mismo y que cada vez que se presente determine necesariamente calificar una conducta como constitutiva de tráfico de pequeñas cantidades de drogas, sino que deben considerarse otros antecedentes como la cantidad de droga incautada o si además se presentan y se tienen por probadas otras conductas como la guarda o posesión de droga.

En cuarto lugar, y a pesar que se ha sostenido en diversos fallos, la presente sentencia reafirma el criterio de que una sustancia es droga cualquiera sea su pureza, añadiendo además para este caso que hecha tal afirmación sobre prueba fundada en principios científicamente afianzados, no es posible sin infringir dichos principios acudir como argumento para recalificar a la figura del Art. 4° de la Ley N° 20.000 sobre la base de que la pureza de la droga sea baja, pues el daño al bien jurídico ofendido por estos delitos, esto es, la salud pública independiente de la pureza siempre será el mismo. En otras palabras, el daño al bien jurídico en estos delitos se provoca cada vez que se encuentra presente el principio activo de la cocaína en una sustancia, ello independiente del grado de pureza que posea la misma.

Antes de concluir, es preciso mencionar que mientras se elaboraba esta publicación la sala inhabilitada del Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, conoció del segundo juicio derivado de la nulidad del juicio y la sentencia que se acogió en el Rol 39-2021 de la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta. Dicho juicio se llevó a cabo el día veintiuno de abril

de dos mil veintiuno, cuya sentencia fue dada a conocer el día veintiséis de abril de dos mil veintiuno, respecto del cual transcurridos los plazos legales no se dedujo recurso alguno, quedando la sentencia firme y ejecutoriada.

A diferencia de lo ocurrido en el primer juicio, esta vez el Tribunal Oral en lo Penal decidió por la unanimidad de sus miembros condenar a la acusada H.L.V.A. como autora de un delito consumado de tráfico ilícito de drogas del artículo 3° de la Ley N° 20.000, perpetrado en la ciudad de Antofagasta entre los días 9 y 12 de septiembre de 2019.

Para terminar, en cuanto a los argumentos que el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, en el segundo juicio realizado por estos hechos respecto de la acusada, en lo que se refiere a aquellos aspectos que fueron debatidos en el recurso de nulidad ya expuesto, es el considerando décimo tercero el que expone los fundamentos para sostener la calificación de tráfico ilícito de drogas del artículo 3° de la Ley N° 20.000. Así, en lo pertinente se señala: *“Que resulta necesario precisar que el delito de tráfico ilícito de estupefacientes resulta de la actividad desplegada por el agente, la que en el caso de marras se encuadró en varias de las formas de comisión del delito establecidas en el inciso segundo del artículo 3° de la Ley 20.000, concretamente en las modalidades de posesión, guarda y transferencia de droga, toda vez que dichas conductas fueron ejecutadas por la encartada al estar vinculadas a un delito de peligro para la salud pública, contándose en la audiencia con la exposición de los peritos que analizaron la sustancia que se encontró en poder de la enjuiciada, quienes explicaron en forma clara las razones por las que dichas sustancias con independencia de su porcentaje de valoración resultaban ser cocaína base y que el efecto dañino a la salud era independiente de su cuantificación. Por otra parte, en este caso atendido a la cantidad de droga que se encontró en poder de la acusada -sobre las mil dosis-, sumado a la forma en que se encontraba oculta al interior de su domicilio, su naturaleza, así como también el hallazgo de objetos utilizados para la dosificación de alcaloides, a lo que debe agregarse necesariamente que se encontró una suma superior al millón de pesos en dinero efectivo y en billetes de diversa denominación, fueron antecedentes que permitieron concluir que la encartada se dedicaba a la venta de estupefacientes en un volumen considerable de transacciones lo que impide calificar estos hechos como la figura de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes”²⁴.*

24. Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, veintiséis de abril dos mil veintiuno, sentencia RUC 1900665624-5, RIT 148-2020, considerando 13°.

**UNIDAD
DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL
Y EXTRADICIONES**

ARTICULACIÓN DE NORMAS DE ASISTENCIA JURÍDICA INTERNACIONAL CONTENIDAS EN TRATADOS DE ASISTENCIA MUTUA Y CONVENCIÓNES PARA LA SUPRESIÓN

“Fortaleciendo la cooperación internacional podremos socavar verdaderamente la capacidad de los delincuentes internacionales para actuar con eficacia y ayudaremos a los ciudadanos en su a menudo ardua lucha por salvaguardar la seguridad y la dignidad de sus hogares y comunidades”.
Kofi A. Annan, Ex Secretario General de Naciones Unidas

Karen Meier Mellado¹

I. INTRODUCCIÓN

Los variados y diversos mecanismos que son parte de la cooperación jurídica internacional son esenciales para apoyar las labores investigativas de los entes persecutores alrededor del mundo. La complejidad de los delitos transnacionales hace evidente la necesidad de desplegar de manera habitual dichos mecanismos para desarrollar diligencias y recabar pruebas. Crímenes de carácter transnacional como el tráfico ilícito de migrantes, la trata de personas o el tráfico ilícito de drogas, suelen ser cometidos en más de un Estado o, si bien se cometen en un solo Estado, tienen sus etapas de preparación, planificación o control en más de uno. Hoy en día, la presencia habitual de elementos internacionales vinculados a los investigados, las víctimas, los bienes o medios del delito,

¹ Abogada de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones (UCIEX), Fiscalía Nacional, Ministerio Público de Chile.

han relevado también la necesidad de la cooperación jurídica internacional para la persecución de delitos comunes al interior de los países y nuestro país no es la excepción.

De lo anterior deriva la pertinencia de estudiar y analizar en profundidad los mecanismos que componen la cooperación jurídica internacional desde la perspectiva del Ministerio Público de Chile. Este estudio se enfocará en particular en la “asistencia jurídica internacional en materia penal”², estatuto de cooperación que es probablemente uno de los más relevantes y de mayor uso a nivel mundial en materia de cooperación jurídica, y que convive junto a otros mecanismos tradicionales tales como la extradición, y otros de alta relevancia actual como la cooperación directa o interinstitucional³.

La asistencia jurídica internacional como mecanismo de cooperación constituye en palabras simples “*un proceso por el cual los Estados procuran y prestan asistencia en la reunión de pruebas que se utilizarán en una causa penal*”⁴. Este tipo de cooperación, que se materializa en los denominados “requerimientos de asistencia internacional”, puede encontrar su fundamento jurídico en la legislación nacional de un país, en el principio de reciprocidad del derecho internacional o, lo que es más relevante para efectos de este trabajo, en distintos tratados de asistencia mutua, ya sea de carácter multilateral o bilateral⁵. Debido a esto último y a la circunstancia de seguir un procedimiento acordado a nivel de tratado entre países, este tipo de cooperación se ha acuñado tradicionalmente como “formal”. Para el caso de Chile, es posible nombrar como ejemplos vigentes de acuerdos multilaterales referentes a asistencia internacional: la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal y su Protocolo Facultativo, el Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile y la Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal y sus protocolos facultativos. A nivel bilateral destacan, entre otros, el Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República de Chile y el Reino de España y el Tratado de Asistencia Judicial en Material Penal entre Chile e Italia.

Estas diversas fuentes normativas, si bien tienen ámbitos de aplicación geográfica más

2 Usualmente se utilizan también como expresiones para hacer referencia a la “asistencia jurídica internacional en materia penal”: asistencia jurídica mutua, asistencia mutua, asistencia penal internacional. En este texto, esas expresiones podrán usarse de manera intercambiable. Es relevante notar, en todo caso, que este tipo de asistencia también es denominada “asistencia judicial internacional”, expresión que es más adecuada para referirse a sistemas de cooperación penal en que existe participación preponderante de tribunales o entes propios del aparato judicial.

3 La “cooperación jurídica internacional” como concepto amplio que incluye variados y diversos mecanismos o herramientas es aquel recogido en el documento de “Instrucción general que imparte criterios de actuación del Ministerio Público en materia de cooperación internacional” (Oficio FN N° 227/2021 de 24 de marzo de 2021).

4 UNODC, Manual de asistencia jurídica recíproca y extradiciones [en línea], Viena, Austria, Naciones Unidas, 2012, p. 19. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_S.pdf [fecha de consulta: 2 de abril de 2021].

5 UNODC, Manual de asistencia jurídica..., ob. cit., págs. 19 – 23.

o menos amplios según sea el caso y otras diferencias de contenido, tienen en común el objetivo de regular la asistencia jurídica que se prestan dos o más Estados. Son por tanto, y principalmente, documentos que contienen normas procedimentales y que rigen la asistencia legal mutua entre los países que las suscriben respecto de cualquier delito. En términos doctrinales, Boister incluye a los tratados de asistencia legal mutua y también a los que regulan las extradiciones, en la categoría de “procedimiento criminal transnacional” como aquel que regula la persecución, a nivel internacional, de un crimen nacional⁶. Andreas y Nadelmann, por su parte, plantean desde la teoría de los regímenes, que este tipo de instrumentos formarían parte de los “regímenes procedimentales internacionales”⁷. De tal manera, los autores separan a los tratados de asistencia legal mutua de los cuerpos normativos internacionales que contienen obligaciones de criminalizar una determinada actividad delictiva.

En ese segundo grupo se encuentran las denominadas “convenciones para la supresión”⁸ que buscan controlar, perseguir y en definitiva eliminar un determinado delito a nivel internacional. Boister agrupa este segundo tipo de herramientas en el denominado “derecho criminal transnacional” que define como “*el derecho internacional que determina de manera indirecta, a través de la ley penal nacional o doméstica, la supresión de las actividades criminales que tienen un efecto transfronterizo real o potencial*”⁹. Andreas y Nadelmann, siguiendo su línea analítica propia, proponen que estas convenciones generan los “regímenes de prohibición internacional” que tienen por objeto minimizar e incluso eliminar potenciales paraísos en los cuales ciertos crímenes pueden ser cometidos o hacia los cuales los criminales pueden escapar para no ser procesados, a través de la criminalización de hechos que revierten caracteres de delito. Estos autores observan que no todo tipo delictivo llega a conformar un régimen de prohibición internacional sino solo aquellos que evidencian una fuerte dimensión transnacional, en la que las medidas adoptadas por un solo país o a nivel bilateral entre operadores de justicia y fuerzas de orden, no resultan adecuadas o suficientes¹⁰.

Ahora bien, lo relevante para efectos de este trabajo, es que las denominadas “convenciones para la supresión” no solo contemplan obligaciones de criminalizar ciertos hechos para los países que adhieren a ellas sino que, entre otros aspectos, establecen un

6 BOISTER, Neil. *An Introduction to transnational criminal law*. 2ª ed., Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2018, p. 18.

7 ANDREAS, Peter; NADELMANN, Ethan. *Policing the globe*. Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2006, p. 19.

8 CRYER, Robert et al. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 3ª edición, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2014, p. 329; BOISTER, ob. cit., p. 25.

9 BOISTER, ob. cit., p. 17.

10 ANDREAS, NADELMANN, ob. cit., p. 18.

deber general a las partes de proveer asistencia jurídica mutua y contemplan disposiciones que la regulan¹¹. Es el caso, por ejemplo, del artículo 46 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción; artículo 12 del Convenio Internacional para Reprimir la Financiación del Terrorismo; artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 o del artículo 18 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Debido a este tipo de contenido, algunos autores acuñan estas convenciones como “mini tratados de asistencia mutua” (o tratados de asistencia mutua en miniatura)¹² para hacer alusión a que contienen normas de carácter procedimental, al igual que los tratados generales de asistencia jurídica internacional en materia penal, pero en una extensión y profundidad usualmente menor.

Ante la existencia, entonces, de los tratados de asistencia mutua propiamente tales, por un lado, y de los denominados “mini tratados de asistencia”, por otro (disposiciones de asistencia jurídica contenidos en “convenciones para la supresión”) sucede que en el ordenamiento jurídico nacional existen varios cuerpos normativos vigentes que pueden ser fundamento de un requerimiento de asistencia internacional para apoyar un determinado caso. En ese contexto, surgen las interrogantes que motivan este trabajo: ¿cómo interactúan o se articulan los distintos tratados de asistencia mutua internacional con las convenciones de Naciones Unidas para la persecución de determinados delitos? ¿Son sus normas referentes a la asistencia mutua complementarias? ¿Cómo y en base a qué ocurre dicha complementariedad? ¿Qué aportan o agregan las “convenciones para la supresión” a los tratados de asistencia mutua en materia de asistencia jurídica?

Para responder a esas preguntas, y debido al gran número de tratados y convenciones vigentes en Chile, se propone realizar el análisis enfocándolo en tres fuentes normativas: la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal¹³ (desde ahora en adelante, Convención de Nassau o simplemente Nassau), la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 (de aquí en adelante, Convención de 1988 o Convención de Viena de 1988), y la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional¹⁴ (Convención de

11 BOISTER, ob. cit., p. 315.

12 Corresponde a la expresión en inglés “Mini-MLAT”, en: JOUTSEN, Matti, “International Cooperation against transnational organized crime: extradition and mutual legal assistance in criminal matters”. Part Three, Resource Material Series No. 59, The United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (UNAFEI), p. 378. Disponible en <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/no59-whole03.pdf> [fecha de consulta: 25 de marzo de 2021]; UNODC, Manual de asistencia ..., ob. cit., p. 2; BOISTER, ob. cit., p. 25.

13 El foco del análisis estará en el texto de la Convención en sí y no en su Protocolo Facultativo.

14 El análisis respecto de la Convención de Palermo se centrará en las disposiciones correspondientes a asistencia internacional de la Convención en sí y no en las disposiciones de sus tres protocolos facultativos.

Palermo o simplemente Palermo)¹⁵. Estos instrumentos son muy relevantes para la cooperación penal internacional de nuestro país, pues en su marco se tramitan gran parte de los requerimientos de asistencia internacional que lo vinculan. En efecto, la Convención de Nassau otorga un marco de asistencia para cooperar con prácticamente todos los países del continente americano, ante cualquier delito. La Convención de Viena de 1988, por su parte, regula la cooperación internacional para la persecución del tráfico ilícito de drogas, tipo de criminalidad que motiva la mayor parte de la asistencia jurídica de la Fiscalía de Chile¹⁶. Por último, la Convención de Palermo, permite la persecución a nivel transnacional de delitos graves y complejos, incluyendo entre otros la corrupción, el lavado de activos, la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes.

El objetivo de este documento es aportar a la comprensión de los instrumentos vigentes en Chile que contienen normas de asistencia jurídica mutua y, en segundo lugar, permitir apreciar de manera concreta cómo los mismos interactúan cuando deben ser utilizados como fuente para librar o ejecutar un pedido de asistencia mutua enviado a otro país o proveniente de ellos. En ese marco, este texto se estructura a continuación, en tres partes y una conclusión. En el siguiente apartado se revisarán los principales antecedentes históricos de cada tipo de instrumento internacional para luego analizar sus objetivos y alcances. Esto dará pie al apartado número III, en el que se exponen las principales y más características normas de asistencia mutua internacional que contiene cada cuerpo normativo en análisis. El apartado número IV, antes de la conclusión, cierra el estudio analizando las disposiciones que estipulan la interacción entre los tratados y reflexionando acerca de la articulación de las normas de asistencia jurídica internacional.

II. ANTECEDENTES, OBJETO Y ALCANCE DE LAS CONVENCIONES EN ESTUDIO

Tal como se anunció en el apartado anterior, este análisis se centrará en tres convenciones multilaterales. La Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 y la Convención de Palermo. Como es de esperar, actuar

¹⁵ Dependiendo de los países involucrados y el tipo de asistencia que se requiera, podrían aplicarse también a un caso de tráfico ilícito de drogas que motive la asistencia jurídica internacional, entre otros: el Acuerdo de Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile, y la Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal y sus protocolos facultativos.

¹⁶ Según cifras publicadas en el texto de *Política Internacional del Ministerio Público* (Ministerio Público de Chile, 2019), la mayoría de los requerimientos de asistencia internacional activos que realiza la institución se relacionan a delitos asociados al crimen organizado, siendo mayoritarios aquellos relativos al tráfico ilícito de drogas. En mayor detalle, durante el año 2015, el 60% del total de los requerimientos activos se dirigieron a Perú y Bolivia. De ese total, el 60% correspondieron a investigaciones por tráfico ilícito de drogas.

en el marco de estas convenciones será posible cuando el caso en cuestión cumpla con los requisitos que establece cada cuerpo normativo para su uso. Esto se relaciona con el objeto y alcance de las convenciones, cuestión que se revisará a continuación.

En cuanto al objeto, Andreas y Nadelmann plantean una reflexión general al analizar las herramientas normativas que se han desarrollado para el control internacional de la criminalidad:

“Todos los acuerdos multilaterales en materia de control del crimen –ya sean conferencias regionales de policías, organizaciones internacionales tales como Interpol o la Organización Mundial de Aduanas, tratados de extradición o de asistencia mutua, o tratados para la supresión de una determinada actividad transnacional– son creados para reducir, superar o evitar los obstáculos que presentan los conflictos de soberanía, las tensiones políticas, y las diferencias entre los distintos sistemas de cumplimiento de la ley. Ellos buscan consensos entre las normativas penales de cada país, promueven mayor predictibilidad y comunicación, crean compromisos para cooperar, y establecen lineamientos y marcos para regularizar y facilitar la cooperación entre fiscales y policías”¹⁷.

Esta reflexión es en efecto ilustrativa para comprender el fin u objetivo general que une a las distintas iniciativas y regulaciones que han surgido y siguen surgiendo a nivel internacional para el control o eliminación de la actividad delictiva. El punto central de lo que proponen los autores es que los países buscan consensos para superar o, a lo menos, armonizar las diferencias entre sus sistemas de justicia criminal, de tal manera de permitir una adecuada colaboración entre los distintos operadores de justicia. Sin embargo, para comprender la naturaleza de cada convención, es necesario revisar el objetivo y alcance que cada una estipula.

Para comenzar, la *Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal*, que forma parte del denominado “procedimiento criminal transnacional”¹⁸ en la concepción de Boister, fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en Nassau, Bahamas, el 23 de mayo de 1992. Luego, con fecha 11 de junio de 1993 se adoptó en Managua, Nicaragua, su Protocolo Facultativo. Esta es una convención multilateral, que si bien fue negociada en el marco de la OEA, permite adhesión de países que no sean parte de dicha organización¹⁹. Actualmente más de veintidós

¹⁷ ANDREAS, NADELMANN, ob. cit., p. 9.

¹⁸ BOISTER, ob. cit., p. 18.

¹⁹ Artículo 32. La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 34. La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

países la han ratificado²⁰, incluyendo la gran mayoría de los países de Sudamérica, Centro América, El Caribe, Estados Unidos y México. En Chile, la convención entró en vigencia en julio de 2004²¹.

Esta fue la primera convención en materia de asistencia legal mutua, multilateral, de alcance general (aplicación a todo tipo de delitos) que entró en vigencia en el país. En efecto, en el marco de la discusión parlamentaria para su ratificación en Chile, ocurrida en noviembre de 2001, el entonces Director Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, recalcó que Chile entregaba en aquel entonces colaboración en el ámbito penal basándose en los principios generales del derecho internacional contenidos fundamentalmente en el Código de Bustamante (Código de Derecho Internacional Privado)²². Antes de la entrada en vigor de Nassau dicho cuerpo normativo, que data de 1928, se complementaba en la práctica con una serie de tratados bilaterales de asistencia mutua y con acuerdos bilaterales y multilaterales²³ que regulaban la tramitación de exhortos²⁴. Por ejemplo, con anterioridad a Nassau, existía ya la Convención sobre Exhortos Judiciales entre Chile y Perú, suscrita el 5 de julio de 1935. Este documento tenía, como los demás instrumentos de su tipo, un alcance muy limitado pues se enfocaba en permitir a los países el envío de exhortos judiciales entre autoridades competentes, sin necesidad de legalización de firmas, mientras se respetara el envío por vía diplomática²⁵.

Actualmente, en cambio, en el país existen vigentes otras convenciones generales de asistencia internacional en materia penal: el Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile²⁶, y la Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal y sus protoco-

20 Ver: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-55.html>

21 Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal, Decreto Supremo N° 108 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Diario Oficial de 8 de julio de 2004.

22 Congreso Nacional. Informe de Comisión de Relaciones Exteriores. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/5394/#h2_1_2 [fecha de consulta: 03 de abril de 2021].

23 Por ejemplo: Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, suscrita en Panamá el 20 de enero de 1975, publicada en el Diario Oficial en Chile el 18 de octubre de 1976.

24 La tramitación de la asistencia jurídica mutua en materia penal vía exhortos (o también denominados “cartas rogatorias”) obedece a la concepción de la asistencia jurídica como un asunto a nivel de Estados que supone, por una parte, la relación entre tribunales que se solicitan auxilio para asuntos procesales y, por otra, la remisión de los exhortos o cartas rogatorias por vía diplomática. Es el modelo que tradicionalmente ha seguido la asistencia judicial en materia civil (Ver: Boister, ob. cit., págs. 312-313). Este tipo de asistencia es aún preponderante en varios países. Ver, por ejemplo, en el caso de España: <https://www.mjusticia.gob.es/es/area-internacional/cooperacion-juridica/auxilio-judicial-internacional> [fecha de consulta: 01 de mayo de 2021]; Argentina: <http://www.cooperacion-penal.gov.ar/introduccion> [fecha de consulta: 01 de mayo de 2021].

25 Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/49718ce39fd2f4c3997de8096aca7b13.PDF> [fecha de consulta: 25 de marzo de 2021].

26 Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile, promulgado por Decreto Supremo N° 78 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Diario Oficial de 17 de octubre de 2009.

los facultativos, denominada también Convención de Estrasburgo²⁷. Estos dos documentos sumados a la Convención de Nassau, abarcan un área geográfica muy significativa en cuanto a países signatarios que pueden interactuar en materia de asistencia legal. Así, por ejemplo, en un caso de tráfico ilícito de drogas que vincule a Chile con algunos de los Estados Partes de Mercosur, se podrá elegir como marco para cooperar Nassau o Mercosur, según se estime conveniente. Estrasburgo, por su parte, surgirá como opción cuando el caso vincule a Chile con algún país europeo o, en términos generales, signatario de la Convención Europea de Asistencia Mutua. En ambos casos, queda la posibilidad de aplicar también, o de manera alternativa, alguna de las “convenciones para la supresión” en estudio. En cuanto al objeto de Nassau, según establece su artículo 1, en virtud de la Convención *“Los Estados Partes se comprometen a brindarse asistencia mutua en materia penal...”*²⁸ cuestión que es concordante con el propósito esencial de los Estados americanos reunidos en la OEA de “procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos”²⁹. El artículo 2 del documento complementa enunciando: *“Los Estados Partes se prestarán asistencia mutua en investigaciones, juicios y actuaciones en materia penal referentes a delitos cuyo conocimiento sea de competencia del Estado requirente al momento de solicitarse la asistencia”*. A continuación, el mismo artículo expresamente establece la limitación de actuación de un Estado Parte en territorio jurisdiccional de otro y también otorga exclusivamente la ejecución de la convención a los Estados Partes, eliminando la posibilidad de que personas o particulares puedan hacer uso directamente de ella³⁰.

Una particularidad de Nassau, y con esto finaliza la precisión de su alcance, es que su artículo 6 establece que para los efectos de la convención, es decir, para su aplicación, el hecho en investigación debe ser punible con pena de un año o más de prisión en el Estado requirente³¹. Esto no quita, sin embargo, que pueda ser utilizada como fundamento para plantear requerimientos de asistencia en la investigación de cualquier tipo de delito, en contraste a lo que sucede en el caso de las “convenciones para la supresión” que son limitadas en este aspecto. Una excepción en este último sentido son los delitos sujetos exclusivamente a la legislación militar, a cuya investigación o persecución no puede aplicarse la Convención de Nassau³².

27 Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal de 1959 y sus Protocolos Facultativos de 1978 y 2001, promulgado por Decreto Supremo N° 112 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Diario Oficial de 13 de marzo de 2012.

28 Convención Interamericana..., ob. cit., art. 1.

29 Ibid., ob. cit., preámbulo.

30 Ibid., ob. cit., art. 2.

31 Convención Interamericana..., ob. cit., art. 6.

32 Ibid., ob. cit., art. 8.

El segundo documento en estudio es la *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*. Esta convención, junto a la de Palermo, forman parte del denominado “derecho criminal transnacional” en la concepción de Boister y de los “regímenes de prohibición internacional” que plantean Andreas y Nadelmann³³. Esta convención fue adoptada en Viena, Austria, el 20 de diciembre de 1988 y es una convención de alcance global que registra a la fecha 191 países adheridos incluyendo, por cierto, a Chile³⁴. En nuestro país, la convención fue publicada con fecha 20 agosto de 1990³⁵.

Esta convención constituye el tercer tratado internacional que conforma el marco legal internacional para el control del tráfico ilícito de drogas. Actualiza y complementa, en su caso, las disposiciones de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, el Protocolo de 1972 que enmienda dicha convención, y al Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971³⁶. Esta serie de convenciones vinculadas a la supresión o prohibición global del tráfico ilícito de drogas, marcaron un hito crucial en el desarrollo del “derecho criminal transnacional”. En efecto, Andreas y Nadelmann sostienen que la suscripción de la Convención de 1961 forma parte de la “era moderna” del control del crimen a nivel internacional, marcado por las vigorosas campañas de Estados Unidos iniciadas contra el tráfico ilícito de drogas en la década de los sesentas a nivel nacional e internacional³⁷.

Además, la Convención de 1988 es muy significativa en materia de asistencia mutua pues marca un hito relevante al incorporar un tratamiento integral de la materia, estableciendo con ello el deber general de otorgar asistencia, incluso para países que no

33 BOISTER, ob. cit., p. 18; ANDREAS, NADELMANN, ob. cit., p. 19.

34 En Chile, la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, considera en su título III “De la competencia del Ministerio Público”, párrafo 4, distintas disposiciones relativas a la cooperación internacional. En materia de asistencia jurídica internacional es muy relevante el artículo 47: “El Ministerio Público, directamente y sin sujeción a lo dispuesto en los incisos primero y segundo del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, podrá requerir y otorgar cooperación y asistencia internacional destinada al éxito de las investigaciones sobre los delitos materia de esta ley, de acuerdo con lo pactado en convenciones o tratados internacionales, pudiendo proporcionar antecedentes específicos, aun cuando ellos se encontraren en la situación prevista en el inciso tercero del artículo 182 del Código Procesal Penal. Igualmente, a solicitud de las entidades de países extranjeros que correspondan, podrá proporcionar información sobre operaciones sujetas a secreto o reserva legal a las que haya tenido acceso en conformidad con la legislación nacional aplicable, con el fin de ser utilizada en la investigación de aquellos delitos, háyanse cometido en Chile o en el extranjero. La entrega de la información solicitada deberá condicionarse a que ésta no será utilizada con fines diferentes a los señalados anteriormente y a que ella mantendrá su carácter confidencial. Los antecedentes, documentos y demás medios de prueba obtenidos según este artículo y lo pactado en convenciones o tratados internacionales se entenderán producidos conforme a la ley, independientemente de lo que se resuelva, con posterioridad, sobre su incorporación al juicio, o el mérito probatorio que el tribunal le asigne”.

35 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, promulgada por Decreto Supremo N° 147 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Diario Oficial de 20 de agosto de 1990.

36 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., establece en su artículo 25 el efecto no derogatorio respecto de anteriores derechos y obligaciones convencionales: “Las disposiciones de la presente Convención serán sin perjuicio de los derechos y obligaciones que incumben a las Partes en la presente Convención en virtud de la Convención de 1961, de la Convención de 1961 en su forma enmendada y del Convenio de 1971”.

37 ANDREAS, NADELMANN, ob. cit., p. 5.

estaban habituados (en ese entonces) a la práctica de la asistencia jurídica³⁸. Boister sostiene que fue, en efecto, el primer “Mini Tratado de Asistencia Mutua”³⁹.

En el contexto latinoamericano, por su parte, la suscripción de la Convención de 1988 y su ratificación por un número significativo de países, desencadenó la firma de acuerdos bilaterales específicos para el control y la persecución del tráfico ilícito de drogas. Durante la década de 1990, Chile firmó un número importante de convenios relacionados a la prevención, control, fiscalización y/o represión del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Firmó, entre otros, con los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia y Perú⁴⁰. Por ejemplo, en el caso de la relación bilateral Chile y Perú, tanto la Convención de 1988 como las dos convenciones anteriores, fueron considerados para la firma del Convenio Administrativo entre la República de Chile y la República del Perú sobre Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrito en Lima el 19 de octubre de 1990⁴¹. Dicho Convenio contiene disposiciones relativas a la prevención del uso indebido de sustancias, y a la investigación y sanción del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. En materia de asistencia jurídica internacional la regulación es muy breve: el artículo 2 letra j) hace mención a la necesidad de cuidar un procedimiento expedito cuando las Partes libren entre sí exhortos y rogatorios dentro de los procesos judiciales contra traficantes. Como será posible observar en el apartado siguiente, la Convención de 1988 establece un marco mucho más flexible y comprehensivo de cooperación que este convenio bilateral.

En cuanto a su objeto, el artículo 2 de la Convención de 1988 precisa que la misma tiene el propósito de “*promover la cooperación entre las Partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional...*”⁴². En contraste con el objetivo de la Convención de Nassau, la Convención de 1988 hace énfasis en la necesidad de lograr mayor eficacia a través de las herramientas que contempla. Es decir, no busca solamente

38 Naciones Unidas, Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas [en línea], 1988, Nueva York, 1999, p. 144. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Drug%20Convention/Comentarios_a_la_convencion_1988.pdf [fecha de consulta: 30 de marzo de 2021].

39 BOISTER, ob. cit., p. 314.

40 Argentina (Decreto Supremo N°1509 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicación en Diario Oficial de 23.12.94); Bolivia (Decreto Supremo N°1604 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicación en Diario Oficial de 23.12.1994); Brasil (Decreto Supremo N° 102 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicación en Diario Oficial de 28.10.92); Colombia (Decreto Supremo N° 415 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicación en Diario Oficial de 21.06.1997); Perú (Decreto Supremo N° 426, publicación en Diario Oficial de 06.01.1992).

41 Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/7e2d7f4379ff63cfo7767ce5f7125fca.PDF> [fecha de consulta: 02 de abril de 2021].

42 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 2.

establecer canales de asistencia jurídica internacional entre los países sino que promover una cooperación que sea *eficaz* para suprimir las actividades delictivas vinculadas al tráfico ilícito de drogas. En efecto, el último párrafo de sus considerandos es enfático en el punto: las Partes buscan la suscripción de la convención deseando sea “*un instrumento completo, eficaz y operativo, específicamente dirigido contra el tráfico ilícito*”⁴³. Como se verá en el apartado siguiente, la convención de hecho introduce en el espectro de las herramientas de cooperación internacional importantes elementos para tender a una colaboración más eficaz y operativa.

Tal como sucedía con la convención de Nassau en cuanto a su alcance, el párrafo 3 del artículo 2 de la Convención de 1988 establece como límite la actuación de un Estado Parte en territorio jurisdiccional de otro y también, el párrafo 2 enuncia expresamente el respeto a los principios de igualdad soberana, de la integridad territorial y de la no intervención de los Estados⁴⁴. Según el texto de “Comentarios a la Convención de 1988” de Naciones Unidas, esta prevención fue necesaria precisamente debido a que la Convención de 1988 introdujo un cambio radical, en relación a los anteriores tratados de drogas, en cuestiones relacionadas con la aplicación de la ley y la asistencia jurídica mutua⁴⁵.

Por último, la tercera convención en estudio, es la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Esta fue adoptada el 15 de noviembre de 2000 en Palermo, Italia. Al igual que la Convención de Viena de 1988, este es un documento de alcance global pues cuenta con 190 Estados Parte incluyendo a Chile, país en que fue publicada el 16 de febrero de 2005, junto a dos de sus tres protocolos⁴⁶.

Esta convención responde a una discusión y análisis de larga data generada en el marco de Naciones Unidas en torno a la delincuencia transnacional y los mecanismos adecuados para su prevención y control. En efecto, el término fue mencionado por primera vez en 1975, durante el Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente⁴⁷. La temática fue adquiriendo relevancia global con el correr de las décadas, hasta que, du-

43 *Ibid.*, ob. cit., considerando párrafo 13.

44 *Ibid.*, ob. cit., art. 2.

45 Naciones Unidas, Comentarios a la Convención..., ob. cit., p. 35.

46 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, promulgados por Decreto Supremo N° 342 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Diario Oficial de 16 de febrero de 2005. El Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones fue publicado en Diario Oficial de 26 de agosto de 2010.

47 UNODC. Trabajos preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos [en línea]. Nueva York, Naciones Unidas, 2008. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf [fecha de consulta: 02 de abril de 2021].

rante la Conferencia Mundial sobre Delincuencia Organizada Transnacional celebrada en 1994 en Nápoles, Italia, se determinó solicitar a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la ONU que analizara la posibilidad de comenzar la configuración de una convención sobre la temática⁴⁸. En noviembre de 2000, finalmente la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Convención de Palermo, convirtiéndose en el primer instrumento jurídico de alcance global y vinculante para combatir la Delincuencia Organizada Transnacional⁴⁹.

La Convención de Palermo (conocida también como UNTOC por su denominación en inglés), marca un hito relevante en el desarrollo global de la política criminal transnacional. Por una parte, es el primer instrumento normativo diseñado para hacer frente a distintos tipos de delitos. Antes de su aprobación, los instrumentos jurídicos estaban diseñados para hacer frente a hitos específicos, por ejemplo, piratería marítima, esclavitud, terrorismo o narcotráfico⁵⁰. Por otra parte, Palermo genera un cambio desde la criminalización de actos individuales específicos a la criminalización basada en alguna forma de acción conjunta, con el objetivo de afectar de manera más efectiva las estructuras criminales que cometen delitos de relevancia internacional⁵¹. Adicionalmente, y como se verá en el siguiente apartado, la UNTOC tiene una interrelación importante con la Convención de Viena de 1988 por cuanto sigue en gran parte sus contenidos en materia de asistencia mutua. Sin embargo, se considera innovadora en cuanto a las herramientas de cooperación internacional que establece y promueve, elevando de tal forma las posibilidades operativas del sistema de cooperación en materia criminal⁵².

En cuanto a su objeto o finalidad, su artículo 1 establece que *“El propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”*⁵³. Como en el caso de la Convención de Viena de 1988, el objeto del documento releva el enfoque de lograr mayor eficacia en las acciones de control y prevención.

En relación a su ámbito de aplicación o alcance, el art. 3 sostiene, en primer lugar, que la convención se aplicará a la prevención, investigación y el enjuiciamiento de las ofen-

48 ÁLVAREZ COZZI, Carlos. “La asistencia penal internacional y la extradición en los delitos de narcotráfico, lavado de activos y financiación del terrorismo y corrupción internacional”. En: *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, N° 10, Bogotá, Colombia, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2016, p. 85.

49 SORIANO, Juan Pablo. “Gobernanza Global contra la delincuencia organizada transnacional: la UE y la Convención de Palermo”. En: *Revista CIBOD d’Afers Internacionals*, N° 108, Barcelona, España, CIBOD, 2014, p. 149.

50 SORIANO, ob. cit., p. 146.

51 BOISTER, ob. cit., p. 144.

52 ÁLVAREZ COZZI, ob. cit., p. 85; JOUTSEN, ob. cit., p. 380.

53 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 1.

sas tipificadas en el instrumento, esto es: delitos que implican la participación de grupo delictivo organizado (artículo 5), blanqueo o lavado de activos (artículo 6), corrupción (artículo 8) y obstrucción a la justicia (artículo 23)⁵⁴. Luego, la letra b del mismo artículo establece la aplicación residual de la convención, ampliando notablemente su alcance para cubrir “delitos graves”, esto es (según la definición del artículo 2 letra b), “*aquellas conductas que constituyan un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave*”⁵⁵. El artículo 3 número 1 cierra la determinación del alcance del instrumento estableciendo que, en ambos casos, la convención aplicará cuando los delitos establecidos tengan *carácter transnacional*⁵⁶ y entrañen la *participación de un grupo delictivo organizado*⁵⁷.

La aplicación residual de la UNTOC a otros “delitos graves” (art. 3 numeral 1 letra b) es la base jurídica que permite que dos o más países puedan hacer uso del marco de cooperación que establece Palermo para delitos que no sean los ya enunciados (ni aquellos contemplados en sus protocolos adicionales). Por ejemplo, permite que Estados Partes puedan cooperar en el marco de la convención ante un caso de tráfico ilícito de drogas que cumpla con sus tres requisitos: pena mínima (privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave), debe ser de carácter transnacional según alguna de las cuatro hipótesis del artículo 3 numeral 2, y entrañar la participación de un grupo delictivo organizado en los términos de la convención⁵⁸.

54 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 3.

55 *Ibid.*, ob. cit., art. 2, letra b).

56 *Ibid.*, ob. cit.: Art. 3 número 2. *A los efectos del párrafo 1 del presente artículo, el delito será de carácter transnacional si: a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.*

57 *Ibid.*, ob. cit.: Art. 2 letra a) *Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.*

58 En cuanto al requisito de la pena mínima en el caso de Chile, la Ley 20.000 que regula el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, sanciona la elaboración o fabricación de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas (art. 1) y el tráfico propiamente tal (art. 3), con pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales. Es decir, con una pena de presidio que va desde 5 a 15 años. Estos delitos, por tanto, pueden ser catalogados como “delitos graves” bajo la concepción de la Convención de Palermo. El tráfico de pequeñas cantidades (art. 4), por su parte, se sanciona con pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales: es decir, 541 días a 5 años. Por lo tanto, dependiendo de los hechos y las circunstancias del caso en particular, este delito también podría ser catalogado como “grave”.

III. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES REFERENTES A LA ASISTENCIA JURÍDICA INTERNACIONAL

Luego de haber revisado los principales antecedentes vinculados con los tres instrumentos normativos en análisis, así como también sus finalidades y alcances, corresponde ahora analizar y contrastar (en lo que corresponda), las principales disposiciones que contienen las tres convenciones en materia de asistencia jurídica penal.

En el caso de la Convención de Nassau, como es de esperar debido a su naturaleza, todas sus disposiciones se relacionan con la regulación de la asistencia jurídica. No sucede lo mismo con las “convenciones para la supresión”, que contienen normas sustantivas en relación a los delitos que pretenden se criminalicen en todos los países adherentes y, entre otras, también normas procedimentales vinculadas a la asistencia jurídica y cooperación internacional. En el caso de la Convención de Viena de 1988, luego de definir una serie de términos, precisar su alcance, determinar reglas de competencia y regular el decomiso, su artículo 6 se refiere a la extradición y el siguiente, artículo 7, regula la asistencia judicial recíproca. Este artículo contiene 20 numerales que regulan de manera bastante completa la asistencia que se puede generar en su marco. Lo propio sucede con la Convención de Palermo, que regula la extradición en su artículo 16 y luego, en el artículo 18, la asistencia judicial recíproca. Como se comentó en el apartado anterior, la UNTOC siguió en gran parte lo dispuesto por la Convención de Viena de 1988 en materia de asistencia internacional pero propuso una estructura diferente en algunos puntos y también en parte más completa, llegando con ello a contener 30 numerales. El artículo 18 de la UNTOC es, en efecto, la disposición de mayor extensión del documento.

A continuación se revisarán las principales disposiciones de la Convención de Nassau y los artículos de la Convención de 1988 y Palermo dedicados a la asistencia judicial recíproca (artículos 7 y 18 respectivamente). Para efectos de lograr una exposición clara, la revisión se hará en tres partes diferentes, partiendo por las disposiciones más relevantes referidas a la preparación y tramitación de requerimientos de asistencia internacional. Luego, aquellas referidas a la ejecución de los mismos, para terminar con las medidas o fines de los requerimientos (tipos de asistencia que pueden ser solicitados).

a) Disposiciones referidas a la preparación y tramitación de requerimientos de asistencia internacional

Estas normas se vinculan a aspectos que deben ser considerados incluso antes de comenzar la tramitación de un requerimiento de asistencia jurídica mutua, pues su cumplimiento es esencial para lograr una adecuada tramitación y posterior ejecución del mismo. En términos generales, las normas referidas a la preparación de un requeri-

miento y contenidas en las tres convenciones, se refieren a: la autoridad a la que debe ser enviado (y autoridad que despacha); el medio o formato e idioma en que se acepta la solicitud y los contenidos mínimos que debe incluir el documento. Evidentemente, desde el punto de vista del funcionario o practicante a cargo de preparar y tramitar el requerimiento, el proceso de análisis que determina la convención que corresponde usar para el caso en concreto, se debió haber efectuado con anterioridad a la revisión de los elementos ya enunciados. Dicha determinación se realiza, generalmente, considerando: los países vinculados al caso (y su calidad o no de Estados Partes de un convenio), el delito respecto del cual se trata la asistencia y el tipo de diligencia que se quiere realizar.

En cuanto al primer punto, es decir, *la autoridad que recibirá el requerimiento en el país requerido*, las tres convenciones establecen la necesidad de que los Estados Partes nombren una *Autoridad Central* al momento de depositar el instrumento de ratificación, aceptación o adhesión a la determinada convención. Esta es una práctica habitual de muchos arreglos y tratados de asistencia jurídica mutua debido a la utilidad y relevancia de nombrar una Autoridad Central para lograr una cooperación eficaz y válida:

“Este sistema ofrece importantes ventajas de orden práctico, que permiten a los oficiales no sólo adquirir familiaridad con los términos de la Convención y los procedimientos necesarios sino también establecer relaciones de trabajo con sus contrapartes de otros Estados y estudiar las formas de satisfacer los requisitos particulares de un ordenamiento jurídico nacional mediante peticiones preparadas cuidadosamente. Esto facilitará la prestación eficiente y sin tropiezos de la asistencia”⁵⁹.

Ahora bien, la determinación de la entidad que actuará como Autoridad Central corresponde a cada país. En este escenario, algunos determinan distintas Autoridades Centrales según cada convención (o grupos de convenciones), con lo cual no existe una única Autoridad Central nacional en materia de asistencia jurídica mutua en materia penal. En el caso de Chile, desde el 1 de febrero de 2018, el Ministerio Público de Chile es la Autoridad Central en todas las convenciones multilaterales y tratados bilaterales de asistencia jurídica mutua⁶⁰. Por cierto, ello incluye actuar como Autoridad Central respecto de las tres convenciones en estudio. El hecho de que el Ministerio Público sea la Autoridad Central permite otorgar mayor rapidez y eficacia a la tramitación de la asistencia jurídica penal, por cuanto quien envía, recibe y ejecuta los requerimientos es, a la vez, el encargado de la investigación criminal en el país. Debido a las ventajas que provee la actuación de los Mi-

⁵⁹ Naciones Unidas, Comentarios a la Convención..., ob. cit., p. 152.

⁶⁰ En Chile, en los casos en que se requiera solicitar asistencia mutua pero no existe un tratado o convención bilateral ni multilateral en el marco del cual corresponda dicha tramitación, corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile actuar como Autoridad Central para la tramitación de requerimientos en base al principio de reciprocidad del derecho internacional. Dicho Ministerio es también la Autoridad Central nacional para los procesos de extradición.

nisterios Públicos como Autoridades Centrales, y dado que aún varias Fiscalías en la región iberoamericana (y en el mundo) no tiene calidad de Autoridad Central, en la región se ha promovido activamente la implementación de ese cambio en los distintos sistemas nacionales, en importantes instancias vinculadas a la cooperación penal internacional⁶¹.

La Convención de Nassau es sucinta en cuanto a la regulación de la Autoridad Central. En su artículo 3 establece que *“Cada Estado designará una Autoridad Central en el momento de la firma, ratificación o adhesión a la presente Convención. Las Autoridades Centrales serán responsables por el envío y recibimiento de las solicitudes de asistencia. Las Autoridades Centrales se comunicarán mutuamente en forma directa para todos los efectos de la presente Convención”*⁶². Es interesante destacar que la convención precisa en primer lugar que la principal función de las autoridades centrales es el envío y recibimiento de las solicitudes: es decir, no están encargadas necesariamente de su ejecución, pues la autoridad competente puede ser distinta a la Autoridad Central. Además, el artículo precisa que las autoridades centrales tienen comunicación en forma directa entre sí con lo cual reafirma la potestad de ser quien recibe y envía directamente los requerimientos, intentando evitar que existan intermediarios que puedan retrasar los procesos.

Por su parte, el art. 7 párrafo 8 de la Convención de Viena de 1988 y el art. 18 párrafo 13 de Palermo, que regulan la definición de la Autoridad Central en cada caso, son prácticamente idénticos. En efecto, la única diferencia entre ambos es que Palermo agrega una frase para promover la buena práctica de las autoridades centrales, precisando que la misma debe velar por el rápido y adecuado cumplimiento o transmisión de las solicitudes que reciba⁶³. La regulación de la Autoridad Central es más amplia en estas dos convenciones en comparación a Nassau y parte por precisar que las autoridades centrales son las encargadas de recibir las solicitudes de asistencia y de ejecutarlas o, en caso que corresponda, de transmitir las a la autoridad competente. De esta manera, estas convenciones establecen expresamente la posibilidad de la existencia de una Autoridad Central distinta a la autoridad competente⁶⁴.

61 Ver, por ejemplo: Acta de la XXIV Asamblea General Ordinaria de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP) [en línea]. Disponible en: <http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/2037/1/declaracion-lisboa.pdf>; Acta de la XX Reunión Especializada de Ministerios Públicos del Mercosur (REMPM) [en línea]. Disponible en: http://www.rempm.org/archivos/Reuniones/20/Especializada/Anexo_5_Declaraciones_aprobadas.pdf

62 Convención Interamericana..., ob. cit., art. 3.

63 Una norma similar es el art. 18 párrafo 24 de Palermo que establece la buena praxis en la etapa de ejecución del requerimiento: *“El Estado Parte requerido cumplirá la solicitud de asistencia judicial recíproca lo antes posible y tendrá plenamente en cuenta, en la medida de sus posibilidades, los plazos que sugiera el Estado Parte requirente y que estén debidamente fundamentados, de preferencia en la solicitud. El Estado Parte requerido responderá a las solicitudes razonables que formule el Estado Parte requirente respecto de la evolución del trámite de la solicitud. El Estado Parte requirente informará con prontitud cuando ya no necesite la asistencia solicitada”*.

64 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 7 párrafo 8; Convención de las Naciones Unidas

Luego, los artículos contemplan la posibilidad de que un Estado Parte pueda tener más de una Autoridad Central en caso de contener territorios con distintos sistemas de asistencia recíproca, por ser de estructura federal o compuesta. Su finalidad no es alentar a la pluralidad de Autoridades Centrales de un país sino solamente cubrir las mencionadas posibilidades⁶⁵. Esta disposición no aplica al caso de Chile por ser un Estado unitario⁶⁶ con un único sistema de justicia penal. A continuación, los artículos establecen la obligación de notificar a la Secretaría General de las Naciones Unidas el nombre de la Autoridad Central y precisa que no solo el requerimiento, sino cualquier comunicación referida al mismo debe ser remitido utilizando dicha vía⁶⁷.

Los artículos de la Convención de 1988 y UNTOC referidos a la Autoridad Central terminan enunciado la posibilidad de que las partes puedan, en todo caso, exigir que las solicitudes y comunicaciones le sean enviadas por vía diplomática⁶⁸, y prevé la posibilidad de que, en casos urgentes y cuando las Partes lo convengan, los requerimientos puedan ser remitidos por intermedio de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL). Esta última posibilidad no está contemplada en la Convención de Nassau. Es novedosa pues involucra a una organización externa a los Estados Parte en el proceso de tramitación de un requerimiento de asistencia internacional. Hacer uso de esta posibilidad puede resultar muy útil para una Autoridad Central debido a que las distintas Oficinas Centrales Nacionales de INTERPOL (OCN), están conectadas mediante la Red I-24/7 que funciona, como su nombre indica, las 24 horas de los 7 días de la semana. Además, transmitir un requerimiento vía INTERPOL puede acelerar el proceso de remisión cuando la parte requirente no posee los datos de contacto de la Autoridad Central de la parte requerida o no tiene un contacto previo o relación ya establecida con la misma. El uso de esta posibilidad puede activarse transmitiendo la solicitud de la Autoridad Central a la OCN del país requirente⁶⁹, oficina que a su vez transmitirá a la OCN del país requerido, para que esta última comunique y remita el requerimiento a la Autoridad Central respectiva⁷⁰.

contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 18 párrafo 13.

65 Naciones Unidas, Comentarios a la Convención..., ob. cit., párrafo 7.26, p. 152.

66 Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial 22 de septiembre de 2005, art. 3.

67 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 7 párrafo 8; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 18 párrafo 13.

68 Esto en la práctica podría implicar que no solo participen en la canalización de los requerimientos el personal de las embajadas sino también los oficiales de los ministerios de justicia y de relaciones exteriores, con las demoras que eso puede significar (ver: Naciones Unidas, Comentarios a la Convención..., ob. cit., p. 153).

69 La Oficina Nacional de INTERPOL en Chile está radicada en la Policía de Investigaciones de Chile. Ver: <https://pdichile.cl/instituci%C3%B3n/unidades/interpol>.

70 Ver: UNODC, Manual de asistencia jurídica..., ob. cit., p. 32.

En cuanto al *medio en que se debe enviar una solicitud o requerimiento de asistencia legal internacional y el idioma* en que debe ser enviado al país requerido, Nassau establece que las solicitudes libradas por el Estado requirente se harán por escrito (art. 10 inc. 1) y deben enviarse traducidas en un idioma oficial del Estado requerido (art. 28)⁷¹. La Convención de Viena de 1988, por su parte, precisa en su artículo 9 que las solicitudes deben presentarse también por escrito, pero en un idioma aceptable para el país requerido⁷². Palermo sigue esta línea en relación al idioma⁷³. Esta es una fórmula más amplia que la de Nassau pues permite, por ejemplo, que un país acepte requerimientos traducidos al inglés sin que este sea su idioma oficial pero sí un idioma aceptable.

Además, también en cuanto al medio o formato de un requerimiento, tanto Viena (en su artículo 9) como Palermo (en su artículo 14), permiten en situaciones de urgencia y cuando las partes lo convengan, que los requerimientos se planteen verbalmente, aunque luego deban ser confirmadas por escrito. Esto no está contemplado como posibilidad expresamente en Nassau. Adicionalmente, Palermo va un paso más allá de Viena al establecer que los requerimientos se presentarán por escrito o, *“cuando sea posible, por cualquier medio capaz de registrar un texto escrito, en un idioma aceptable para el Estado requerido, en condiciones que permitan a dicho Estado Parte determinar la autenticidad”*⁷⁴. En los trabajos preparatorios de Palermo se dejó constancia de la intención detrás de la inclusión de esta cláusula amplia: abrir la posibilidad que los requerimientos se pudieran transmitir por medios modernos⁷⁵. Este avance de Palermo no descarta la posibilidad de que los Estados Parte que utilicen las otras dos convenciones puedan usar medios electrónicos o modernos para la transmisión de la información o los requerimientos. En efecto, las cláusulas de Nassau y la Convención de 1988 son lo suficientemente amplias para permitirlo pues solo establecen que los requerimientos deben ser escritos.

Muchos países en efecto han avanzado en establecer a nivel bilateral la posibilidad de la transmisión electrónica de requerimientos de asistencia mutua⁷⁶ y también existen instrumentos multilaterales que pretenden establecer definitivamente dicho formato. Un ejemplo paradigmático es el “Tratado relativo a la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre autoridades centrales de la Conferencia de Ministros

71 Convención Interamericana..., ob. cit., art. 10 y 28.

72 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 9.

73 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 14.

74 Ídem.

75 UNODC, Trabajos preparatorios..., ob. cit., págs. 188-189.

76 Por ejemplo, el Ministerio Público de Chile a través de su Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones ha acordado bilateralmente la transmisión electrónica de requerimientos con Perú, Brasil, Ecuador, Estados Unidos, Canadá, entre otros.

de justicia de los Países Iberoamericanos” (COMJIB)⁷⁷ que, al momento de entrar en vigencia, actuará como base normativa entre sus adherentes para la transmisión electrónica de requerimientos de asistencia legal internacional sin importar el delito al cual se refieran.

Para finalizar con las disposiciones referidas a la preparación de los requerimientos de asistencia, corresponde analizar las normas que establecen los contenidos que deben tener los mismos. En este aspecto, la Convención de 1988 (artículo 7 párrafo 10) y la de Palermo (artículo 18 párrafo 15) exhiben los mismos requisitos, los cuales abarcan más elementos que las menciones que exige la Convención de Nassau (artículo 26). A la descripción sumaria de los hechos constitutivos del delito; el acto que origina la solicitud de asistencia; la descripción del procedimiento o requisitos especiales del Estado requirente y la descripción de la asistencia solicitada que requiere Nassau⁷⁸, las otras dos convenciones agregan tres elementos: la identidad de la autoridad requirente; cuando sea posible, la identidad de la persona vinculada a la solicitud y el lugar donde se encuentra y, por último, la finalidad para la cual se solicita la determinada diligencia o prueba⁷⁹. En todos los casos estas son las menciones o información básica que debe contener un requerimiento de asistencia mutua. De ser necesario, todas las convenciones contemplan la posibilidad de que el Estado requerido pueda pedir al requirente información complementaria que considere relevante para el adecuado análisis y posterior ejecución de la asistencia.

b) Disposiciones que regulan la ejecución de los requerimientos

Una vez preparado el requerimiento y despachado a la Autoridad Central del país requerido, corresponde la etapa de recepción del requerimiento y análisis para su posterior ejecución. En este ámbito, el aspecto determinante es que la *ley que rige la ejecución del requerimiento es la ley del Estado requerido*. Este es un principio general del derecho internacional, extrapolado desde la práctica de la asistencia en materia civil⁸⁰ y las tres convenciones en estudio son claras y unívocas al respecto⁸¹.

Además del principio enunciado, las tres convenciones coinciden respecto de los *posibles gastos* que puede arrojar el cumplimiento de una asistencia legal. Por cierto, es esperable que un requerimiento pueda irrogar gastos incluso en el caso de diligencias sencillas

⁷⁷ Texto disponible en: https://comjib.org/wp-content/uploads/2019/08/Tratado_Medellin_ES.pdf.

⁷⁸ Convención Interamericana..., ob. cit., art. 26.

⁷⁹ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 7 párrafo 11; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 18 párrafo 16.

⁸⁰ Código de Bustamante, art. 391 y 400.

⁸¹ Convención Interamericana..., ob. cit., art. 10; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 7 párrafo 12; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 18 párrafo 17.

tales como las notificaciones o la remisión de documentos. El costo puede aumentar cuando las diligencias que se piden tienen un nivel más elevado de complejidad, como sería el caso de un cotejo de huellas para confirmación de identidad o la toma de declaración de un testigo o perito. Las convenciones en estudio son contestes en el sentido de establecer que los gastos que se consideran “ordinarios”, son sustentados por el Estado requerido, aunque la Convención de 1988 y de Palermo dejan abierta la posibilidad de que las partes puedan acordar otra cosa⁸². Nassau, por su parte, considera como una excepción, y por tanto a cargo del Estado requirente, los honorarios de peritos y gastos de viaje y conexos provenientes del transporte de personas del territorio de un Estado al del otro⁸³. Para concluir, las tres convenciones establecen que en caso de surgir gastos cuantiosos o extraordinarios, los Estados Parte se consultarán para determinar los términos y condiciones bajo los cuales el Estado requirente puede prestar la asistencia solicitada⁸⁴.

Un segundo aspecto relevante en el ámbito de la ejecución de un requerimiento es la *reserva o confidencialidad de la información y la limitación al uso de información o pruebas*. En relación a la confidencialidad, Nassau pone el énfasis en la eventual necesidad y condiciones que pueda plantear el Estado requerido al requirente en cuanto a mantener la confidencialidad de la información o pruebas que le suministre⁸⁵. La Convención de 1988 y la de Palermo, en cambio, se enfocan en la Parte requirente y la posibilidad de que plante a la requerida mantener la reserva de la existencia y el contenido de la solicitud⁸⁶. Esta última es una solicitud que se plantea habitualmente por parte de los requirentes y tiene como propósito cuidar la adecuada realización o conclusión de la asistencia internacional para proteger con ello el éxito de la investigación o el proceso en curso.

En cuanto a la limitación al uso de información o pruebas, el principio general reconocido por las tres convenciones es que la información o prueba obtenida mediante un requerimiento no puede divulgarse o utilizarse para propósitos diferentes a aquellos que fueron especificados en el requerimiento de asistencia⁸⁷. Esta es una aplicación de la doctrina

82 Convención Interamericana..., ob. cit., art. 29 inc. 1; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 7 párrafo 19; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 18 párrafo 28.

83 Convención Interamericana..., ob. cit., art. 29 inc. 2.

84 Convención Interamericana..., ob. cit., art. 29 inc. 1; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 7 párrafo 19; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 18 párrafo 28.

85 Convención Interamericana..., ob. cit., art. 25 inciso final.

86 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 7 párrafo 14; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 18 párrafo 20.

87 Convención Interamericana..., ob. cit., art. 25 inc. 1; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 7 párrafo 13; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 18 párrafo 19.

de la especialidad a los mecanismos de asistencia jurídica mutua⁸⁸ y el principio resalta la importancia del contenido del requerimiento de asistencia que incluye, como se dijo más arriba, información sobre la naturaleza de la investigación y el motivo o fin por el cual se pide la asistencia. De todas maneras, según establece Nassau, en caso de necesitarlo la parte requirente, puede solicitar autorización a la requerida para divulgar y utilizar de manera total o parcial la información o pruebas con propósitos diferentes a los especificados en el requerimiento original⁸⁹. En el caso de la Convención de Viena de 1988, si bien no contempla expresamente esa posibilidad, el documento de “Comentarios a la Convención de 1988” sugiere la posibilidad de que la retransmisión de información sea posible con el consentimiento previo de la parte requerida⁹⁰. Para terminar, en relación al uso de la información o las pruebas, la Convención de Palermo aclara que los límites antes enunciados no impiden que el Estado Parte requirente revele en sus actuaciones, información o pruebas que sean exculpatorias de la persona acusada. Dispone que en este caso el Estado Requirente notifique al requerido antes de revelar la información y que en casos excepcionales, cuando no sea posible la notificación con anterioridad, debe informar con posterioridad y sin demora al Estado requerido⁹¹.

Finalmente, para concluir la revisión de las disposiciones relacionadas con la ejecución de los requerimientos, corresponde revisar las estipulaciones referentes a la *posibilidad de diferir un requerimiento o de denegar derechamente la asistencia pedida*. En cuanto a la posibilidad de postergar o diferir la ejecución de un requerimiento, Convención de 1988 y la de Palermo son más exigentes que Nassau. Esta última convención establece la posibilidad que el Estado requerido pueda postergar la ejecución cuando sea necesario continuar una investigación o procedimiento en su territorio, siempre con explicación de causa⁹². En cambio, la Convención de 1988 y la de Palermo condicionan la posibilidad de diferir, a que la ejecución del requerimiento pueda *perturbar* el curso de una investigación, proceso o actuación en curso: es decir, no basta con que simplemente haya un proceso en marcha. Adicionalmente, ambas convenciones (Viena y UNTOC) agregan que, en caso de necesitar diferir para cuidar la consecución de un proceso, la parte requerida debe consultar a la requirente para determinar si es posible prestar la asistencia en la forma y condiciones que estime necesarias⁹³. En definitiva, la posibilidad de retardar la

88 BOISTER, ob. cit., p. 321.

89 Convención Interamericana..., ob. cit., art. 25 inc. 2.

90 Naciones Unidas, Comentarios a la Convención..., ob. cit., p. 157.

91 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 18 párrafo 19.

92 Convención Interamericana..., ob. cit., art. 11.

93 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 7 párrafo 17; Convención de las Naciones Unidas

ejecución de un requerimiento es mucho más expedita en aquellos que son tramitados al amparo de Nassau, en contraste con la Convención de Viena de 1988 y de Palermo que buscan precisamente lo contrario: limitar o dificultar las posibilidades de postergación.

Un patrón similar se observa en el caso de las causales de denegación. En términos generales, la mayoría de las causales de denegación de la asistencia legal han sido extrapoladas desde el procedimiento de extradición a los tratados de asistencia, pero las “convenciones para la supresión” han intentado limitarlas en sus textos⁹⁴. Un ejemplo claro de esto es la circunstancia establecida en el artículo 3 párrafo 10 de la Convención de Viena de 1988, que establece que a los fines de la cooperación entre las Partes que prevé la convención (en particular en relación al decomiso, la extradición, la asistencia legal y otras formas de cooperación), los delitos tipificados conforme al mismo artículo 3 no se considerarán como fiscales, políticos ni políticamente motivados (sin perjuicio de las limitaciones constitucionales y del derecho interno de las Partes)⁹⁵. El objetivo de este párrafo es precisamente excluir posibles causas de denegación que se encuentran en algunos tratados de asistencia judicial⁹⁶, como es el caso del artículo 9 letra e) de la Convención de Nassau, disposición que se revisará a continuación.

El artículo 9 de la Convención de Nassau enuncia seis posibles causales de denegación que puede argüir el Estado requerido ante la petición del requirente: que la solicitud se vincula a un proceso que implique vulnerar el principio de *ne bis in idem* en el país requirente o requerido; la investigación ha sido iniciada con el objeto de procesar, castigar o discriminar a una persona o grupo de personas por razones tales como su sexo, raza o religión; en caso de delito político o conexo con un delito político o delito común perseguido por una razón política; la solicitud ha emanado de una petición de un tribunal de excepción o ad hoc; cuando se afecta su orden público, soberanía, seguridad o los intereses públicos fundamentales, y cuando la solicitud se refiere a un delito tributario⁹⁷.

La Convención de Viena de 1988 en su artículo 7 párrafo 15 y la de Palermo en su artículo 18 párrafo 21 contienen, entre sí, exactamente las mismas cuatro causales de denegación. En términos generales son bastante diferentes a las de Nassau, aunque ambas coinciden en la causal relacionada con la protección de la soberanía, seguridad, orden público u otros intereses fundamentales del Estado requerido⁹⁸. A esta causal se suma,

contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 18 párrafos 25 y 26.

94 BOISTER, ob. cit., p. 319.

95 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 3 párrafo 10.

96 Naciones Unidas, Comentarios a la Convención..., p. 158.

97 Convención Interamericana..., ob. cit., art. 9.

98 Convención Interamericana..., ob. cit., art. 9 letra c); Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit.,

en el caso de Viena y la UNOTC, la posibilidad de denegar cuando la solicitud no cumpla con los requisitos que el artículo 7 de Viena y el 18 de Palermo establecen (es decir, los artículos regulan la asistencia jurídica internacional); también la posibilidad de que el derecho interno del Estado requerido prohíba a sus autoridades actuar en la forma solicitada respecto de un delito análogo y, por último, es posible denegar una asistencia jurídica cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento judicial del Estado requerido. Estas convenciones también agregan como elemento a la denegación la necesidad de que el Estado requerido fundamente su decisión como buena práctica⁹⁹.

Como límites a las posibilidades de denegación de un Estado requerido, tanto Palermo como Viena consignan que las Partes no pueden invocar el secreto bancario para negarse a prestar asistencia judicial recíproca¹⁰⁰. Nassau no contiene estipulación al respecto. Esta es una disposición relevante en casos de delitos graves, incluyendo el tráfico ilícito de drogas, en los cuales el seguimiento de los activos de los sospechosos o productos del delito puede resultar muy relevante en el marco de la investigación, y para lo cual probablemente será necesario acceder a su información bancaria.

Por último, en relación a la doble incriminación (situación que se genera cuando una misma conducta es delito en el país requerido y en el país requirente), Nassau establece que no es un requisito para que la asistencia se provea. Sin embargo, cuando la asistencia solicitada implica una diligencia intrusiva como el embargo y secuestro de bienes o las inspecciones e incautaciones, el Estado requerido puede elegir no prestar la asistencia si el hecho que motiva el requerimiento no es punible según su legislación¹⁰¹. La tendencia en las “convenciones para la supresión” es, sin embargo, que la doble incriminación no sea requisito para ejecutar una solicitud¹⁰². En efecto, la situación no es regulada por la Convención de 1988, con lo cual no es un requisito ni una causal de denegación. La Convención de Palermo, por su parte, optó por establecer que la parte requerida puede negarse a prestar asistencia arguyendo ausencia de doble incriminación¹⁰³. De tal manera, por ser una situación facultativa, a pesar de dicha ausencia puede optar por prestar la asistencia de todas maneras en un caso determinado.

art. 7 párrafo 15 letra b); Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 18 párrafo 21 letra b).

99 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 7 párrafo 16; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 18 párrafo 23.

100 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 7 párrafo 5; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 18 párrafo 8.

101 Convención Interamericana..., ob. cit., art. 5.

102 BOISTER, ob. cit., p. 319.

103 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 18 párrafo 9.

c) Medidas o fines de los requerimientos de asistencia: tipos de asistencia mutua

Habiendo revisado las disposiciones relacionadas con la preparación y ejecución de un requerimiento, corresponde analizar las posibilidades de asistencia que las convenciones en estudio contemplan. En otras palabras, las medidas, fines o tipos de diligencias o solicitudes que pueden ser planteadas en su marco.

El enfoque que las tres convenciones recogen, en este aspecto, es el de *permitir o promover una asistencia amplia*, enunciando distintos tipos de medidas de manera no taxativa. En efecto, Nassau enuncia en su artículo 7 distintos tipos de asistencias. Algunas suponen gestiones destinadas a recabar evidencia en la investigación de un crimen, como por ejemplo, la recepción de testimonios o declaraciones de personas, o la notificación de testigos y peritos a fin de que rindan testimonio¹⁰⁴. Otras están más vinculadas al aseguramiento de bienes, productos o ganancias de un crimen, como es la asistencia para practicar embargo o secuestro de bienes; inmovilizar activos, o efectuar inspecciones o incautaciones¹⁰⁵. Termina el artículo 7 en su letra j) con una cláusula abierta, declarando que las Partes pueden acordar cualquier otro acto de común acuerdo¹⁰⁶.

En cuanto al segundo tipo de medidas contempladas en el art. 7, es decir, aquellas vinculadas con el aseguramiento de bienes, el artículo 13 de Nassau entrega al Estado requerido la facultad de evaluar a través de su autoridad competente, y conforme a su ley procesal y sustantiva, si la solicitud en virtud de la cual se pide una medida de registro, embargo, secuestro y entrega de cualquier objeto, contiene o no información que justifique la medida requerida¹⁰⁷. Adicionalmente, “...el Estado requerido determinará según su ley cualquier requerimiento necesario para proteger los intereses de terceros sobre los objetos que hayan de ser trasladados”¹⁰⁸.

La Convención de 1988, por su parte, es muy clara y contundente en cuanto al enfoque amplio ya mencionado. Establece en su artículo 7 párrafo 1: “Las Partes se prestarán, al tenor de lo dispuesto en el presente artículo, la más amplia asistencia judicial recíproca en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3”¹⁰⁹. Según establece el texto de “Comentarios a la

104 Convención Interamericana..., ob. cit., art. 7 letras a) y b).

105 *Ibid.*, ob. cit., art. 7 letras d) y e).

106 *Ibid.*, ob. cit., art. 7 letra j).

107 *Ibid.*, ob. cit., art. 13 inc. 1.

108 *Ibid.*, ob. cit., art. 13 inc. 2.

109 La asistencia que se solicita en virtud del art. 7 de la Convención de 1988 solo puede invocarse respecto de los delitos establecidos en el párrafo 1 del art. 3. Esto implica la imposibilidad de solicitar asistencia respecto de los delitos de posesión, adquisición o cultivo para el consumo personal establecidos en el párrafo 2 del mismo artículo.

Convención de 1988” de Naciones Unidas, la inclusión de la frase “la más amplia asistencia judicial recíproca” tiene por objeto alentar a las partes a interpretar de manera amplia y no técnica el alcance de la asistencia, de tal manera de incluir formas que no estén mencionadas expresamente en los siguientes párrafos de la misma convención¹¹⁰. Luego, el artículo 7 párrafo 3 reafirma el enfoque amplio de cooperación, estableciendo que las partes se pueden prestar formas distintas de asistencia cuando el derecho de la parte requerida lo permita. Esto puede ser leído en conjunto con el artículo 9 de la convención que establece que las partes deben tomar medidas para organizar otro tipo de formas de cooperación en base a acuerdos bilaterales o multilaterales complementarios¹¹¹. En cuanto a los fines de la asistencia o tipos que se pueden pedir en virtud de la Convención de 1988, el artículo 7 párrafo 2 establece, entre otros: el recibir o tomar declaraciones a personas; presentar documentos judiciales; efectuar inspecciones o incautaciones e identificar o detectar el producto, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios¹¹².

Finalmente, la Convención de Palermo sigue a ambas convenciones en cuanto al enfoque amplio, sin embargo, agrega un nuevo elemento que es coherente con uno de sus aspectos fundamentales, cual es, criminalizar el accionar de personas jurídicas involucradas en los delitos base que contempla. Gracias a este elemento, Palermo extiende más aún las posibilidades de asistencia en comparación a Nassau y Viena. Esto está contemplado en el artículo 18 párrafo 2: *“Se prestará asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible conforme a las leyes, tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado Parte requerido con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de conformidad con el artículo 10 de la presente Convención en el Estado Parte requirente”*.

Luego, la misma convención enuncia de manera no taxativa en su artículo 18 párrafo 3, las medidas que pueden solicitarse en su marco, enumeración que es prácticamente igual a la Convención de 1988 incluyendo la posibilidad de realizar embargos preventivos como complemento a la posibilidad de efectuar inspecciones e incautaciones¹¹³.

Dos otras innovaciones importantes propone Palermo, fuera del párrafo 3 pero aún dentro del artículo 18 referente a asistencia jurídica internacional. La primera, es la posibilidad de que un Estado Parte pueda, sin necesidad de solicitud previa, *“transmitir información relativa a cuestiones penales a una autoridad competente de otro Estado Parte si*

¹¹⁰ Naciones Unidas, Comentarios a la Convención..., ob. cit., p. 145.

¹¹¹ *Ibid.*, ob. cit., p. 149.

¹¹² Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 7, párrafo 2.

¹¹³ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 18 párrafo 3 letra c).

creen que esa información podría ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito indagaciones y procesos penales o podría dar lugar a una petición formulada por este último Estado Parte con arreglo a la presente Convención”¹¹⁴. Esta es la denominada “transmisión espontánea de información”, una útil herramienta de cooperación internacional que permite a un Estado presentar voluntariamente a otro información relevante asociada a hechos que puedan revertir caracteres de delito en otro Estado, para que este segundo Estado inicie una investigación o pueda incorporarla a una investigación en curso. La segunda innovación está contemplada en el párrafo 18 del artículo en cuestión, que introduce la *modalidad de la videoconferencia en la práctica de una declaración de un testigo o perito*¹¹⁵. El párrafo citado establece que esto es posible cuando la modalidad sea compatible con los principios de derecho interno del Estado requerido y la persona en cuestión se encuentre en su territorio y no sea posible o conveniente que comparezca personalmente a la audiencia de toma de su declaración en el territorio del Estado requirente. Las ventajas de esta modalidad son claras. Permite, entre otros elementos, una comunicación más fluida y expedita entre autoridades, una mayor celeridad en la ejecución de la diligencia y una reducción de costos en comparación a lo que implica el traslado de personas¹¹⁶.

Esta es una innovación importante de la Convención de Palermo en comparación a Nassau y a la Convención de Viena de 1988. Nassau regula en efecto la posibilidad de prestar testimonio en el Estado requerido y requirente. Respecto del primero, determina que cualquier persona puede ser citada a comparecer ante una autoridad competente para prestar testimonio en territorio del requerido¹¹⁷. Respecto del segundo caso, establece que el Estado requirente puede solicitar la comparecencia de una persona en su territorio para prestar testimonio o rendir informe: esto debe ser aceptado voluntariamente por el sujeto requerido e implicará, por cierto, su traslado al Estado requirente¹¹⁸. El artículo 22 regula dicho traslado estableciendo un salvoconducto que debe otorgar el Estado requerido con una serie de condiciones que pretenden proteger al testigo o perito. La Convención de Viena establece una regulación similar en su artículo 7 párrafo 18.

¹¹⁴ *Ibid.*, ob. cit., art. 18 párrafos 4 y 5.

¹¹⁵ *Ibid.*, ob. cit., art. 18 párrafo 18.

¹¹⁶ En Chile, el Código Procesal Penal en su artículo 192, establece expresamente el uso de la videoconferencia internacional en caso de prueba testimonial en el extranjero. El artículo 329 del mismo cuerpo normativo, la establece en cuanto a la declaración de testigos y peritos en el juicio oral. La Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones (UCIEX) del Ministerio Público de Chile es la Unidad encargada de apoyar en la coordinación y realización de las videoconferencias internacionales.

¹¹⁷ Convención Interamericana..., ob. cit., art. 18.

¹¹⁸ *Ibid.*, ob. cit., art. 19.

Ahora bien, sin perjuicio de no contemplar la videoconferencia como modalidad para declaraciones, la amplitud de las normas de asistencia legal de Nassau y de la Convención de 1988 permitirían a los Estados vinculados por una asistencia determinada, aceptar la utilización de la videoconferencia para la toma de declaración de testigos o peritos, con lo cual, el Estado requirente puede beneficiarse de las ventajas que presenta el uso de las nuevas tecnologías aplicadas al proceso penal.

Otras formas de cooperación internacional

Para concluir este apartado dedicado a la revisión de los tipos de asistencia que permiten las convenciones en estudio, y para efectos de lograr una revisión integral de las posibilidades que otorgan, es adecuado resaltar aquellos mecanismos que están contemplados en la Convención de Viena de 1988 y de Palermo, pero que se encuentran fuera de sus artículos titulados “asistencia jurídica internacional” (es decir, fuera del artículo 7 de Viena y 18 de Palermo).

Las disposiciones que se revisarán a continuación no tienen un símil en la Convención de Nassau¹¹⁹. Esto expresa una diferenciación implícita entre mecanismos de asistencia mutua que pueden categorizarse como “tradicionales” (aquellos contenidos en la Convención de Nassau y en los apartados de “asistencia jurídica internacional” de las convenciones para la supresión) de otros que no lo son. El documento de “Comentarios a la Convención de 1988” explica esta situación en su caso, sosteniendo que la convención tiene varios artículos que tratan de la cooperación internacional. En ese marco, *“el artículo 7 se refiere a la participación de autoridades designadas especialmente en la tramitación y recepción de peticiones relativas a la aplicación de medidas relacionadas con delitos penales específicos y que, por lo menos en algunos Estados partes, podrían requerir participación de personal judicial”*¹²⁰. Se refiere con ello a la cooperación que se genera entre las autoridades centrales y que es tradicionalmente entendida como parte de la asistencia jurídica internacional. En cambio, el documento continúa, su artículo 9 “Otras formas de cooperación y capacitación” incluye distintos tipos de asistencia operacional entre organismos pertinentes de cada Estado, que puede incluir asistencia en investigaciones o cooperación de carácter más general. El objetivo del artículo 9 fue permitir posibilidades de cooperación para distintos organismos, jurídicos o administrativos, vinculados a diferentes aspectos de la prevención y el control del crimen¹²¹.

119 Tampoco se encuentran reguladas en el “Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile”.

120 Naciones Unidas, Comentarios a la Convención..., ob. cit., p. 176.

121 Ídem.

Los tipos de cooperación que la Convención de 1988 recoge en sus artículos 9 y 10 son en efecto variados y amplios. Antes de revisar aquellos vinculados a la recuperación de activos y aquellos de carácter más operativo, es adecuado destacar aquellos vinculados a *otros tipos de cooperación, que incluye también posibilidades de asistencia técnica*. Así, el artículo 9 de la Convención de 1988 determina en su primer párrafo, que las Partes colaborarán con miras a aumentar la eficacia de las medidas de detección y represión orientadas a suprimir la comisión de los delitos tipificados. Para ello, la norma enuncia varias acciones, como por ejemplo, establecer y mantener canales de comunicación entre sus organismos competentes a fin de facilitar el intercambio de información, o cooperar en la realización de indagaciones. Se complementa con un segundo párrafo que alienta a las partes a establecer programas de capacitación en distintos aspectos vinculados a los delitos de la convención y cierra, el párrafo 3, estableciendo la necesidad de que las Partes se presten asistencia en la planificación y ejecución de programas de investigación y capacitación enfocados en intercambiar conocimiento¹²².

Luego, el artículo 10 de la Convención de 1988 es más específico en su enfoque pues trata distintas opciones de “Cooperación internacional y asistencia a los Estados de Tránsito”¹²³. Este artículo establece la posibilidad que las Partes cooperen directamente o por conducto de organizaciones internacionales o regionales para prestar asistencia a Estados de tránsito pero especialmente a países en desarrollo. Las formas de asistencia pueden implicar el desarrollo de programas de cooperación técnica para impedir la entrada y el tránsito sustancias ilícitas¹²⁴; o proporcionar asistencia financiera para que puedan aumentar y fortalecer la infraestructura necesaria para la fiscalización y prevención del tráfico ilícito de drogas¹²⁵. En las negociaciones para redactar la convención se acordó incluir esta disposición, no presente en sus dos convenciones predecesoras, con el objetivo de fortalecer la eficacia de las disposiciones del instrumento, apoyando a los países que puedan disponer de menores recursos para la prevención y control del tráfico¹²⁶.

Como es de esperar, la Convención de Palermo sigue la línea de la Convención de Viena de 1988 en el sentido de contemplar, fuera de su artículo dedicado a la asistencia jurídica internacional (art. 18), una serie de disposiciones relacionadas con la cooperación penal internacional en términos generales. Su artículo 27 es de hecho muy similar en contenido al artículo 10 de la Convención de 1988. Sin embargo, agrega un elemento muy

122 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 9.

123 *Ibid.*, ob. cit., art. 1 letra u) define lo que es un “Estado de tránsito”.

124 *Ibid.*, ob. cit., art. 10, párrafo 1.

125 *Ibid.*, ob. cit., art. 10, párrafo 2.

126 Naciones Unidas, Comentarios a la Convención..., ob. cit., p. 189.

relevante en su párrafo 2, al establecer que las Partes pueden considerar celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales en materia de “...cooperación directa entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley”¹²⁷. Complementa diciendo que a falta de tales acuerdos, las Partes pueden considerar la convención como base para la cooperación en materia de cumplimiento de la ley para los delitos comprendidos en ella¹²⁸.

Esta innovadora y relevante disposición de Palermo alienta a que las Partes activen entre sí, mediante la firma de acuerdos¹²⁹ o en base a la misma convención, la cooperación directa (también denominada *interinstitucional*), entre las entidades encargadas de hacer cumplir la ley, cuestión que abarca por cierto a los Ministerios Públicos. Como se dijo en el apartado introductorio de este documento, la cooperación interinstitucional es una herramienta que convive y muchas veces complementa la asistencia jurídica mutua. En efecto, mediante la colaboración directa entre Ministerios Públicos, es posible apoyar el proceso de preparación y de ejecución de un requerimiento de asistencia internacional, sin perjuicio de que los Ministerios Públicos actúen o no como Autoridades Centrales en un determinado país (aunque en ese último caso es particularmente relevante). Adicionalmente, la cooperación interinstitucional puede, bajo ciertas circunstancias y para algunos fines, actuar como mecanismo de cooperación autónomo, siendo una herramienta eficaz para apoyar investigaciones¹³⁰.

Por último, como en el caso de la Convención de Drogas, los artículos 29 y 30 de Palermo contemplan, recogiendo de manera bastante comprehensiva, distintas medidas destinadas a promover la aplicación de la convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica de los Estados Partes. Para esto alienta a los Estados a cooperar entre sí pero también con las organizaciones internacionales con competencia en la prevención o el control del crimen¹³¹.

En cuanto a la *recuperación de activos* vinculados al delito, la Convención de Viena de 1988 marcó un relevante hito en el desarrollo del sistema de cooperación penal inter-

127 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 10.

128 Ídem.

129 Un ejemplo notable de un acuerdo firmado para dar marco a la cooperación directa o interinstitucional, es el “Acuerdo de Cooperación Interinstitucional de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos de AIAMP” que fue firmado en 2018, por 18 Fiscalías y Procuradurías de la región Iberoamericana, incluyendo la de Chile. Disponible en: <http://www.aiamp.info/index.php/grupos-de-trabajo-aiamp/cooperacion-juridica-internacional/documentos/acuerdo-coop-interinstitucional-entre-los-ministerios-publicos-y-fiscales-miembros-de-la-aiamp> [fecha de consulta: 15 de abril de 2021].

130 Grupo de Cooperación Penal Internacional AIAMP, “Guía de Uso del Acuerdo de Cooperación Interinstitucional entre los Ministerios Públicos y fiscalías Miembros de la AIAMP”, 2018, p. 6. Disponible en: <http://www.aiamp.info/index.php/grupos-de-trabajo-aiamp/cooperacion-juridica-internacional/documentos/guia-de-uso-del-acuerdo-de-cooperacion-interinstitucional-entre-los-ministerios-publicos-y-fiscales-miembros-de-la-aiamp> [fecha de consulta: 15 de abril de 2021].

131 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., arts. 29 y 30.

nacional, al regular de manera bastante comprehensiva el decomiso¹³². En su artículo 5, parte por promover que las Partes adopten las medidas necesarias para autorizarlo. Lo mismo establece respecto de la detección y embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos del delito, medidas cautelares, con miras a un eventual decomiso¹³³. El establecimiento a nivel nacional de regulación de este tipo de medidas era más necesario que hoy, debido a que en la década de 1980 (en que se negoció la convención), las prácticas cautelares de bienes asociados al delito para su posterior recuperación, no estaban asentadas a nivel global¹³⁴. El párrafo 4 regula de manera integral el procedimiento que debe seguir una Parte a la cual se le ha solicitado practicar un decomiso por encontrarse el producto, los bienes o instrumentos en su territorio¹³⁵. Dispone que se apliquen al procedimiento de cooperación para fines de decomiso las reglas de tramitación y ejecución de los requerimientos de asistencia legal del artículo 7, lo cual es interesante pues si bien la convención introduce una nueva medida de asistencia, remite su tramitación y ejecución al procedimiento tradicional de asistencia jurídica internacional. La mencionada convención agrega además la posibilidad de que las Partes celebren acuerdos bilaterales y multilaterales para hacer más eficaz este tipo de cooperación¹³⁶. La Convención de Palermo, por su parte, regula el decomiso y la incautación en su artículo 12 y la cooperación internacional para fines de decomiso en su artículo 13, en términos bastante similares a la Convención de 1988.

Ahora bien, en relación a las *medidas de cooperación operativa u operacional*, los mecanismos que contempla la Convención de 1988 y la de Palermo son especialmente relevantes para la investigación y persecución de delitos graves y transnacionales como son aquellos que contemplan expresamente. En efecto, la Convención de 1988 fue la primera en introducir a nivel del derecho criminal transnacional, la posibilidad de que los Estados puedan realizar investigaciones conjuntas y también de llevar a efecto entregas controladas o vigiladas¹³⁷.

La regulación de la posibilidad de crear *Equipos Conjuntos de Investigación (ECI)* en la Convención de 1988 es sucinta. Su artículo 9 letra c) permite a las Partes, cuando sea oportuno y no vaya en contra de su leyes internas, crear equipos conjuntos conside-

¹³² El decomiso es definido en el art. 1 letra f) de la Convención de 1988: “Por “decomiso” se entiende la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente”.

¹³³ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 5, párrafo 2.

¹³⁴ BOISTER, ob. cit., p. 334.

¹³⁵ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 7, párrafo 4, letra d).

¹³⁶ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 5, párrafo 4, letra g).

¹³⁷ ÁLVAREZ COZZI, ob. cit., p. 85.

rando la necesidad de proteger la seguridad de las personas y de las operaciones, para dar efecto a lo dispuesto en el párrafo¹³⁸: es decir, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de detección y represión de los delitos contemplados en el párrafo 1 del artículo 3 del mismo cuerpo legal¹³⁹. La Convención de Palermo recoge lo dispuesto por la Convención de 1988, lo complementa y le da operatividad, pues su artículo 19 establece que los Estados Parte pueden considerar celebrar acuerdos en virtud de los cuales las autoridades competentes establezcan órganos mixtos de investigación. Dichos acuerdos, según dispone el mismo artículo, pueden ser generales (aplicables a cualquier investigación respecto de la cual pueda formarse un ECI), o celebrarse caso a caso. En cualquier situación, según establece el inciso final del artículo 19, los Estados Partes deben velar por el respeto de la soberanía del Estado en cuyo territorio se efectúe la investigación¹⁴⁰. Los Equipos Conjuntos de Investigación pueden ser definidos como *“una herramienta de cooperación internacional basada en un acuerdo entre las autoridades competentes -tanto judiciales (jueces, fiscales, jueces de instrucción...) como policiales- de dos o más Estados miembros, creado por un tiempo limitado y con un objetivo específico, para llevar a cabo investigaciones penales en uno o más de los Estados miembros de que se trate”*¹⁴¹. Las ventajas de la formación de un ECI son variadas¹⁴², sin embargo, en relación a la eficacia a la cual hace referencia la Convención de 1988, es relevante destacar que, una vez acordado el marco de operación de un ECI, las autoridades competentes por él vinculadas, podrán realizar un intercambio directo de información y pruebas y cooperar en tiempo real¹⁴³. Esto genera una cooperación más eficiente y rápida en comparación a las posibilidades y dinámicas propias de tramitación y ejecución de los requerimientos de asistencia internacional ya vistas¹⁴⁴. Siguiendo el procedimiento tradicional, sería necesaria la remisión y tramitación de uno o varios requerimientos para llevar a efecto las medidas que permitan acceder a información o pruebas para luego incorporarlas a una determi-

138 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, ob. cit., art. 9, párrafo, 1 letra c).

139 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, ob. cit., art. 9, párrafo 1.

140 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 19.

141 JITs Network, Guía práctica de los equipos conjuntos de investigación [en línea]. Bruselas, Bélgica, Consejo de la Unión Europea, 2017, p. 4. Disponible en: <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Partners/JITs/JIT-GUIDE-2017-ES.pdf> [fecha de consulta: 25 de abril de 2021].

142 Ver: SEGOVIA, Antonio. “Los equipos conjuntos de investigación como herramienta de cooperación internacional.” En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 72, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2018, págs. 74 – 77.

143 JITs Network, ob. cit., p. 4.

144 En un caso de tráfico ilícito de drogas que vincule a Chile con otro país signatario del Convenio de Estrasburgo y sus dos Protocolos, también podría usarse como base jurídica para la formación de un Equipo Conjunto de Investigación, el Segundo Protocolo Adicional a la Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal (art. 20).

nada investigación. En cambio, la formación de un ECI permite, en el marco de un solo acuerdo de constitución, el intercambio de múltiples pruebas e información que puede ser incorporada posteriormente a la investigación y/o al proceso judicial.

Adicionalmente, como ya se precisó, la Convención de 1988 introdujo a nivel global la *técnica especial de investigación denominada “entrega vigilada”*¹⁴⁵, ampliando con ello el uso de esta técnica que fue primeramente utilizada por las autoridades competentes de Estados Unidos quienes influyeron luego en sus pares europeos¹⁴⁶. En este caso, en contraposición a la regulación de los ECI, la Convención de Viena de 1988 entrega más detalles. El artículo 11, parte en su primer párrafo por determinar que la técnica de la entrega vigilada puede ser utilizada a nivel internacional, si los principios fundamentales de los respectivos ordenamientos jurídicos de las Partes lo permiten. Esta técnica debe ser utilizada conforme a acuerdos o arreglos que convengan mutuamente y con el fin de descubrir a las personas implicadas en los delitos tipificados en el párrafo 1 del artículo 3 de la convención¹⁴⁷. El segundo párrafo del artículo 11, determina que las decisiones de recurrir a la técnica en cuestión se adoptarán caso a caso y luego, su párrafo 3 regula las posibilidades respecto de las remesas ilícitas que sean objeto de la entrega vigilada¹⁴⁸.

Palermo, por su parte, expande las posibilidades de técnicas especiales de investigación¹⁴⁹ en relación a la Convención de 1988, dedicando el artículo 20 a su regulación. En su párrafo 1, contiene por cierto la entrega vigilada pero también enuncia, como “otras técnicas especiales” (de manera no taxativa), la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas. La UNTOC condiciona la utilización de dichas técnicas especiales a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno de cada Parte y a las posibilidades de adoptar las medidas necesarias para realizar las técnicas de manera adecuada¹⁵⁰. Luego, los párrafos 2 y 3, del mencionado artículo 20, siguiendo la línea operacional que Palermo imprimió a Viena en cuanto a los ECI, alienta a las Partes a que celebren acuerdos bilaterales o multilaterales para utilizar las técnicas especiales de investigación. Estos pueden ser celebrados para avanzar cualquier investigación (párrafo 2) o para cada caso en particular (párrafo 3)¹⁵¹. El artículo cierra precisando que, además

¹⁴⁵ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 1, párrafo 1, inciso g) define “entrega controlada”.

¹⁴⁶ BOISTER, ob. cit., p. 293.

¹⁴⁷ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 11, párrafo 1.

¹⁴⁸ *Ibid.*, ob. cit., art. 11, párrafos 2 y 3.

¹⁴⁹ En Chile la Ley 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, regula en sus disposiciones: las entregas vigiladas o controladas (art. 23); medidas restrictivas de comunicaciones e interceptación (art. 24), y el agente encubierto, agente revelador e informante (art. 25).

¹⁵⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 20 párrafo 1.

¹⁵¹ *Ibid.*, ob. cit., art. 20, párrafos 2 y 3.

de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional, los Estados Parte interesados “... pueden incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente”¹⁵².

IV. ARTICULACIÓN DE LAS CONVENCIONES EN ESTUDIO

El extenso análisis desarrollado en el apartado anterior permitió apreciar las conexiones, similitudes y diferencias que contienen las disposiciones de las tres convenciones objeto de este estudio, en materia de asistencia jurídica internacional. En este apartado se analizará la posibilidad de utilizar una o más de la convenciones en estudio como fundamento de un requerimiento internacional. Es decir, la eventual articulación que se puede dar entre ellas.

Respecto de la primera situación, es decir, utilizar solo una de las convenciones, Nassau ofrece una regulación integral y detallada de asistencia jurídica mutua, y otorga la posibilidad de ser aplicada ante cualquier delito dada su vocación general. En otras palabras, en virtud de la Convención de Nassau, es posible cooperar para apoyar investigaciones de delitos que se comente en un solo país y de distinta gravedad, o crímenes de carácter transnacional y complejos, incluidos aquellos delitos base de la Convención de 1988 y de Palermo.

Ahora bien, los apartados anteriores fueron particularmente útiles para poder identificar los elementos que permiten responder una de las preguntas iniciales de este estudio: ¿qué aportan o agregan las “convenciones para la supresión” a los tratados de asistencia mutua en materia de asistencia jurídica? En otras palabras, qué aporta la Convención de Drogas de 1988 y la Convención de Palermo a lo regulado por la Convención de Nassau en materia de asistencia jurídica internacional. La respuesta a esta interrogante podría llevar a un practicante de la cooperación internacional a preferir la aplicación de Viena o Palermo en lugar de Nassau ante un caso que se refiera a alguno de los delitos de competencia de las “convenciones para la supresión” en estudio.

Lo primero a destacar, es el alcance global de las “convenciones para la supresión”. Nassau permite cooperar con cerca de 20 países mientras que Viena y Palermo permiten hacerlo con 190 o más. Puede darse el caso que el país requirente no tenga un tratado de asistencia bilateral o multilateral que lo vincule al país requerido. En tal situación, si ambos son Estados Parte de alguna o ambas de las convenciones de Naciones Unidas en estudio (cuestión altamente probable debido al elevado número de países signatarios de las mismas), estas podrán actuar como la base jurídica de la asistencia. En otras

¹⁵² Ibid., ob. cit., art. 20, párrafo 4.

palabras, ante la ausencia de un tratado bilateral o multilateral de asistencia jurídica, el artículo 7 de la Convención de 1988 y el 18 de Palermo cobran muchísima relevancia. Esta situación está contemplada en ambas convenciones de manera casi idéntica. El artículo 7 párrafo 7 de la Convención de 1988 establece que *“Los párrafos 8 a 19 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al mismo, siempre que no medie entre las Partes interesadas un tratado de asistencia judicial recíproca”*. En el caso de Palermo, el artículo 18 párrafo 7 dispone que *“Los párrafos 9 a 29 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al presente artículo siempre que no medie entre los Estados Parte interesados un tratado de asistencia judicial recíproca”*¹⁵³. Con esto, ambos tratados hacen referencia a la aplicación de sus propias disposiciones en materia de tramitación y ejecución de un requerimiento de asistencia internacional.

En segundo lugar, las “convenciones para la supresión” en estudio tienen como uno de sus principios el promover una cooperación internacional *eficaz*. Este es un principio al cual obedecen muchas de sus disposiciones relativas a la asistencia jurídica. Tal como se vio en el apartado anterior, tanto la Convención de 1988 como Palermo restringen o hacen más exigentes las posibilidades de diferir o denegar un requerimiento; otorgan mayor flexibilidad a la asistencia integrando elementos tales como la remisión de requerimientos vía INTERPOL o la posibilidad de plantear requerimientos de forma verbal. Palermo adicionalmente posibilita el envío de requerimientos por medios electrónicos y el uso de las videoconferencias para la toma de declaraciones de testigos y peritos, entre otros¹⁵⁴.

Adicionalmente, la Parte requirente puede encontrar particularmente útil las posibilidades que la Convención de 1988 y Palermo ofrecen en cuanto a la cautela de los bienes vinculados al delito y su recuperación; o a las opciones de cooperación operativa u operacional que contemplan. En el marco de algunas de las convenciones mencionadas la Parte requirente podría solicitar a otro Estado Parte la conformación de un Equipo Conjunto de Investigación o la coordinación de una entrega vigilada. Este tipo de asistencias o herramientas de cooperación no están presentes ni reguladas en Nassau y son de crucial relevancia para la persecución e investigación de delitos graves como pueden ser el tráfico ilícito de drogas, la corrupción, trata de personas o el tráfico ilícito de migrantes.

La segunda situación en análisis, es decir, la posibilidad de aplicar dos o más convenciones en conjunto hace retornar a dos de las preguntas iniciales de este trabajo: ¿cómo interactúan los distintos cuerpos normativos? ¿Son sus normas referentes a la asistencia

¹⁵³ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 7, párrafo 7; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 18, párrafo 7.

¹⁵⁴ Todos estos elementos fueron revisados en el apartado III de este texto, el cual contiene las referencias al articulado de las convenciones.

mutua complementarias? Para guiar su interacción con otros tratados y resolver posibles conflictos, los cuerpos normativos en estudio establecen disposiciones al respecto. La Convención de Nassau, en su artículo 36, establece: *“La presente Convención no se interpretará en el sentido de afectar o restringir las obligaciones en vigencia, según los términos de cualquier otra convención internacional, bilateral o multilateral que contenga o pueda contener cláusulas que rijan aspectos específicos de asistencia mutua en materia penal, en forma parcial o total, ni las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia”*. Con este texto, Nassau establece el respeto por otros tratados de tipo bilateral o multilateral que regulen aspectos específicos de la asistencia mutua. Recalca con ello su naturaleza de tratado que regula de manera integral el tipo de cooperación en estudio. También es destacable el valor que la convención Interamericana otorga a la práctica de los Estados. En efecto, la asistencia penal internacional, si bien está regulada por normas internacionales y en el caso de algunos países también por normas nacionales, se desarrolla, muta y evoluciona según la práctica de los Estados.

Por su parte, la Convención de Viena de 1988 y la Convención de Palermo regulan, dentro de su articulado dedicado a la asistencia jurídica internacional, su interacción con otros tratados en la materia y lo hacen de manera prácticamente idéntica. El artículo 7 párrafo 6 de Viena y el artículo 18 párrafo 6 de Palermo, establecen: *“Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las obligaciones dimanantes de otros tratados bilaterales o multilaterales vigentes o futuros que rijan, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca”*¹⁵⁵. Con esto las convenciones establecen expresamente que las disposiciones de otros tratados de asistencia jurídica no se ven afectadas por su contenido. Esto no implica que le otorguen a esos tratados prioridad general sobre sí mismas, sino que, en caso de que esos “otros tratados” contengan disposiciones que sean más convenientes o que otorguen posibilidades de asistencia superior, prevalecerán sobre las disposiciones de las convenciones. Por el contrario, cuando la Convención de Viena de 1988 y/o la de Palermo contienen disposiciones que se consideren superiores, deberán prevalecer sobre las contenidas en otros tratados de asistencia jurídica¹⁵⁶. Luego, ambos cuerpos normativos complementan lo dicho estableciendo que, cuando los Estados Partes estén vinculados por un tratado de asistencia jurídica, se aplicarán las disposiciones correspondientes de dicho tratado, a menos que las Partes convengan en aplicar en su lugar sus disposiciones al respecto¹⁵⁷. Palermo complementa lo dicho instando a los Estados Partes que apliquen

155 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 7, párrafo 6; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 18, párrafo 6.

156 Naciones Unidas, Comentarios a la Convención..., ob. cit., p. 150.

157 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito..., ob. cit., art. 7, párrafo 7 inc. 2; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., art. 18, párrafo 7 inc. 2.

sus párrafos referidos a la asistencia jurídica si facilitan la cooperación.

El principio por el cual se busca la aplicación de las disposiciones más convenientes para la cooperación, otorga una responsabilidad importante a los practicantes de la asistencia mutua (o de la cooperación penal internacional en general), pues son quienes deben definir ante un caso en particular qué disposiciones resultan más adecuadas y beneficiosas para el caso en concreto. En ese sentido, Joutsen propone que ante un caso determinado en que más de un tratado sea aplicable *“Los practicantes deben examinar los acuerdos e identificar qué disposiciones de cada uno pueden, combinadas, resultar en el más alto nivel posible de asistencia mutua”*¹⁵⁸. Considerando las disposiciones ya revisadas, sumadas a la posibilidad que establece este pragmático principio de actuación, puede resultar conveniente usar como fundamento jurídico de un requerimiento de asistencia las disposiciones de más de una de las convenciones en estudio (por cierto, la posibilidad de usar solo una de ellas como marco jurídico subsiste).

V. CONCLUSIÓN

La asistencia jurídica internacional en materia penal, estatuto de cooperación que permite a los Estados prestarse auxilio mutuo en la reunión de pruebas y en la realización de diligencias, cuenta hoy en día con una amplia variedad de fuentes normativas que, en su diversidad, apuntan a buscar consensos y a la armonización de las diferencias que existen entre los sistemas de justicia criminal alrededor del mundo.

Observando lo anterior, y considerando que nuestro país es signatario de un número relevante de tratados de asistencia jurídica mutua, el objetivo que motivó este trabajo fue, en primer lugar, aportar a la comprensión de las disposiciones que regulan dicha asistencia, tomando como objeto de estudio aquellas contenidas en la Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 y la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional.

Al realizar el análisis de las disposiciones fue posible observar, entre otros puntos, cómo la asistencia jurídica internacional, que partió siendo regulada por tratados bilaterales y también multilaterales (pero de alcance más bien regional, como es el caso de Nassau), mutó a un tipo de cooperación de alcance global, gracias a la incorporación del deber de proveer asistencia mutua en las denominadas “convenciones para la supresión”. Si bien no existe hasta el día de hoy un tratado de asistencia mutua de alcance global que sea aplicable a cualquier delito, la regulación de dicha asistencia por parte de convenciones

¹⁵⁸ JOUTSEN, ob. cit., p. 380.

como la de Drogas de 1988 y la de Palermo, amplía el campo de posibilidades de cooperación para la persecución de los graves delitos que contemplan.

Adicionalmente, se analizó en detalle la vasta regulación de las etapas de preparación, tramitación y ejecución de requerimientos internacionales que contemplan las tres convenciones en estudio. En ese marco, se identificaron similitudes relevantes pero también importantes diferencias. Los elementos diferenciadores pueden resumirse sosteniendo que las “convenciones para la supresión” en estudio logran fortalecer la asistencia jurídica internacional que contienen tratados generales como es el caso de Nassau. Lo anterior, pues con su regulación amplían el alcance de la asistencia mutua y le imprimen mayor eficacia, flexibilidad y operatividad. La cooperación penal internacional en términos generales se ve también fortalecida con estos instrumentos que la promueven y regulan de manera comprehensiva.

Finalmente, y siendo también un objetivo de este trabajo, se observó cómo las convenciones en estudio permiten su interacción y articulación de manera complementaria, aunque queda abierta la posibilidad de usar solo una de ellas como fuente normativa de un requerimiento internacional. El rol de los expertos o practicantes de la asistencia jurídica internacional es crucial al momento de determinar dicha articulación, la cual debe estar enfocada en lograr el más alto nivel posible de cooperación y asistencia entre los países.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DERECHOS HUMANOS,
VIOLENCIA DE GÉNERO Y
DELITOS SEXUALES

DEL ELEMENTO CULTURAL A LA CULTURA DEL ABUSO: INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 13 Y 14 DE LA “LEY PASCUA” EN MATERIA DE DELITOS SEXUALES

Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional, dictada en causa Rol N° 8792-2020

Lorena Villagrán Salah¹

I. PLANTEAMIENTO DEL CASO

La madrugada del día 06 de octubre de 2019 parecía ser un día como cualquier otro, en la lejana Rapa Nui. Eran aproximadamente las 04:00 horas, cuando una mujer “continental”², voluntaria de un operativo dental desplegado en Isla de Pascua, caminaba por calle Hotu Matua, después de haber salido de la discoteque de nombre “Pikano”. En dicho escenario, fue abordada por un hombre de la etnia Rapa Nui, quien luego de tomarla por la fuerza, la trasladó a un terreno despoblado del sector, lugar en el cual le rasgó sus vestimentas y sin su consentimiento e inmovilizándola, procedió a penetrarla vaginalmente, para posteriormente abandonarla en aquel lugar, físicamente lesionada y emocionalmente perturbada.

El hecho anteriormente señalado fue objeto de investigación por parte de la Fiscalía

¹ Abogada Asistente, Fiscalía Local de Isla de Pascua, Ministerio Público.

² Palabra que utiliza la comunidad Rapa Nui, para referirse a una persona chilena, no perteneciente a la etnia.

local, en la causa RUC N° 1901075741-2, RIT 426-2019, del Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Isla de Pascua, en la cual y una vez concluida, se presentó la respectiva acusación, calificando el hecho anterior, como un delito de violación propia, previsto y sancionado en el artículo 361 N° 1 del Código Penal, en grado de desarrollo consumado, atribuyéndole al acusado participación en calidad de autor ejecutor. Asimismo, en la respectiva acusación, el ente persecutor, reconoció la circunstancia atenuante de responsabilidad penal, prevista en el artículo 11 N° 8 del Código Penal, esto es, aquella consistente en que si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga y ocultándose, el imputado se ha denunciado y confesado el delito. A su vez, en dicha presentación, se sostuvo la concurrencia de las circunstancias agravantes de responsabilidad penal dispuestas en el artículo 12 N° 1, 12 N° 12 y 12 N° 18 del Código Penal, esto es alevosía, ejecutar el delito de noche o en despoblado y ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por su sexo mereciere el ofendido, cuando no haya provocado el suceso, respectivamente.

Finalmente, el Ministerio Público solicitó respecto del acusado la pena de 15 años de presidio mayor en su grado medio, las accesorias especiales del artículo 370 bis y siguientes del Código Penal, las accesorias legales del artículo 27 del mismo cuerpo legal, además del registro de la huella genética del acusado y el comiso de las especies incautadas.

Fue así que con fecha 29 de mayo de 2020, se llevó a efecto la respectiva audiencia de preparación de juicio oral, instancia en la cual la Defensora Penal Pública del acusado expuso su teoría del caso, señalando que en la etapa procesal pertinente, solicitaría la aplicación de los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441, que creó el Departamento de Isla de Pascua³ (más conocida como la “Ley Pascua”), por ser el acusado un hombre perteneciente a la etnia rapanui y haberse cometido el ilícito en territorio insular, ofreciendo consecuentemente, como prueba documental, un certificado de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena⁴ (CONADI), el cual acreditaría, en relación al acusado, su calidad de indígena (rapanui). En este sentido, el Ministerio Público solicitó la exclusión de dicha prueba, argumentando que las disposiciones señaladas por la Defensa y respecto a un delito como el de la acusación, resultaban ser inconstitucionales, a la luz de lo estipulado en los tratados internacionales que regulan la violencia en contra de la Mujer, particularmente la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia

³ Chile, Ley N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua. Diario Oficial del 01 de marzo de 1966.

⁴ “La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, es el organismo encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional” (Ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, Diario Oficial del 05 de octubre de 1993, artículo 39).

Contra la Mujer (Convención de Belén Do Pará)⁵ y la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer, más conocida por sus siglas en inglés, como CEDAW⁶.

En virtud de lo anterior, y no obstante el Magistrado titular del Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Isla de Pascua, haber resuelto no dar lugar a la solicitud de exclusión de prueba planteada por del Ministerio Público, dictó un auto motivado, solicitando al Tribunal Constitucional pronunciamiento en torno a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441, que creo el Departamento de Isla de Pascua. Es así que en base a este caso, se comentará la sentencia del Tribunal Constitucional, dictada en causa Rol N° 8792-2020, que acogió el requerimiento deducido por el Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Isla de Pascua, declarando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículo 13 y 14 de la Ley N° 16.441, llamada comúnmente “Ley Pascua”, en materia de delitos sexuales.

II. LEY 16.441, QUE CREA EL DEPARTAMENTO DE ISLA DE PASCUA

La Isla de Pascua - Rapa Nui, está ubicada a 3700 kilómetros del continente, frente a las costas de Caldera y a cerca de 4000 kilómetros del archipiélago polinésico más cercano, abarcando una superficie de aproximadamente 165 kilómetros cuadrados⁷. Su característica principal es ser la isla más isla del mundo, toda vez que no existe una más rodeada de mar y alejada de otras tierras, ocupando una posición privilegiada en el Océano Pacífico.

El mundo occidental recién tuvo conocimiento de la existencia del pueblo Rapa Nui el 06 de abril del año 1722, cuando el holandés Jakob Roggveen descubrió la ínsula, en época de Pascua de Resurrección, lo que originó su denominación de origen⁸. Posteriormente se registraron expediciones, tales como la llevada a cabo por Inglaterra con su capitán James Cook, el 11 de marzo de 1774 y Francia, con Jean-François de la Pérouse, el 09 de abril del año 1786⁹.

5 La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia en contra de la Mujer (Convención de Belén do Pará), fue ratificada por el Estado de Chile el 24 de octubre de 1996.

6 La CEDAW fue ratificada por el Estado chileno el 7 de diciembre de 1989.

7 FORTUNE ZÚÑIGA, K.A. y ROMANIK FONCEA, K.A. *Isla de Pascua. Frontera Oceánica chilena* [en línea]. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Internacional, 2004. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107457/fortune_k.pdf?sequence=3&isAllowed=y [fecha de consulta: 10 de abril de 2021].

8 VERGARA, Víctor. *La Isla de Pascua. Dominación y dominio*. Primera edición facsimilar, Rapa Nui, Chile, Editorial Rapa Nui Press, 2009, p. 14.

9 *Ibidem*, págs. 20 y 21.

No obstante lo anterior, solo a partir del año 1870, algunos barcos chilenos comenzaron a realizar constantes visitas a la isla, entre ellas la corbeta chilena “O’Higgins”, mandada por el capitán de navío, don José Anacleto Goñi. En julio de 1886, la corveta “Abtao”, a cargo del Capitán Policarpo Toro¹⁰, entabló relación con las autoridades locales, en especial con el Ariki (Rey) de la época. Fue en ese contexto que casi dos décadas después, específicamente el 09 de septiembre de 1888, la Isla de Pascua se incorporó al territorio chileno, mediante un acuerdo de voluntades, celebrado entre el capitán Policarpo Toro (en representación del Estado de Chile) y el máximo representante de la isla, el Ariki Atamu Tekena¹¹, en virtud de la cual, los habitantes de la isla ceden al Gobierno de Chile la soberanía del territorio, pero reservándose los títulos de jefes locales y la propiedad de sus tierras.

Con posterioridad a este significativo evento, y luego de la convulsión generalizada que se vivió en Chile continental, producto de la Primera Guerra Civil, entre los años 1903 a 1953, casi la totalidad del territorio insular fue arrendado por el Estado Chileno a la denominada “Compañía Explotadora de Isla de Pascua”. Este período, que se extendió cerca de medio siglo¹², se caracterizó por la observancia de reiterados y significativos abusos en contra de los habitantes de la Isla. En este sentido, la Compañía Explotadora relegó al pueblo Rapa Nui al grado de inquilinos, instaurando los trabajos obligatorios de sol a sol. Los nativos fueron despojados de sus animales (vacas, ovejas y caballos), desalojados de sus tierras ancestrales y obligados a vivir en Hanga Roa¹³. Las plantaciones domésticas fueron incendiadas para tener que depender (los isleños), de los recursos de la hacienda y se les impidió el libre desplazamiento por el campo¹⁴.

Aquella tormentosa etapa, tuvo su fin en el año 1953, cuando el territorio insular pasó a depender exclusivamente de la Armada de Chile¹⁵, institución que se hizo cargo de los aspectos administrativos del territorio, siendo la única autoridad del Estado Chileno visible en la Isla. Trece años duró esta administración y, si bien es cierto, aquello significó un avance y mejoras en las condiciones de vida de los habitantes rapanui, en comparación al período de la administración de la Compañía Explotadora de Isla de Pascua, tales como mayor abastecimiento, por tanto aumento en los bienes disponibles, prestación de servicios médicos, establecimiento de un sistema de flete gratuito para los isleños,

¹⁰ Ibídem, págs. 26 y 27.

¹¹ FOERSTER, R. y MORENO PAKARATI, C. *More Manava*. Segunda Edición, Rapa Nui, Editorial Rapa Nui Press, 2017, p. 99.

¹² Ibídem, p. 104.

¹³ Hanga Roa (que en rapanui significa “bahía larga”) es la principal ciudad, puerto y la capital de la provincia de Isla de Pascua.

¹⁴ FOERSTER, R. y MORENO PAKARATI, C., ob. cit., p. 100.

¹⁵ FOERSTER, R. y MORENO PAKARATI, C., ob. cit., p. 128.

provisión de luz eléctrica y en el último período, de agua potable, educación primaria hasta sexto básico, entre otras, no fue un período exento de abusos y arbitrariedades, cometiéndose en la isla diversos actos de injusticia. Es así, que se mantuvo la restricción al libre desplazamiento de sus habitantes por el territorio, como también, los denominados “lunes fiscales”, práctica consistente en trabajar gratuitamente para el fisco -un día a la semana-, se mantuvo el toque de queda para la población indígena y nula posibilidad de elegir democráticamente a sus representantes, ya que estos eran impuestos por el subdelegado marítimo de la época, no existiendo el derecho a sufragio¹⁶.

Lo anterior originó tensión y malestar en los habitantes rapanui, que concluyó con el movimiento revolucionario, liderado por el profesor Alfonso Rapu Haoa, apoyado enérgicamente por las mujeres isleñas de la época¹⁷, quienes canalizaron las demandas del pueblo, exigiendo los mismos derechos que tenían el resto de los chilenos y chilenas, organizando de esta manera una elección de Alcalde, al margen de la ley¹⁸.

Fue entonces que, luego de una sistemática y efectiva presión del pueblo rapanui, el Gobierno de Eduardo Frei Montalva decidió abordar la situación de la Isla de Pascua y acordar una pronta solución al problema. Finalmente, y tras largas discusiones parlamentarias, con fecha 01 de marzo de 1966, se publicó la Ley N°16.441, conocida comúnmente bajo el nombre de “Ley Pascua”¹⁹.

Esta ley creó el Departamento de Isla de Pascua en la Provincia de Valparaíso, el que comprende los territorios de las Islas de Pascua y Sala y Gómez; así también creó oficialmente la Municipalidad de Isla de Pascua y el Juzgado de Letras de Mayor Cuantía; permitió la designación de un Alcalde; instituyó el derecho a sufragio para los ciudadanos de la ínsula, instaurándose, para dicha finalidad, una junta inscriptora electoral; se abrió una oficina del Registro Civil para que los habitantes de la isla regularizaran su situación; estableció absoluta exención tributaria para sus habitantes y reconoció su derecho a la propiedad de la tierra, todas medidas tendientes a incorporar, de manera efectiva, el pueblo rapanui al Estado Chileno, otorgándoles un régimen administrativo y judicial de carácter especial.

16 FOERSTER, R. y MORENO PAKARATI, C., ob. cit., págs. 144-146.

17 FOERSTER, R. y MORENO PAKARATI, C., ob. cit., págs. 136-138.

18 FOERSTER, R. y MORENO PAKARATI, C., ob. cit., p. 128.

19 Ídem.

III. ARTÍCULOS 13 Y 14 DE LA LEY 16.441, LEY PASCUA

Uno de los aspectos sustanciales que aborda la Ley Pascua, dice relación con el sistema de administración de justicia, los que se encuentran regulados en los artículos 13 y 14 del referido cuerpo normativo. Ambas disposiciones, en términos generales, otorgan un privilegio en materia penal, que implica un doble aspecto: uno que dice relación con la determinación de la pena y otro consistente en la modalidad de cumplimiento. Ellos se fundan en dos argumentos esgrimidos en la discusión parlamentaria de aquel entonces; los elementos culturales y las condiciones especiales de la Isla de Pascua.

El artículo 13 de la Ley N° 16.441 establece que *“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”*.

En consecuencia, el artículo 13 de la Ley Pascua implica que a todos los autores de crímenes y simples delitos *Contra del Orden de las Familias, contra la Moralidad Pública y contra la Integridad sexual* (violación, abuso sexual, producción de pornografía infantil, aborto entre otros), además de los crímenes y simples delitos en *Contra de la Propiedad* (robo con violencia o intimidación, robo en lugar habitado, hurto, receptación estafa, usurpación, apropiación indebida, incendio, entre otros), cometidos por naturales de la Isla de Pascua y dentro del territorio insular, se les rebaja la pena en un grado al mínimo señalado por la ley al delito de que se trate. En consecuencia, este artículo lo que hace es generar un beneficio respecto al conjunto de delitos especificados en la norma, dentro de los cuales están los delitos en contra de la autodeterminación sexual, que opera ex ante, en cuanto configura un marco penal diferenciado para los “naturales” de la Isla de Pascua, generando una regla especial de punibilidad.

Por otro lado, el artículo 14 del mismo cuerpo legal establece lo siguiente: *“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 otras palabras, se le concede al condenado, sea este o no perteneciente a la etnia rapanui y tratándose de cualquier delito contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de cumplir dos tercios de la pena asignada al delito, fuera del establecimiento carcelario.

IV. DEBATES SOCIALES RESPECTO A LOS ARTÍCULOS 13 Y 14 DE LA LEY PASCUA

El hecho que dio origen al requerimiento por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, no solo puso en discusión la inaplicabilidad de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua, por ser contrarios a la Constitución, sino que además reabrió el debate al interior de la comunidad Rapa Nui en torno a la necesidad de derogar o modificar las disposiciones anteriormente señaladas. Fue en este contexto, que con fecha 09 de octubre de 2019, en la ínsula, alrededor de 200 mujeres salieron a protestar a las calles, exigiendo la derogación de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua²⁰, como una forma de reivindicar sus derechos, lo que quedó plasmado en un petitorio firmado por los y las asistentes a la marcha, dirigido a la Gobernadora de Isla de Pascua, Tarita Rapu Alarcón. Lo mismo ocurrió en la marcha del día 25 de noviembre de 2019, instancia en la cual, además de plantear la derogación de los artículos ya señalados, se requirió, desde el Gobierno, el inicio de un proceso de consulta indígena en torno al tema. Fue en este contexto que por Resolución Exenta N° 74, promulgada con fecha 31 de enero de 2020, del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, se instruyó iniciar el proceso de consulta indígena respectivo, a objeto de discutir la derogación o modificación de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua²¹, la que finalmente se concretó el día 09 de mayo del presente año, siendo una de las consultas indígenas con mayor convocatoria dentro de los habitantes de Rapa Nui. En esta instancia el 94% de los votantes manifestó su voluntad de poner término a las rebajas en materia de delitos sexuales. En este sentido, un 52% respaldó la propuesta dirigida a modificar el artículo 13 de la Ley Pascua y un 42%, manifestó su intención de derogarlo. Solo un 6%, se pronunció a favor de mantenerlo. Respecto al artículo 14 del mismo cuerpo legal, el 58% de los votantes declaró su voluntad de derogarlo, mientras que el 33% por modificarlo y un 9% por mantenerlo²².

Lo anterior fue el proceso culminatorio de una década de protestas y manifestaciones diversas, existentes en Rapa Nui. Así por ejemplo, ya en el año 2016 la comunidad realizó diversas marchas públicas, demandando derogar los artículos ya mencionados, siendo en el mes de julio de aquel año, que se recolectaron más de 700 firmas, las cuales fueron entregadas junto a una solicitud referente a la materia, a la Gobernadora Provincial de

20 MAYORGA, Francisca. "Rapa Nui y su creciente movimiento feminista" [en línea]. La Tercera, Quinta Región. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/rapa-nui-creciente-movimiento-feminista/951675/> [fecha de consulta: 11 de abril de 2021].

21 Chile, Resolución 74 Exenta, del Ministerio de Desarrollo Social y Familia; Subsecretaría de Servicios Sociales. Diario Oficial del 11 de febrero de 2020.

22 SILVA, Mauricio. "Votación Rapa Nui resuelve eliminar rebaja de penas a delitos de violación" [en línea]. El Mercurio. Disponible en: <https://digital.elmercurio.com/2021/05/11/C/403V76M8#zoom=page-width> [fecha de consulta: 11 de mayo de 2021].

la época, Carolina Hotus Hey y a la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua (CODEIPA). En este mismo sentido, con fecha 22 de noviembre de 2016, la Organización Funcional Comunitaria denominada “MAROA”, remitió una carta formal, en representación de la comunidad Rapa Nui, a la señora Michelle Bachellet Jeria, Presidenta de la República de aquel entonces, solicitándole instruir de manera urgente la revisión de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua, por ser vulneratorios para la dignidad y derechos de mujeres, niñas y niños, idéntica solicitud, que con fecha 16 de agosto de 2019, la misma Organización MAROA, dirigió a la señora Cecilia Morel, Primera Dama de la Nación de la época.

Por otro lado, importante es señalar que actualmente existen tres proyectos de Ley en el Congreso Nacional, de los cuales dos de ellos buscan derogar los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua y el tercero modificarlos. Los dos primeros fueron ingresados, en el año 2016, por el Senador Lagos²³ y por los Senadores Chahuán, Bianchi y Prokurica²⁴, respectivamente, siendo el tercer proyecto de ley, ingresado en el año 2017, por la Senadora Pérez San Martín²⁵. Todos estos tienen iniciativa de moción y no poseen urgencia, por lo que a pesar del tiempo y el avance de las demandas sociales, aún se encuentran en el primer trámite parlamentario.

V. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CAUSA ROL 8792-2020

La sentencia de fecha 29 de enero de 2021, recaída en causa ROL 8792-2020, dictada por el Tribunal Constitucional, se pronunció acogiendo el requerimiento presentado con fecha 05 de junio de 2020 por el Magistrado titular del Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Isla de Pascua, quien solicitó el pronunciamiento de dicha Magistratura respecto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua.

Para arribar a esa conclusión, con fecha 13 de agosto de 2020, se escucharon los alegatos en audiencia, instancia en la cual compareció el abogado representante del Consejo de Ancianos Rapa Nui-Mau Hatu, en audiencia especial y en relación pública, la Defensoría Penal Pública, el Ministerio Público y la abogada del Centro de la Mujer de Isla de Pascua, acogiendo el mismo y declarando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los

23 Boletín N° 10.787-06, [proyecto de ley sobre] Deroga los artículos 13 y 14 de la ley N°16.441, que crea el departamento de Isla de Pascua, relativos a la penalidad especial de los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro II del Código Penal en esos territorios y al cumplimiento de ella.

24 Boletín N° 10.787-06, [proyecto de ley sobre] Deroga los artículos 13 y 14 de la ley N°16.441, que crea el departamento de Isla de Pascua, en materia de atenuantes a la penalidad asignada a ciertos delitos y al cumplimiento de las mismas.

25 Boletín N° 11.408-07, [proyecto de ley sobre] Modifica la ley N° 16.441, que crea el departamento de Isla de Pascua, en lo relativo al tratamiento penal de los delitos que indica.

artículos 13 y 14 de la Ley 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua, a objeto de que tenga incidencia en el proceso penal RUC N° 1901075741-2, RIT 426-2019, en actual conocimiento del Tribunal Oral en Lo Penal de Valparaíso, bajo el RIT 142-2020²⁶.

En el fallo del Tribunal Constitucional, se estimó que los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua vulneran el artículo 1°, inciso primero de la Constitución Política de la República, el cual dispone que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, así como también el Principio de la Igualdad y no Discriminación, consagrado en el artículo 19, numeral 2° de la Constitución y el Principio de la Igual Protección de la Ley en el Ejercicio de los Derechos, establecido en el artículo 19, numeral 3° de la misma Carta Fundamental²⁷. En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional utilizó ocho principales criterios interpretativos para fundamentar argumentativamente su decisión:

1. Los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, no obedecen a una costumbre indígena que deba ser respetada.

Según la sentencia, lo anterior obedece, en primero lugar, porque de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2 del Código Civil chileno²⁸, no es posible estimar que pudiera existir una costumbre que aparezca como norma en la perspectiva de ir “contra la ley”, teniendo validez en nuestro ordenamiento jurídico, solo las costumbre según ley y en ausencia de ella. A su vez, el fallo menciona que, si bien es cierto nuestra legislación, en la Ley 19.253, regula la costumbre indígena y su aplicación en materia de justicia, de conformidad lo establece su artículo 54 inciso primero²⁹, dicha costumbre, debe ser compatible con la Constitución Política de la República, no pudiendo regir las mismas, si son contrarias a la Ley o a la Constitución. A mayor abundamiento, la sentencia, al considerar otros cuerpos normativos que regulan distintas dimensiones de la costumbre indígena, aplicables, específicamente, al ámbito penal, como lo es el Convenio N° 169 de la OIT³⁰, menciona que si bien es cierto al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas,

²⁶ Tribunal Constitucional, 29 de enero de 2021, Rol 8792-2020.

²⁷ *Ibidem*, considerando sexagésimo quinto.

²⁸ “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.” (Decreto con Fuerza de Ley N° 1, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del código civil; de la Ley N° 4.808, sobre registro civil, de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, Ley de menores, de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, Diario Oficial del 30 de mayo de 2000, artículo 2).

²⁹ “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.” (Ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, Diario Oficial del 05 de octubre de 1993, artículo 54 inciso 1).

³⁰ El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, fue ratificado por el Estado chileno el 15 de septiembre de 2008, entrando en vigencia, el 15 de septiembre de 2009.

se debe tomar en consideración sus costumbres o derecho consuetudinario, en materia penal, estas no pueden ser incompatibles con el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículo 9 N° 1 del Convenio N° 169 de la OIT), exigencia que se encuentra reforzada, con lo dispuesto en el artículo 34 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en cuanto este requiere 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 consecuencia, “no es posible considerar delitos tipificados por la costumbre o reglas sancionatoria entregadas de un modo abierto a la consideración de autoridades tradicionales o tribales, sin que la ley disponga algún mandato específico”³¹.

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

Al respecto, el Tribunal Constitucional refiere que, durante la tramitación del proyecto de la Ley Pascua y en particular lo que respecta a los artículos 13 y 14 de dicho cuerpo legal, es posible definir dos elementos que buscan justificar las normas de excepción ya mencionadas. El primero de ellos dice relación con las condiciones especialísimas de la isla, como por ejemplo, la lejanía del territorio continental y el segundo, relativo a los elementos culturales propios de la etnia, tales como el derecho consuetudinario de los Rapa Nui, sus creencias, opiniones, sentimientos y conceptos diferentes del isleño, respecto a un chileno continental. En relación a este segundo elemento, es decir al elemento cultural, el Tribunal Constitucional, finalmente concluye que, habiéndose solo mencionado, en la discusión parlamentaria, mas no definido fundadamente, ni el contenido de los referidos elementos culturales, ni por qué estos justificaban los beneficios implicados en las normas y no existiendo además, en la discusión legislativa de estas disposiciones, participación alguna de un nativo de Isla de Pascua, ni de autoridad a nombre de ella, ni mucho menos un académico con conocimiento en la materia, no es posible calificar dichos elementos culturales, como costumbre indígena. En este mismo sentido, lo anterior es reafirmado, tanto por las autoridades ancestrales del pueblo Rapa Nui, específicamente el Consejo de Ancianos, como asimismo por el organismo técnico encargado de las cuestiones indígenas (CONADI), quienes manifestaron lo propio en sus respectivos escritos. Es así que el fallo y respecto a este argumento menciona que “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 el caso concreto”.

³¹Tribunal Constitucional, 29 de enero de 2021, Rol 8792-2020, considerando vigésimo.

Menciona que 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 tuestas”, 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”³².

Por otro lado el Consejo de Ancianos Rapa Nui, mediante escrito ingresado a la causa, cuya sentencia se comenta, declaró 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”³³.

Asimismo, el informe presentado por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) ratifica, las declaraciones antes enunciadas por el Consejo de Ancianos, mencionando 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”³⁴.*

En conclusión y de conformidad lo expone el propio Tribunal Constitucional, “de la historia de la Ley 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

³² Ibídem, considerando vigesimocuarto.

³³ Ibídem, considerando vigesimosexto.

³⁴ Ibídem, considerando vigesimooctavo.

nos encontramos frente a preceptos legales que, sin motivación específica, configuran un beneficio legislativo de naturaleza penal”³⁵.

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

En relación a este argumento, en primer lugar, para el Tribunal Constitucional, el artículo 13 de la Ley Pascua, configura una regla especial de punibilidad, consistente en rebajar la pena en un grado (“beneficio penal”), respecto de los delitos sexuales, cometidos por un natural, en el territorio de Isla de Pascua, que no está asociado a alguna conducta u omisión fundado en algún interés penal reconocible, sino que vinculado al sujeto activo, sin ningún tipo de funcionalidad penal (“excepcionalísimo”), como lo sería cualquier elemento propio de la teoría de la acción, de la tipicidad, la antijuricidad o de la culpabilidad propiamente tal.

En este sentido la sentencia refiere que el artículo 13 de la Ley Pascua “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 ajeno a las consideraciones de la teoría del delito que 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”³⁶.

Asimismo, el referido beneficio penal excepcionalísimo, además sería incompatible con lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 19.253, en cuanto al modo como opera la costumbre indígena en el ámbito judicial, por cuanto dicha disposición legal, además de establecer 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 materia penal, exige, para ser considerada, que ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad. Así las cosas y tratándose del caso concreto, cuyo pronunciamiento del Tribunal Constitucional se requirió, no sería aplicable, por no tratarse de un caso entre indígenas, debido a que el sujeto pasivo, es una mujer no Rapa Nui y luego por cuanto el artículo 13 de la Ley Pascua, no cumple, a juicio del Tribunal, una función penal dentro de la teoría del delito.

³⁵ Ibídem, considerando vigesimonoveno.

³⁶ Ibídem, considerando trigésimo segundo.

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

De conformidad lo dispone el Tribunal Constitucional, la rebaja de pena de un delito en particular, obedece a diversas finalidades del ius puniendi estatal, como lo sería por ejemplo reducir el daño de un delito, o como medio de compensación de delitos mutuos, para especificar el grado de consumación de un delito o para prevenir, impedir o producir una cooperación eficaz. En este sentido el fallo dictado por el Tribunal Constitucional, determina que “la razón por la cual se rebajan penas, está asociada a finalidades constitucionalmente legítimas, relativas a la valoración de los delitos mismo y sus consecuencias. En ningún caso hay un examen de 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 adolescente y la demencia deja a salvo “los intervalos lucidos” (artículo 10 N° 1 del Código Penal), aunque resulte discutible su sentido técnico”. De este modo el Tribunal concluye que “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 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”³⁷.

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.

El fallo del Tribunal Constitucional, en relación a este criterio interpretativo, refiere que la rebaja de pena en un grado, tratándose de los delitos sexuales, cometidos por un natural, en territorio de Isla de Pascua, es un acto de discriminación hacia las mujeres, causa y consecuencia de la desigualdad entre los sexos y de la discriminación basada en el género. La sentencia refleja lo anterior al establecer que “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 conducta permisivas que agravan esta perspectiva de género”³⁸.

En este mismo orden de ideas, dicho beneficio, como acto de discriminación en contra de las mujeres, afecta la dignidad de las personas, vulnerando lo dispuesto en el artículo 1 inciso primero de la Constitución Política de la República, el que establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, refiriendo el fallo lo siguiente: “la

³⁷ *Ibidem*, considerando trigésimo octavo.

³⁸ *Ibidem*, considerando cuadragésimo primero.

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 otro, 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”³⁹.

Asimismo, el beneficio del artículo 13 de la ley Pascua, a juicio del Tribunal, es incompatible con el principio de igualdad ante la ley, dispuesto en el artículo 19 numerales 2 y 3 de la Constitución Política de la República. En este sentido, el artículo 19 N° 2, dispone lo siguiente: “*En Chile no hay personas ni grupos privilegiados*”, agregando en su inciso segundo que “*ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”. De conformidad a lo anterior, siendo el artículo 13 de la Ley 16.441, un beneficio en materia penal, establecido en base a un “elemento cultural”, sin fundamento concreto, según quedo establecido en uno de los criterios interpretativos de la sentencia, ya mencionado anteriormente, se configuraría como una diferencia arbitraria, porque “establece un privilegio, cuando en Chile no hay ni personas ni grupos 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 igualdad ante la ley en la creación de un privilegio inmotivado y sin justificación razonable en la dimensión pena, indígena o de género”⁴⁰.

Por otro lado y en relación a la vulneración del artículo 19 N° 3 de la Constitución, relativo a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el Tribunal Constitucional afirma que el artículo 13 de la Ley Pascua “establece 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”⁴¹.

Finalmente importante es destacar, dentro de este criterio interpretativo, el reconocimiento que hace el Tribunal Constitucional, en orden a que la violencia contra las mujeres, incluida la violencia sexual y la violación, ha sido reconocida como una cuestión de derechos humanos, mencionando que “las estadísticas oficiales sobre tasa de denuncias

39 *Ibidem*, considerando trigésimo noveno.

40 *Ibidem*, considerando sexagésimo cuarto.

41 *Ídem*.

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 humana⁴². Además de reconocer que la libertad sexual y su desarrollo, es un bien jurídico protegido por el derecho internacional de los derechos humanos, siendo deber del Estado de Chile, garantizar y proteger estos derechos. “En este orden de ideas la CEDAW, de la cual Chile es parte, impone a los Estados Partes la obligación de derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer (art. 2, letra g). Asimismo, establece que los Estados Partes tomaran todas las medidas apropiadas para modificar 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 inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres⁴³”.

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.

Respecto de este argumento, el Tribunal Constitucional, comienza definiendo lo que debemos entender por igualdad ante la ley, señalando que esta “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 encuentran 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 tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición⁴⁴”.

De conformidad a lo anterior, el fallo lo que resuelve, en este punto, es si el tratamiento diferenciado, contenido en los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441, respecto de los delitos del

42 Ibídem, considerando cuadragésimo cuarto.

43 Ibídem, considerando cuadragésimo segundo.

44 Ibídem, considerando cuadragésimo octavo.

título VII (“crímenes y simples delitos contra el orden de la familia, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual) y del título IX, (“crímenes y simples delitos”), del Libro Segundo del Código Penal, constituyen una norma motivada, justificada en un objetivo o finalidad constitucionalmente legítimo y si no resulta arbitraria.

Dando respuesta a lo anterior y de conformidad lo establece el Tribunal Constitucional “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 resulto de 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 tienen algunas verificaciones en el ámbito de la propiedad, mas no en el ámbito del caso”⁴⁵.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional estimó que no existe un fin constitucionalmente legítimo que sustente el tratamiento diferenciador de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua, sino que además vulnera derechos constitucionales reconocidos en el artículo 19 numerales 2 y 3 de la Constitución. Al respecto la sentencia establece que “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 Isla de Pascua”⁴⁶. En este mismo sentido el Tribunal agrega que “el artículo 19 N° 3, inciso primero, de las 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 la 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”⁴⁷.

45 *Ibidem*, considerando cuadragésimo noveno.

46 *Ibidem*, considerando quincuagésimo.

47 *Ídem*.

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

En relación a este punto, el Tribunal Constitucional, si bien es cierto y de conformidad se expuso en el criterio interpretativo anterior, afirma que el trato diferenciado de los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441, no tiende a un objetivo constitucionalmente legítimo, realiza un esfuerzo por develar si detrás de estas normas, existiría una manifestación cultural que deba ser respetada por el Estado, en nombre del mandato dispuesto en el inciso final del artículo 1 de la Constitución Política de la República, consistente en el deber que tiene el Estado, de promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación. En este orden de ideas, el fallo, luego de analizar una posible dimensión antropológica que resuelva el problema y haciendo un ejercicio comparativo con el tratamiento penal favorable, en el caso de los menores de edad, establece que “no hay duda 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”⁴⁸. Concluyendo que, “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”⁴⁹.

La afirmación del Tribunal Constitucional, tiene sustento, por cuanto no existe documento aportado a la instancia, por las partes interesadas y que acredite lo contrario, quedando aquello plasmado en la sentencia, al mencionar que, “en todo el presente expediente constitucional no hay antecedente alguno que permita concebir que la violencia sexual haga parte de una determinada cultura. Justamente, hechos que dividen y son repudiables debilitan la tradición. No es posible pensar que esta violencia se inspira en alguna superioridad de género o raza”⁵⁰.

Debido a lo anterior es que la sentencia estima que “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 violen-

48 Ídem.

49 Ídem.

50 Ídem.

cia 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”⁵¹.

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

Finalmente y como último criterio de interpretación, el Tribunal Constitucional, luego de reiterar el alcance que tiene el artículo 14 de la Ley 16.441, que otorga a un condenado en Isla de Pascua la posibilidad de cumplir hasta dos tercios de la pena, fuera del establecimiento carcelario, desarrolla dos temas principales; la preferencia por medios no privativos de libertad, en el ámbito de la normativa indígena y la vigencia del artículo 14 de la Ley N° 16.441.

Respecto a la preferencia por medios no privativos de libertad, en el ámbito de la normativa indígena, en principio pareciera existir coherencia entre lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley Pascua y el mandato del artículo 10 numeral 2 del Convenio 169 de la OIT, toda vez que este último, dispone que cuando se impongan sanciones penales previstas en reglas generales, deberá darse la preferencia a tipos de sanciones distintos del encarcelamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal en su sentencia establece que “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 esta no es una norma autoejecutable y porque aquella 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”⁵², tomando en consideración, para afirmar lo anterior, lo dispuesto en el informe remitido por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), a la Magistratura durante la tramitación del proceso, el cual indicaba que “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”⁵³.

⁵¹ Ídem.

⁵² Ibídem, considerando quincuagésimo noveno.

⁵³ Ibídem, considerando quincuagésimo séptimo.

Ahora bien, respecto a la vigencia del artículo 14 de la Ley N° 16.441, el Tribunal Constitucional, sostuvo que a su juicio la norma estaría derogada, según lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 20.603, en virtud de la cual se prohíbe la sustitución de la pena, entre otros, para el delito de violación, lo que fue reafirmado además, tanto por los escritos aportados al proceso, como en la vista de la causa, refiriendo la sentencia al respecto que “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”⁵⁴.

VI. COMENTARIOS SENTENCIA ROL 8792-2020 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La sentencia de fecha 29 de enero de 2021, dictada por Tribunal Constitucional, que **acogió el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, que creó el Departamento de Isla de Pascua**, cuyo veredicto fue dado a conocer en septiembre de 2020, sin duda alguna, constituye un avance significativo y un elemento más, para combatir la desigualdad histórica entre hombres y mujeres en nuestro país, posicionándose como un fallo innovador que incorpora la perspectiva de género y que reconoce implícitamente la violencia sexual en contra de la mujer, como una violación a los derechos humanos.

En relación a lo anterior, el criterio interpretativo número cinco de la sentencia, establece que el privilegio del artículo 13 de la Ley Pascua en materia sexual, supone una supremacía de género incompatible con la igualdad ante la ley y la dignidad de las personas. Menciona, además, que la violación es un delito particularmente repudiable, ya que no solo vulnera la indemnidad sexual de la persona, en el caso en estudio, una mujer, sino que también atenta contra su autodeterminación sexual en lo volitivo⁵⁵. Y extiende, incluso, el concepto de autodeterminación sexual para el fenómeno de la violación al interior de una relación de pareja, sea esta, en concepto del Tribunal, de carácter formal (“matrimonio o convivencia”) o no (“relación pasajera”)⁵⁶. Lo anterior es un ejercicio plasmado en el fallo, destinado a reconocer, de manera implícita, que la violencia sexual, es un atentado contra los derechos humanos, que vulnera no solo la dignidad humana, sino que además

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ Ibídem, considerando trigésimo noveno.

⁵⁶ Ídem.

la integridad, libertad, igualdad y autonomía o indemnidad, de la mujer o niña afectada. En este mismo orden de ideas, el considerando trigésimo noveno del fallo refuerza lo anterior, al establecer que la violación, en cualquier circunstancia, es un atentado en contra de la dignidad humana, vulnerando el artículo primero de la Constitución, puesto **que afecta la libre e igual dignidad, afirmando que nadie pertenece a otro y que no existe subyugación económica, supremacía física o superioridad cultural que pueda ser jamás fuente justificadora de un acto de esa naturaleza**⁵⁷, alegación incorporada por el Ministerio Público y recogida por el Tribunal Constitucional. Este considerando reconoce que la violación forma parte de la violencia de género, dando cuenta que es una de las manifestaciones más claras de la desigualdad, subordinación y de las relaciones de poder.

Asimismo, importante es apreciar cómo el Tribunal Constitucional incorpora la perspectiva de género, al analizar los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua a la luz de los Principios Constitucionales y los tratados internacionales, logrando con ello la plena realización del Principio de Igualdad y No Discriminación y demostrando que la misma constituye una herramienta indispensable para enfocar la violencia y discriminación, no como un hecho aislado, sino que como un fenómeno sistemático y estructural. Ejemplo de lo anterior es el considerando cuadragésimo primero del fallo, en el cual, la Magistratura, luego de señalar que **“la violación es un delito preferentemente de género, menciona que es la propia ley la que puede propiciar conductas permisivas que agraven esta perspectiva de género”**. De esta forma y luego de exponerse la tasa de denuncia por delito de violación, cada cien mil habitantes, entre los años 2015 y 2019, haciendo la diferencia entre el total del país, la región de Valparaíso y la comuna de Isla de Pascua, el Tribunal Constitucional concluye que existe una situación de desprotección de la mujer en dicho territorio, lo que ha motivado diversas demandas por derogar los artículos cuya inconstitucionalidad fue declarada. En este contexto, se hace mención también a la prevención que ya en el informe del año 2018 hizo el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), en cuanto a que los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua son un obstáculo para abordar la violencia en contra de la Mujer de manera adecuada, además de una barrera a la hora de sensibilizar a las mujeres respecto a sus derechos. Finalmente, el fallo termina señalando que cuando existe una realidad, más allá del caso concreto, que implica vulneraciones que nacen de una ley (en el caso concreto la Ley Pascua), se hace necesario plantear el problema de la violencia contra la Mujer y garantizarles una vida libre de violencia. En este mismo orden de ideas, del fallo se desprende, también, un cuestionamiento a la tradicional neutralidad del derecho, toda vez que el mismo refleja el estrecho vínculo existente entre las diferencias históricas de sexos y las diferencias legales, dando cuenta que las

57 Ídem.

relaciones de poder (patriarcado), causante de la desigualdad de las mujeres, respecto a los hombres, se observan en las disposiciones normativas cuestionadas.

Por otro lado, y en relación al elemento cultural, si bien es cierto y tal como lo argumenta el Tribunal Constitucional en su considerando vigésimo tercero, no existe costumbre penal alguna, ni en la Historia de la Ley 16.441, ni en la estimación de la autoridad tradicional Rapa Nui, específicamente el Consejo de Ancianos Rapa Nui y a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI)⁵⁸, el fallo, sin mencionarlo explícitamente, refiere la existencia de una cultura del abuso, toda vez que describe el contexto actual que legitima no solo un delito de violación, como el del caso concreto, sino que también diversos actos de violencia en contra de la Mujer.

En este sentido, la existencia de una cultura del abuso no solo se desprende del considerando cuadragésimo primero de la sentencia, ya mencionado anteriormente, sino que también de lo expuesto por el Ministro Rodrigo Pica Flores, quien en sus prevenciones, específicamente el razonamiento décimo, expone que “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”⁵⁹. Es así que, ciertamente la vigencia de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua, legitima un delito como el de violación, en un sistema donde se normaliza esta forma de agresión, se duda de la ausencia de consentimiento, se empatiza con la figura del violador y se culpabiliza a las víctimas, afectando tanto a aquellas que lo han sido, como a las que jamás han pasado por aquel flagelo, limitando consecuentemente su autonomía, tanto en el espacio público, como en el privado.

A su vez, el Ministro Rodrigo Pica Flores, como elemento innovador, incorpora en su razonamiento décimo primero el concepto de interseccionalidad, refiriéndose al enfoque con el cual se deben analizar las normas impugnadas. En tal sentido y respecto al trato que el Estado de Chile asigna a hechos de violencia sexual sufridos por una **mujer pascuense**,

⁵⁸ Ibídem, considerando vigesimotercero.

⁵⁹ Ibídem, razonamiento número 10, Ministro Rodrigo Flores Pica.

el Ministro sostiene que “no puede prescindirse de los estándares de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, «Convención de Belém do Pará», ratificada por Chile y vigente, y que incluye expresamente en su artículo primero a la violencia sexual, que ve su punto más visible en la violación. Esta debe ser tenida como parámetro de juzgamiento en función de a lo menos tres normas constitucionales: el artículo 5°, inciso segundo, en cuanto a la incorporación de tratados de derechos humanos y su contenido al sistema constitucional chileno, como límite al poder estatal; la garantía de igualdad ante la ley, en su dimensión material y en cuanto a la plena igualdad de hombres y mujeres, y en cuanto a los derechos y medidas de tipo específico de las mujeres, entendidas como grupo históricamente postergado, y la tutela judicial efectiva y la igualdad ante los órganos jurisdiccionales en la protección de sus derechos e intereses”. Y si bien es cierto, el concepto introducido por el Ministro Pica, en su razonamiento, se esboza como una herramienta analítica para estudiar, entender y responder a las maneras en que el género se cruza con otras identidades (por ejemplo la etnia) y cómo estos cruces contribuyen a experiencias únicas de opresión y privilegio, no debe constituir una estrategia para generar confusiones al respecto. En este sentido, efectivo es que la creación de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua y su entrada en vigencia, el 01 de marzo de 1966, constituyó una situación pragmática de interseccionalidad en la discriminación, toda vez que en dicho ejercicio legislativo, al no existir una justificación razonable, para establecer el “privilegio” tantas veces mencionado, concurrieron distintos elementos de segregación, como es la etnia y el género, dando origen a una discriminación agravada, que se tradujo en un trato penal diferente para las mujeres habitantes de la Isla de Pascua (en relación a las mujeres continentales), quienes en el año 1966, en su mayoría pertenecían a la etnia rapanui. Sin embargo, lo que en su origen resultó ser la intersección de distintos elementos de discriminación, a saber condición de mujer y ser una mujer rapanui, observándose una especial condición de vulnerabilidad, hoy en día, habiendo transcurrido 55 años de evolución, se tratan de disposiciones legales que vulneran la dignidad humana y el principio de igualdad y no discriminación de **TODAS** las mujeres, sean estas de la etnia rapanui, “continentales” o extranjeras, en la medida que sean víctimas de un delito en contra de la autodeterminación sexual, cometido en el espacio geográfico llamado Isla de Pascua y por un natural de la isla, teniendo en consideración que los procesos de globalización han permitido la convivencia actual, en el territorio insular, de mujeres de diferentes lugares del mundo.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Actualmente en Chile, país del cual también forma parte el alejado territorio de Isla de Pascua, ni las acciones gubernamentales que buscan acabar con la violencia sexista, ni los recursos económicos destinados a garantizar protección y reparación de las víctimas de violencia de género, así como tampoco las acciones de la sociedad civil que buscan canalizar las demandas y sensibilizar en esta materia, ni aun la suscripción y ratificación de convenciones internacionales que proclaman la igualdad entre hombre y mujeres, han resultado eficaces para conseguir la equidad de género, ni para garantizar a las mujeres el derecho a vivir una vida libre de todas formas de violencia, siendo reflejo de ello la vigencia de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, relativo a los delitos sexuales.

Es en este escenario donde la sentencia, causa ROL 8792-020, del Tribunal Constitucional, ciertamente supone un hito en la lucha por la igualdad de las mujeres y más aún de las mujeres que residiendo o no en Isla de Pascua, arriban a este territorio insular. En este sentido, el presente fallo fue el resultado de la deconstrucción de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua y el cuestionamiento de su pretendida neutralidad, sostenido sobre la base de diversos argumentos, que permitieron al Tribunal Constitucional dictar una sentencia, resguardándose en uno de los principios hermenéuticos fundamentales que es la igualdad, logrando así generar un precedente que puede abrir el camino a otros casos similares y/o servir de sustento para una futura modificación legal.

Y en esta deconstrucción, importante fue la participación del Ministerio Público. El alegato sostenido por la institución, ante el Tribunal Constitucional, el 13 de agosto de 2020, a cargo de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, no solo permitió, de manera concreta, elaborar la línea argumentativa de la Fiscalía, en relación a la inconstitucionalidad de las normas, tantas veces aludidas, las que por cierto fueron recogidas en la respectiva sentencia, sino que además, fue el resultado de un proceso de cambios, experimentado al interior del órgano persecutor local, proveniente del trabajo de un equipo humano, quienes luego de analizar el rol de la mujer en la sociedad Rapa Nui, decidieron incorporar, de manera consciente, la perspectiva de género en la etapa de investigación penal y permear lo anterior, hacia el resto de la institucionalidad (donde coexisten actores relevantes en la lucha contra la violencia de género), contribuyendo con ello, a garantizar, en esta pequeña y alejada ínsula, el derecho humano a vivir una vida libre de todo tipo de violencia, de todas las mujeres y niñas y adolescentes.

Ahora bien, el llamado es a continuar ejerciendo el derecho penal con perspectiva de género, sorteando por cierto la influencia de valores predominantes, provenientes del sistema patriarcal en el que estamos inmersos e inmersas, aportando no solo a dar cumplimiento al mandato contenido en los tratados internacionales, que regulan la violencia de género, sino que también asumiendo que muchas veces, es el propio derecho el instrumento principal de consolidación de la sociedad patriarcal y la discriminación en contra de la mujer.

**UNIDAD ESPECIALIZADA
EN LAVADO DE DINERO,
DELITOS ECONÓMICOS,
MEDIOAMBIENTALES Y
CRIMEN ORGANIZADO**

NUEVAS REGULACIONES EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DEL MERCADO DE CAPITALES Y AGENTES DE VALORES. CONSIDERACIONES RESPECTO DE ALGUNAS DE LAS NORMAS PENALES INTRODUCIDAS POR LA LEY N° 21.314

Andrés Salazar Cádiz¹

1. ANTECEDENTES

La ley que se comenta proviene de un mensaje presidencial promovido durante el gobierno de la ex Presidenta Michelle Bachelet y sus reglas surgen en el marco de las propuestas formuladas por el “Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción”, en lo relativo a la confianza de los mercados, constituyendo una segunda etapa del proceso de modernización de nuestro mercado financiero, proceso que, como el lector recordará, fue iniciado con la dictación de la Ley N° 21.000, cuerpo legal que modificó el Decreto Ley N° 3.538, y cuya consecuencia más

¹ Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

trascendente fue el reemplazo de la antigua Superintendencia de Valores y Seguros por la Comisión para el Mercado Financiero, institución que emergió como el único regulador de todo este sistema económico, aglutinando entre sus competencias no solo la supervigilancia del mercado de oferta pública de valores, sino además, erigiéndose como el nuevo regulador del mercado bancario (absorbiendo, consecuentemente, a la extinta Superintendencia de Bancos).

Este segundo paso en el perfeccionamiento de nuestro mercado de capitales tuvo como objeto fundamental, no solo la ampliación de las facultades de fiscalización que poseía el regulador para vigilar el cumplimiento de las reglas que rigen el contexto económico pertinente, sino además, mejorar las actuales condiciones de *“transparencia en el manejo de los negocios, con el objeto de mantener la confianza de los inversionistas en nuestro mercado de capitales”*, haciendo posible una mayor protección a los accionistas minoritarios, limitando los conflictos de interés que suelen tener lugar en la administración de las sociedades de capital².

Con el propósito descrito, el Proyecto promovió una serie de modificaciones tanto a las normas de la Ley N° 18.046 (Ley de Sociedades Anónimas) como a las disposiciones que regulan la responsabilidad de distintos partícipes del mercado de valores chileno en la Ley N° 18.045. Así, por ejemplo, la Ley N° 21.314 introdujo normas destinadas a reconocer explícitamente la función que cumplen dentro del mercado secundario formal los denominados *market makers* (“creadores de mercado”); incorporó dentro del catálogo de delitos contemplados en el artículo 59 de la Ley de Mercado de Valores, tipos penales que sancionan la entrega de información falsa a los órganos de administración de una sociedad anónima, cometidos por *insiders* que ostentan una posición relevante al interior de emisores de valores, de empresas de auditoría externa o clasificadoras de riesgo; se tipifica también la emisión, por los mencionados *“gatekeepers”*, de certificaciones o clasificaciones falsas; se perfecciona el artículo 60 de la Ley de Mercados de Valores (LMV) elevando a la calidad de delito algunos comportamientos disfuncionales en que pueden incurrir las empresas de auditoría externa, incluyendo casos de revelación de información privilegiada; se perfecciona el delito de manipulación informativa contenido en el art. 61 LMV; se afinan las normas que disciplinan la forma en que debe fluir la información de relevancia económica desde los órganos de administración de la sociedad anónima hacia los accionistas de aquella; se agregan a la Ley de Sociedades Anónimas normas que tienden a facilitar el ejercicio del derecho a retiro por parte de los accionistas minoritarios y otras que amplían la responsabilidad solidaria de los Directores por los perjuicios que estos causen a la sociedad, en las decisiones que adopten, etc.

² Mensaje Presidencial 549-363.

Desde su configuración inicial, durante la tramitación parlamentaria, el Proyecto que dio origen a la ley que se comenta, sufrió relevantes transformaciones, lo que importó una ampliación de su alcance y un engrosamiento de su contenido a partir de la inclusión de un número importante de nuevas reglas orientadas al perfeccionamiento de este mercado, que pasan desde mejoras de mera concordancia con el resto del ordenamiento jurídico (fundamentalmente, referidas a la actualización de la nomenclatura utilizada en los cuerpos que son objeto de la presente reforma a las nociones implementadas por la Ley N° 21.000 que modificó el texto del Decreto Ley N° 3.538) hasta otras de especial relevancia como lo son la ampliación del concepto de información esencial; la obligación para las bolsas de valores de implementar mejoras en los mecanismos de interconexión que permitan perfeccionar, en tiempo real, el calce (vinculante y automático) de las operaciones que se realicen a través de ellas; la inclusión de *wistleblowers* como herramienta idónea para la detección de infracciones a la normativa y el aumento de la pena de los delitos contemplados en el art. 60 de la LMV, catálogo donde se incluyen las conductas más relevantes de uso y revelación de información privilegiada, que son sancionadas por nuestro Derecho. Por otra parte, una de las innovaciones más publicitadas de la nueva ley la constituye la regulación de las empresas o personas que ejercen el giro de “asesorías de inversión”, las cuales pasan a estar bajo la supervigilancia de la CMF (previa inscripción obligatoria en sus registros), la cual dispondrá de todas sus facultades legales para controlar el desempeño de estos agentes en el giro de su negocio.

A pesar de la importancia que reviste la reforma impulsada por el presente cuerpo legal para el funcionamiento de los mercados de valores, de seguros y el crediticio; la industria de la administración de fondos de pensiones y de asesorías previsionales, el presente trabajo posee una pretensión en extremo modesta: lo que se desea es revisar y describir los cambios más relevantes que aquel cúmulo de normas introduce al Derecho Penal chileno. Un estudio más detallado de aquellas modificaciones quedará pospuesto, debiendo considerarse este solo como una pauta de orientación respecto de algunos de los cambios impulsados por la Ley N° 21.314.

2. ANÁLISIS DE LAS NORMAS CON RELEVANCIA PENAL INCLUIDAS POR LA LEY N° 21.314

2.1. El aumento de penas para los comportamientos sancionados por el art. 59

La nueva ley modifica el marco penal de los delitos que forman parte del catálogo de comportamientos tipificados por el art. 59 de la LMV.

El modo en que se plasma la agravación reside en la eliminación del piso del antiguo marco penal, que partía en presidio menor en su grado medio, transformándose en una pena compuesta que parte en presidio menor en su grado medio y culmina en presidio mayor en su grado mínimo.

El aumento de penas parece proporcional a la gravedad de los comportamientos que se encuentran incorporados al referido listado, pues en ellas se recogen las hipótesis más graves de abuso de mercado, como la entrega de información falsa, la manipulación de mercado o las certificaciones falsas entregadas por corredores o auditores externos.

2.2. La modificación del delito de manipulación de precios

El legislador ha decidido reformar el delito de manipulación de precios, cuya norma de conducta se encuentra contemplada en el art. 52 de la LMV, sirviendo su texto de base para el tipo penal contemplado en el art. 59 letra e) de la misma ley.

Para demostrar los cambios introducidos por la Ley N° 21.314, ofrecemos el siguiente cuadro comparativo:

Art. 52 antes de la reforma	Art. 52 post-reforma
<p><i>Artículo 52.- Es contrario a la presente ley efectuar transacciones en valores con el objeto de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios.</i></p> <p><i>Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, podrán efectuarse actividades de estabilización de precios en valores de acuerdo a reglas de carácter general que imparta la Superintendencia y únicamente para llevar adelante una oferta pública de valores nuevos o de valores anteriormente emitidos y que no habían sido objeto de oferta pública.</i></p>	<p><i>Artículo 52.- Es contrario a la presente ley la manipulación de precios, entendiéndose por tal aquella acción que se efectúa con el objeto de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios de valores de oferta pública.</i></p> <p><i>Quedarán exceptuadas de la prohibición contemplada en el inciso precedente aquellas actuaciones que, cumpliendo con los requisitos que establezca la Comisión para el Mercado Financiero mediante normas de carácter general, tengan por objeto fomentar la liquidez o profundidad del mercado.</i></p>

El artículo 52 de la Ley de Mercados pretende defender al mercado de valores de aquellos comportamientos manipulativos orientados a afectar el sistema de precios. La alteración injustificada (i.e. que no se condice con las fuerzas de la oferta o la demanda y que en cierto sentido aparece como “contracíclica”) afecta a la eficiencia distributiva del mercado de valores. En términos muy escuetos: el sistema de precios permite que los múltiples sujetos que concurren al mercado puedan coordinarse de modo tal que solo

obtienen el bien (en este caso, un instrumento financiero) quienes dentro de los costos alternativos que se encuentran implicados en cada transacción comercial, valoran o necesitan más aquellos, teniendo la capacidad de pago requerida para hacerse de estos. Dicho con otras palabras: de acuerdo con la teoría económica estándar, un sistema de precios que funcione adecuadamente permite que los bienes se distribuyan en la sociedad de manera eficiente, pues llegarán a quienes demuestren una mayor capacidad y/o disposición de pago³. De este modo, una alteración del precio injustificadamente alcista (por ejemplo) implicará, en los hechos, una escasez ficticia del instrumento financiero, al excluir de manera anticipada del proceso de puja, a personas que necesitaban acceder a aquel bien, pero que, sin embargo, no exhiben la capacidad de pago requerida por el mercado en el escenario artificialmente creado por el manipulador⁴.

De la lectura de su texto se desprende que, en el plano objetivo, este trata de un delito de peligro abstracto (pues no requiere la concreta afectación del mercado de valores), de mera actividad y de medios determinados, pues, solamente se puede realizar a través de operaciones reales de compra y venta de valores, ejecutadas válidamente, en el mercado bursátil (*i.e.*, transacciones que realmente transfieren el dominio de los papeles, por oposición a las operaciones simuladas del art. 53 LMV). La anterior constatación, justifica que en este caso se hable de un delito de manipulaciones operativas, de conformidad con la clasificación al uso en el derecho comparado. Desde una perspectiva subjetiva, resulta evidente que la norma de sanción contenida en el inciso primero contiene un elemento de intención trascendente: el objetivo del agente es el de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente el precio de los activos financieros.

Dada la extensión del presente trabajo, no nos es posible adentrarnos en las profundas consideraciones dogmáticas que reclama un estudio acabado del referido tipo penal (que incluye el análisis de las relaciones de accesoriedad que exhibe el delito en comento con la densa regulación administrativa de la cual depende su adecuada interpretación), por lo que solo podremos destacar algunas de las principales reflexiones que se siguen

3 SOWELL, Thomas. *Economía Básica*. Barcelona, España, Editorial Deusto, 2013, págs. 33, 65.

4 De otra opinión Londoño, quien partiendo de la base de la teoría de los mercados eficientes propuesta por Eugene Fama, comprende que el sistema de precios debe defenderse en razón del potencial informativo que los precios-de-mercado ostentan respecto del valor fundamental que exhiben los emisores del activo. A este respecto, véase: LONDOÑO, Fernando. "Ilícito de manipulación bursátil: fenómeno y lesividad. Aspectos de política sancionatoria" [en línea]. En: *Política criminal*, volumen 8, número 15, Santiago, CEDEP, Julio 2013. Disponible en: www.politicacriminal.cl. De él mismo, "Aproximación histórico-comparada al Título VIII de la Ley de Mercado de Valores: bases para el reconocimiento de un contenido anti-manipulativo" [en línea]. En: *Política criminal*, volumen 10, número 20, Santiago, CEDEP, Diciembre 2015. Disponible en: www.politicacriminal.cl. De él mismo, "¿Qué prohíben los artículos 52 y 53 de la Ley de Mercado de Valores? Reconstrucción dogmática de las figuras de manipulación de mercado en el derecho chileno" [en línea]. En: *Política criminal*, volumen 12, número 24, Santiago, CEDEP, diciembre 2017. Disponible en: www.politicacriminal.cl. Para una crítica de la posición de aquel autor, desde sus premisas fundantes, véase: SALAZAR, Andrés. *Los delitos de manipulación de mercado en el Derecho chileno. Análisis desde una perspectiva institucional*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020.

del contraste entre las normas de sanción que son objeto de comparación, a partir de las modificaciones ofrecidas por el nuevo texto legal:

a) El legislador ha decidido reemplazar el texto del inciso primero, elaborando una redacción que clarifica el alcance del tipo penal correlativo. El texto posee un contenido estipulativo: define lo que se entiende por “manipulación de precios”. La modificación puede parecer de menor entidad para quien se acerca por primera vez a la presente regulación, sin embargo, una interpretación sistemática del nuevo tipo penal (gracias a las oraciones añadidas) podría permitir llegar a una conclusión de la mayor relevancia (para la interpretación de la mayor parte de los delitos de abuso de mercado en el Derecho chileno). A partir de la transformación de la norma del inciso primero en una regla constitutiva (*i.e.*, una que contiene una definición legal)⁵ sería posible argumentar que *el legislador ha decidido establecer, sin lugar a dudas, la total autonomía del delito de manipulación de precios con respecto al delito de manipulación de mercado* (art. 53 en relación con el art. 59 letra e) LMV).

En efecto, si la “manipulación de precios” queda conceptual y estrictamente delimitada por los contornos lingüísticos que establece el propio inciso primero del artículo 52 LMV, se sigue necesariamente de esto, que el artículo 53 LMV no puede ser considerado (al mismo tiempo) como un delito de “manipulación de precios”, sin incurrir en un uso inadecuado del lenguaje técnico-jurídico. La anterior constatación fuerza la idea de que el art. 53 debe ser entendido como delito que posee un alcance diverso de aquel consagrado en el art. 52 LMV⁶.

⁵ La distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas posee la mayor relevancia para la filosofía del lenguaje y la Teoría Analítica del Derecho y, por ende, la identificación de estas y de sus consecuencias tiene radical importancia para la labor exegética que realiza cualquier intérprete. Para un estudio de ellas, véase: SCHAUER, Frederick. *Las Reglas en Juego*. Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 63-73; también, HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica*. 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2002, págs. 259-275; 301-304. Cabe hacer presente que Hernández prefiere denominar a las reglas constitutivas como enunciados cualificatorios. Para una aplicación práctica de la distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas, véase: SALAZAR, Andrés. “El delito de mantención de la venta de alimentos defectuosos al público: Una revisión del artículo 315 del Código Penal a partir de la teoría de las presunciones y de la dogmática de los delitos de omisión propia” [en línea]. En: *Política criminal*, volumen 10, número 20, Santiago, CEDEP, Diciembre 2015. Disponible en: www.politicacriminal.cl.

⁶ Y es que una definición legal, no es otra cosa que una definición, que se diferencia de otras especies de definiciones, por encontrarse dotadas de un carácter autoritativo-institucional. Si esto es así, debe aceptarse que una definición legal comparte el mínimo común denominador que ostentan todas las definiciones, esto es, el que una definición importa “la determinación de la esencia de algo, en el sentido de declarar en qué consiste o en el sentido de identificarlo y distinguirlo de todo lo demás”. A mayor abundamiento, y como hemos advertido más arriba, la definición legal de manipulación de precios, podría ser clasificada (lingüísticamente hablando) como una definición nominal de tipo estipulativo, esto es, “una que asigna a un término un significado convenido que gobernará su empleo en un contexto determinado, con independencia del que pudiera tener en otros contextos”, debiendo tenerse presente que “a pesar de su carácter convencional, no es arbitraria y debe atenerse a ciertas condiciones, como la conservación del significado asignado dentro del contexto de referencia o, como, la pertinencia de su aplicación”. De este modo, la definición de “manipulación de precios” pasa a ser para la comunidad de hablantes que interpretan el Derecho una que posee un contenido fijo y que debe ser aplicada respetando sus específicos y precisos contornos, si no se desea incurrir en una falacia o una impropiedad en el uso del lenguaje técnico. Al respecto véase: VEGA REÑÓN, Luis. “Definición”. En: VEGA REÑÓN, Luis y OLMOS GÓMEZ, Paula. *Compendio de Lógica, Argumentación y Retórica*, Madrid, Editorial Taurus, 2011, págs. 174-177.

Dicho con otras palabras, el legislador ha incluido en el inciso primero del art. 52 LMV una definición legal (o, si se prefiere, ha realizado una interpretación auténtica del mencionado tipo penal) que debe ser considerada por el intérprete de conformidad con lo dispuesto en el art. 20 del Código Civil. Así, con la presente modificación se cuenta con un nuevo argumento de texto para interpretar el artículo 53 de la LMV como una cláusula general antifraudes (al modo en que fue originalmente concebida la regla 10(b) de la *Securities Exchange Act*, en el contexto del Derecho norteamericano). Cualquier empresa interpretativa destinada a reducir (teleológicamente) el alcance del art. 53 LMV se encontrará, entonces, con un nuevo obstáculo normativo para fundamentar su posición⁷.

b) La causal de justificación contenida en el inciso segundo gana en claridad: acrecienta su ámbito de aplicación, extendiéndose desde los contextos de primera emisión (al que se encontraba estrechamente vinculada la norma de que se trata, bajo su primera redacción), alcanzando ahora comportamientos que se despliegan en el mercado secundario. La gran consecuencia pragmática que se sigue de la implementación de la nueva fórmula utilizada por la regla permisiva, es la plena licitud de los *market makers*, mecanismo de negociación ampliamente utilizado por los intermediarios de valores que consiste en la permanente apertura de posiciones de venta y de compra sobre el mismo título bursátil con miras a garantizar la profundidad y liquidez del mencionado instrumento financiero⁸.

c) Por otra parte, el artículo 52 se muestra a sí mismo como un verdadero delito bursátil (al explicitar que solo se protegen por esta vía *los títulos de oferta pública*).

De esta constatación se sigue que el presente delito no cubre los comportamientos que tiendan a alterar el precio de aquellos títulos que se transan por medio de negociaciones privadas (*i.e.* en mercados *over-the-counter*).

7 Para una posición dualista, en relación con el contenido de injusto al que hacen referencia las reglas de comportamiento contempladas en los artículos 52 y 53 de la LMV (tipificadas, a su vez, a través de la regla de sanción contenida en el art. 59 letra e) de la misma ley), véase: SALAZAR, Andrés. *Los delitos de manipulación...*; por el contrario, una posición monista puede encontrarse en los trabajos de Londoño (nota al pie N°5). Recientemente, en este último sentido, véase también: RAMOS, César. "Manipulación bursátil en la jurisprudencia chilena", En: Mercado de Valores y Principales Problemas Jurídico-Penales. En: *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 43 (Año 9), Santiago, UDD, 2020, págs. 3-21. A pesar de lo reciente de esta última publicación, Ramos no innova en la discusión doctrinaria abierta sobre el sentido y alcance de los arts. 52 y 53 LMV y simplemente adhiere a las premisas y argumentos ya presentados por Londoño. En su trabajo no existe un análisis acabado, ni se encuentra una crítica fundada a la posición dualista; tampoco una revisión autocrítica de los postulados por él (implícitamente) asumidos, como la corrección (o incorrección) de la teoría de los mercados eficientes; del *homo economicus*; la teoría de las preferencias reveladas u otras que se encuentran en los cimientos de la posición monista. Lamentablemente, el trabajo de Ramos, por la época de su redacción, tampoco logró tener a la vista la presente reforma.

8 Con anterioridad a la presente regulación, la figura de los *markets makers*, solo tenía reconocimiento administrativo. Este reconocimiento se dio por medio de la Norma de Carácter General N° 327, la que fue emitida por la antigua SVS en enero del año 2012, en el contexto de la regulación de los valores que poseen presencia bursátil. De esta manera, con la nueva norma se gana en seguridad para los agentes del sistema.

La consecuencia pragmática de mayor relevancia que se desprende de dicha conclusión reside en que este delito es incapaz de captar manipulaciones de precios que recaigan sobre instrumentos de intermediación financiera o derivados (paradigmáticamente futuros como *forwards* o *swaps*, entre otros contratos de especulación-cobertura), cuyas manipulaciones solo podrán ser perseguidas a través de la norma contenida en el art. 53 de la LMV, en tanto cláusula general anti-fraudes.

d) Finalmente, huelga hacer presente que el art. 52 sigue siendo un delito que sanciona las “manipulaciones operativas”. Las operaciones ficticias (o simuladas) siguen siendo cubiertas por el art. 53 LMV.

De este modo, la reforma al artículo 52 de la LMV, aparece como una de amplio alcance, pues trasciende a la mera clarificación del alcance del delito de manipulación de precios

2.3. La ampliación del delito de certificaciones contables (o auditorías) falsas

La nueva ley reemplaza el texto de la letra d) del art. 59 LMV, del siguiente modo:

Art. 59 letra d) previo a la reforma	Art. 59 letra d) con posterioridad a la reforma
<p><i>d) Los contadores y auditores que dictaminen falsamente sobre la situación financiera de una persona sujeta a obligación de registro de conformidad a esta ley</i></p>	<p><i>d) Los socios de empresas de auditoría externa que maliciosamente emitan un dictamen o entreguen antecedentes falsos sobre la situación financiera u otras materias sobre las cuales hubieren manifestado su opinión, certificación, dictamen o informe, respecto de una entidad sujeta a la fiscalización de la Comisión.</i></p> <p><i>Sufrirán la misma pena quienes presten servicios en una empresa de auditoría externa y alteren, oculten o destruyan información de una entidad auditada, con el objeto de lograr un dictamen falso acerca de su situación financiera.</i></p>

A partir de la nueva redacción de la disposición, conviene destacar (de manera abreviada) las siguientes consideraciones:

- Se amplía el círculo de destinatarios de la norma al establecer como sujetos activos del delito no solo a los contadores o auditores que prestan servicios para las empresas que realizan las labores de certificación de los estados financieros de las compañías sometidas a fiscalización, sino además a los socios de las empresas de auditoría externa y que emitan dictámenes falsos sobre la situación patrimonial de la compañía analizada.

- Si bien, el delito del inciso primero se trata de un delito de peligro, desde la perspectiva del bien jurídico protegido (pues la confianza de los inversionistas en el mercado de valores no requiere ser lesionada en sentido alguno), se trata de un delito de resultado desde el punto de vista fenomenológico: se exige que el agente haya emitido o *entregado* una certificación falsa.
- El delito del inciso segundo constituye una innovación en nuestro Derecho, pues se focaliza en aquellos que, al interior de una empresa de auditoría externa, lleven a cabo acciones de ocultamiento de información con el objeto de propiciar un dictamen falso sobre la situación patrimonial de la empresa auditada.

Como se ve, se trata de un delito de la máxima gravedad, pues en él se pueden apreciar incluso elementos relacionados con la infracción de deberes de lealtad por parte de los empleados de la compañía de auditoría externa en relación con su cliente.

En atención, precisamente, a la gravedad del supuesto de hecho que el legislador ha querido sancionar, llama la atención que el delito de que se trata haya sido construido recurriendo a una fórmula lingüística que implica la inclusión de un elemento de intención trascendente en el tipo penal (i.e.: “...con el objeto de lograr un dictamen falso...” y con ello, se haya consagrado un delito de resultado cortado en dos actos.

Y es que, como sabemos, la inclusión de un elemento de intención trascendente trae consigo dos problemas adicionales para el acusador: (1) de acuerdo con la teoría tradicional del dolo (aún en boga), la presencia de un ánimo especial demandaría la necesidad de atribuir a los autores el estándar más exigente de imputación subjetiva: dolo directo; (2) por otra parte, no se veía la necesidad de acudir a tal elemento subjetivo del tipo: la acción es en sí misma lo suficientemente grave como para necesitar de requisitos adicionales que permitan “teñir de ilicitud” un comportamiento, en principio neutro, pues, precisamente, la ocultación o destrucción de antecedentes financieros del cliente (compañía emisora de valores de oferta pública) no tiene nada de neutral (i.e., lícito). Si lo que se quería era consagrar un elemento que permitiría al juez discriminar entre ocultaciones o destrucciones irrelevantes o insignificantes, el legislador pudo haber exigido que los antecedentes de que se trata poseyeran la aptitud suficiente como para determinar una falsa impresión de su situación financiera: con ello se hubiera objetivado el comportamiento, evitando la complejidad pragmática (y luego aplicativa) que implica el recurso a consideraciones de orden subjetivo.

2.4. La actualización del delito de entrega de información falsa para la apertura al mercado primario

El delito contemplado en la letra f) del artículo 59 LMV se ve afectado por la nueva ley en dos aspectos:

1. amplía el círculo de destinatarios de la regla de comportamiento al incluir expresamente a los “ejecutivos principales” lo que resulta plenamente consistente con lo regulado por el art. 50 de la LSA, y
2. una adecuación meramente gramatical, al reemplazar la referencia a la antigua Superintendencia por la Comisión para el Mercado Financiero.

2.5. La inclusión del delito de certificación falsa de hechos con relevancia social

La ley agrega al catálogo de comportamientos típicos sancionados bajo el art. 59 LMV, el siguiente delito:

“h) Los directores, administradores, gerentes y ejecutivos principales de un emisor de valores de oferta pública, de una bolsa de valores o de un intermediario de valores, que entregaren antecedentes o efectuaren declaraciones maliciosamente falsas al directorio o a los órganos de la administración de las entidades por ellos administradas, o a quienes realicen la auditoría externa o clasificación de riesgo de la misma, en su caso”.

El delito resulta confuso en cuanto a su ámbito de aplicabilidad. Todo indica que el legislador quiso sancionar a aquellos participantes del mercado de valores que ocupando una posición de poder al interior de la propia organización empresarial (sea un emisor de valores, sea una bolsa, sea un intermediario o una empresa de auditoría externa) difunde declaraciones falsas *hacia el interior* de la organización, afectando la percepción que los órganos encargados de la administración poseen de la propia compañía.

Sobre la base de una racionalidad teleológica, solo puede apreciarse la necesidad de incluir un delito como este entre aquellos comportamientos que lesionan al mercado de valores, cuando la información mendaz difundida *ad intra* (dentro de la empresa) tiene la aptitud suficiente como provocar una imagen distorsionada de la misma, por parte del mercado (*ad extra*), pudiendo afectar la cotización de los títulos del respectivo emisor o (al menos) la confianza que los inversionistas han depositado en un determinado intermediario de valores (la concreción de un riesgo reputacional injustificado).

No obstante, una reducción teleológica como la esbozada no se condice ni con el texto de la disposición, ni con el espíritu de la reforma impulsada por el legislador. En efecto, uno de los objetivos buscados por la Ley N° 21.314 fue la de mejorar los estándares de transparencia que existen en el mercado de capitales chileno, lo que incluye la protec-

ción de los derechos de los inversionistas de largo plazo y no solo a aquellos que participan del mercado secundario a través de estrategias especulativas de corto plazo.

Si se tiene presente, entonces, esta visión amplia del mercado de valores (que, como sabemos constituye una alternativa al sistema financiero bancario en el flujo de recursos provenientes de los ahorrantes hacia proyectos económicos que requieren de inversión) y se tiene presente que también los intereses de los inversionistas con estrategias largoplacistas requieren protección jurídica, entonces podremos comprender la ratio del presente delito.

En efecto, todas las falsedades descritas por el legislador en el presente tipo penal poseen la aptitud suficiente para afectar los derechos de accionistas, tenedores de bonos u otros titulares de valores, cuyos dividendos o rentas dependen directamente de la situación patrimonial del emisor del instrumento financiero que detentan. Pero, no solo eso: resulta indudable que la información falsa que se distribuye al interior de la organización empresarial afectada tendrá un efecto reflejo en el valor al que se transan los mencionados títulos en el mercado secundario. Si este efecto reflejo incide en una baja del precio del activo financiero, el accionista largoplacista se verá forzado a mantener posición o, en su caso, a vender, concretándose en este último momento para él una pérdida patrimonial no justificada.

Ello no obsta a que de conformidad con las denominaciones más tradicionales empleadas por la doctrina dedicada al Derecho Penal Económico, el presente delito pueda ser catalogado como un “delito societario”⁹. Lo único que se quiere decir es que su inclusión en la Ley N° 18.045 (en vez de, por ejemplo, haberse ubicado en el Código Penal) tiene un sentido posible, una relación atendible con el mercado de valores y, por lo tanto, su inclusión en la regulación especial no autoriza (necesariamente) al intérprete a realizar una reducción teleológica que distorsione el ámbito de aplicación de la regla (cuyo tenor literal, por lo demás, parece suficientemente claro en cuanto a los comportamientos que pretende alcanzar).

2.6. Las reformas penológicas que afectan a los delitos contemplados en el art. 6o

El artículo 6o LMV (norma que contiene importantes tipos penales en su catálogo, entre las cuales destacan las prohibiciones de uso y revelación de información privilegiada) contiene dos reformas penológicas que merecen ser destacadas:

a) En primer lugar, el marco penal previsto para estos delitos es modificado al alza, reemplazando la antigua pena de “presidio menor en cualquiera de sus grados” por

⁹ Un intento de delimitación de los delitos propiamente societarios en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Delitos Societarios” [en línea]. En: *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad*, N° 12, Madrid, Universidad Carlos III, Septiembre 2017, págs. 235-245. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3655>.

una nueva escala que va desde el presidio menor en su grado medio al presidio mayor en su grado mínimo, alcanzando la categoría de crimen. Esta circunstancia reviste la mayor importancia para la implementación de medidas intrusivas de investigación, de conformidad con lo dispuesto en las reglas pertinentes del CPP.

- b) La modificación legal incluye un nuevo inciso segundo que establece una norma especial de determinación de la pena, que en el foro se ha denominado usualmente como “Ley Emilia”, restringiendo la discrecionalidad (reglada) del juez de fondo para determinar, en términos concretos, el quantum de la sanción.

En relación con la primera de las modificaciones, es posible señalar que ella permite superar una antigua objeción (de naturaleza principalista) al tratamiento de los delitos económicos contemplados en el listado del artículo 6o LMV, siendo especialmente emblemática la situación de los delitos de uso, revelación y explotación privilegiada: a pesar del enorme potencial corrosivo que exhiben dichos comportamientos, los cuales se encuentran asociados a la posibilidad de obtener ingentes ganancias correlativas al aprovechamiento de la ilícita ventaja obtenida a partir de la situación fáctica (considerada como una falla de mercado) de asimetría informativa, ellos tenían asociada una pena (básica) equivalente a los delitos de bagatela. De esta forma, los delitos vinculados al uso de información privilegiada se erigían como un símbolo de la perniciosa selectividad de nuestro sistema penal, configurado por su diseño institucional como un verdadero derecho de clases: extremadamente deferente con la delincuencia económica de gran sofisticación; extremadamente dura con la criminalidad de los sectores vulnerables¹⁰.

Es aquella consideración la que, probablemente, haya llevado al legislador a reaccionar (de manera pendular) promoviendo la segunda modificación aquí consignada. Está por verse si la inclusión de la cláusula de castigo efectivo importa un mayor grado de aplicabilidad de las sanciones con que son amenazados los comportamientos incluidos en el mencionado listado o si, por el contrario, termina conspirando contra el fin que se pretende alcanzar (por la vía, por ejemplo, de la huida de la jurisprudencia hacia interpretaciones especialmente restrictivas del ámbito de aplicabilidad de las normas pertinentes).

2.7. La modificación del delito especial de revelación de información privilegiada

La letra d) del artículo 6o de la LMV sanciona una hipótesis especial de revelación de información privilegiada, orientado a los denominados *insiders secundarios*, esto es, aquellas personas que “sin pertenecer a la organización de personas que genera la información, recibe dicha información en virtud de un acto lícito de revelación por parte del

¹⁰ En este orden de ideas, véase: HERNÁNDEZ, Héctor. “Perspectivas del Derecho Penal Económico en Chile”. En: *Persona y Sociedad*, Vol. XIX, N° 1, Santiago, Universidad Alberto Hurtado, 2005, págs. 102-103.

insider primario o de otro *insider secundario* que lo antecede en la cadena de transmisión de información”¹¹.

En efecto, bajo su configuración precedente, este literal castigaba a “los socios, administradores y, en general cualquier persona que en razón de su cargo o posición en las sociedades clasificadoras, tenga acceso a información reservada de los emisores clasificados y revele el contenido de dicha información a terceros”.

Como consecuencia de las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.314, este tipo penal amplía el círculo de destinatarios de la prohibición de revelación de información privilegiada, incorporando a los socios, administradores o personas que se desempeñen en una empresa de auditoría externa.

La razón de la equiparación del estatus de los sujetos que desempeñan uno y otro rol social resulta evidente: tanto las personas que laboran en empresas de auditoría externa como aquellas que ejercen funciones al interior de una clasificadora de riesgo son capaces de acceder, en iguales términos y bajo similares circunstancias, a información privilegiada de los emisores con los cuales entablan una relación de prestación de servicios. Por lo tanto, ambas clases de *insiders* secundarios se encuentran en posición de hacer circular información sensible para el emisor en el contexto regulado, pudiendo ser causantes de las distorsiones distributivas que el legislador desea evitar.

En este orden de ideas, la asimilación en el trato dispensado por la ley parece encontrarse debidamente justificada.

2.8. La nueva penalidad del delito de manipulación informativa del art. 61

El delito de difusión falsa o tendenciosa apta para inducir a error en el mercado (*i.e.*, especie de agio) contemplado en el artículo 61 de la LMV se ve afectado por dos modificaciones de orden penológico:

- a) En cuanto al comportamiento proscrito por el inciso primero, la pena aumenta desde “presidio menor en su grado mínimo a medio” a “presidio menor en su grado medio a máximo”.
- b) Se fija derechamente el marco penal de la hipótesis agravada contemplada en el inciso segundo, estableciendo una pena de “presidio menor en su grado máximo”.

La ley no introduce cambios que incidan en la determinación de los comportamientos punibles o que modifiquen el círculo de destinatarios de la prohibición.

¹¹ BASCUÑÁN, Antonio. “La regulación de la información privilegiada en el mercado de valores después de la Ley N° 20.383”. En: WILLENMANN, Javier. *Gobiernos Corporativos. Aspectos esenciales de las reformas a su regulación*. Santiago, Thomson Reuters, 2011, p. 100.

2.9. Acerca de los delitos que pueden cometer los “asesores financieros”

El art. 3° de la Ley N° 21.314 introduce un nuevo régimen jurídico aplicable a los denominados “asesores financieros” que, no siendo intervinientes directos en el mercado, prestan servicios de orientación en decisiones de inversión, al público en general. La ley crea un nuevo mercado regulado, estipulando la obligación de inscripción y registro para las personas que deseen ejercer el mencionado giro, las cuales quedarán bajo la supervisión de la Comisión para el Mercado Financiero. Al mismo tiempo, estas empresas se encontrarán sometidas a una estricta normativa que regulará el modo en que estas pueden hacer publicidad de sus servicios así como los contenidos de información que se hallan autorizados a divulgar.

Entre otras particularidades, las empresas (y personas) que presten asesorías financieras, quedarán sometidas a reglas punitivas especiales, como las siguientes:

1. **El delito de explotación no autorizada del giro de asesorías financieras:** este tipo penal será aplicable para todo aquel que ejerza dicha calidad, sin contar con la autorización previa que se requiere para ello o sin encontrarse incorporado a los registros públicos llevados por la CMF. Este delito se encuentra sancionado con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados.
2. **El delito de recomendación falsa o tendenciosa:** se sanciona a los que, ejerciendo este giro, “con el objeto de inducir a error, difundan información falsa o tendenciosa”. Esta forma básica del delito se castiga con presidio menor en su grado medio a máximo. No obstante, la mencionada pena puede ser aumentada hasta en dos grados cuando quien difunde esa información no se encuentra inscrito en el registro público creado por la presente ley o, cuando a pesar de estar dentro de los sujetos autorizados para explotar el giro, la información propagada ha causado perjuicio en 100 o más personas (sean estas clientes o no de la empresa).

2.10. La inclusión del denunciante anónimo (*wistleblower*)

Una de las reformas más llamativas que introduce la Ley N° 21.314 reside en la incorporación a nuestro sistema jurídico de una figura muy utilizada en el ámbito anglosajón¹²⁻¹³

¹² Precisamente, en el ámbito del derecho del mercado de valores norteamericano, el Whistleblower encuentra su consagración en la sección 21F de la Securities Exchange Act, titulada como “Securities Whistleblower Incentives and Protection”.

¹³ En cuanto a la evolución de esta figura en el derecho anglosajón, resulta interesante notar el incremental grado de aceptación (normalización) y relevancia que ella ha ido adquiriendo a lo largo de los años. Tal y como anota Ragués: “En los Estados Unidos y en otros países anglosajones como Australia o el Reino Unido se ha desarrollado en las últimas décadas una auténtica “cultura” de los whistleblowers, que disponen de numerosas agencias públicas y privadas a las que pueden revelar sus informaciones, además de obtener protección por parte del Estado. Según refieren algunos autores, el auge de esta figura se sitúa en la década de 1960 y su irrupción está muy vinculada con el movimiento de defensa de los derechos civiles, la desilusión ciudadana ante la guerra del Vietnam y el Watergate y la incapacidad de las empresas y la administración para contener los nuevos riesgos de la tecnología y la industria. En muchos casos estos sujetos han recibido premios e incluso se

y frecuentemente promovida por la OCDE en sus recomendaciones: nos referimos al denunciante anónimo o *wistleblower*¹⁴. El éxito de la figura se denota en la amplia expansión que esta ha registrado en años recientes. El último hito de esta propagación lo encontramos en la Directiva Europea 1937/2019 de octubre de ese año, que obliga a los países europeos a implementar canales de denuncia anónima en todas las empresas y entidades públicas que cuenten con más de 50 trabajadores¹⁵.

La plasmación de esta reforma se realiza por medio la inclusión en el Decreto Ley N° 3.538 de 1980 (que crea la Comisión para el Mercado Financiero) de un nuevo Título VII que, a través de cada una de sus reglas (arts. 82 y ss.) establece reglas que regulan la nueva institución, que establecen los derechos que se adscriben al denunciante y las medidas de protección que el ordenamiento jurídico le dispensa.

En términos extremadamente económicos, es posible señalar que el denunciante anónimo (a diferencia de lo que ocurre con la institución de la delación compensada) es una persona natural que, no habiendo participado de ninguna forma en el hecho que se persigue, de manera voluntaria y cumpliendo con los requisitos que establece el derecho administrativo, colabora con las investigaciones aportando “antecedentes sustanciales, precisos, veraces, comprobables y desconocidos” por la CMF y que permiten la detección, constatación o acreditación de ilícitos que afectan al mercado de valores, o de la participación del presunto autor de dichas infracciones (art. 82).

No cualquier colaborador con la justicia obtiene el carácter de denunciante anónimo. Para poseer tal calidad, el postulante debe obtener el reconocimiento de la CMF, circunstancia que se concreta en la emisión de un acto administrativo que concede tal estatus. El denunciante anónimo, una vez que obtiene protección del ordenamiento jurídico, en diversos ámbitos: (a) su nombramiento es secreto y la revelación de su identidad es sancionada como delito; (b) el denunciante goza de la facultad de abstenerse a declarar en juicio oral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 303 del CPP; (c) una vez ejecutada la sentencia que ha sancionado a los autores de la infracción develada por el colaborador, el denunciante tendrá derecho a una recompensa pecuniaria, equivalente a un porcentaje de la multa que se aplique al infractor.

*han escrito novelas y rodado películas acerca de su experiencia, mereciendo a menudo el tratamiento de auténticos héroes. Sin ir más lejos, en 2002 la revista Time otorgó la condición de “personajes del año” a tres whistleblowers: los de los casos Enron, WorldCom y FBI”. Al respecto, véase con más detalle: RAGUÉS, Ramón. “¿Héroes o Traidores? La protección de los informantes-internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal” [en línea]. En: *Indret*, Revista para el análisis del Derecho, N° 3, Barcelona, UPF, 2006. Disponible en: <https://indret.com/heroes-o-traidores/>.*

14 Así, por ejemplo: OECD. Committing to Effective Whistleblower Protection [en línea]. Disponible en: <https://www.oecd.org/corruption-integrity/reports/committing-to-effective-whistleblower-protection-9789264252639-en.html>.

15 Directiva (UE) 1937/2019 de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones al Derecho de la Unión. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2019/305/L00017-00056.pdf>.

Como se puede apreciar, el sistema de colaboración con la investigación será administrado por la CMF, circunstancia que obligará al Ministerio Público a mantener una estrecha coordinación con dicha institución a la hora de obtener los antecedentes necesarios para acreditar un delito ante los tribunales con competencia en lo criminal, debiendo realizarle oportunamente los requerimientos que se estimen necesarios al colaborador, a través de los funcionarios de aquella institución. Al no existir norma especial que regule el traspaso de los antecedentes aportados al proceso administrativo por el denunciante, se sugiere adoptar una actitud cautelosa a la hora de incorporarlos a la carpeta investigativa, evaluando caso a caso, la necesidad de solicitar autorización judicial para estos efectos.

2.11. Otras modificaciones con relevancia penal

- La presunción de responsabilidad por daño y otras normas que disciplinan las operaciones con partes relacionadas. Dentro de las modificaciones contempladas por la Ley N° 21.314, llama la atención la inclusión de una serie de reglas que enfatizan la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas (sean estas abiertas o cerradas) por los perjuicios que puedan ocasionar al patrimonio encomendado, con motivo de la infracción de las reglas que regulan las operaciones entre partes relacionadas. Dado el estrecho alcance de la presente minuta, no resulta posible detenernos pormenorizadamente en cada una de estas reglas. Lo que sí corresponde mencionar, es que el énfasis que ha puesto el legislador en la limitación de dichos negocios tiene un impacto relevante en la investigación e interpretación judicial de los delitos de negociación incompatible empresarial y administración desleal, por lo que deberán ser estudiadas con detalle por aquel persecutor que deba iniciar alguna indagación vinculada a la eventual comisión de alguno de esos hechos punibles.
- Las modificaciones al delito de ejercicio ilegal del giro de administración de fondos previsionales. Otra de las reformas relevantes de la Ley N° 21.314 reside en la reforma del texto del art. 25 del DL N° 3.500 que adecúa la penalidad de dicha contravención, permitiendo su operatividad (antes contenía en su texto una remisión a una ley derogada para determinar su penalidad, hoy, en cambio, castiga la realización del tipo con una pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio). Al mismo tiempo, corrige la norma secundaria que otorgaba competencia a la Fiscalía Nacional Económica para la investigación de estos hechos, permitiendo la actuación del Ministerio Público.
- La nueva regulación del giro de asesores previsionales e incorporación de un delito con que se sanciona el ejercicio ilegal de esta actividad. El cuerpo legal en estudio incorpora un nuevo título XVII al DL 3.500, que regula la industria de la asesoría previsional. Para nuestros efectos, reviste particular relevancia la norma contemplada en

el artículo 180 de aquel Decreto, que hace aplicables las penas del art. 25 (revisada en el punto anterior) a quienes ejerzan de manera no autorizada el giro de que se trata.

- Acerca del registro de contratos de seguros. En su art. 5°, la Ley N° 21.314, contempla diversas modificaciones al DFL N° 251, denominado comúnmente como “Ley de Seguros”. Entre las reformas incorporadas destaca la creación de un “Sistema de Consulta de Seguros” que administrará la CMF y que “entregará información sobre los contratos de seguros a quienes tengan la calidad de contratante o asegurado en ellos y, en caso de fallecimiento o incapacidad judicialmente declarada, a quien demuestre un interés legítimo en acceder a dicha información”. No está de más recalcar la importancia que la información acumulada posee para fines investigativos. Una vez en marcha, estimamos que será posible invocar el interés legítimo que menciona la regla para acceder a la información pertinente. Con todo, el registro no operará de forma automática, lo que permitirá establecer puentes a nivel central que nos permitan establecer procesos de consulta organizados, con la CMF.
- Incorporación de nuevo delito base de lavado de dinero y nuevas reglas para la prescripción de sanciones de la Unidad de Análisis Financiero. La Ley N° 21.314 también incluye modificaciones a la Ley N° 19.913. Dentro de aquellas destaca la incorporación del delito del artículo 39 (invasión del giro bancario) de la Ley General de Bancos como delito base de lavado de dinero y el establecimiento (diferenciado) de plazos de prescripción para las sanciones administrativas que dicha Unidad puede imponer a las entidades fiscalizadas. Dichos plazos van desde los tres a los cinco años.
- El aumento de las sanciones administrativas que puede aplicar la CMF. Otra de las innovaciones se encuentra en la modificación del monto máximo de las sanciones administrativas que puede imponer la CMF a sus regulados, las que en algunos casos podrían alcanzar las 100.000 UTM. El aumento de la sanción pecuniaria, probablemente, sea invocado por los defensores de los infractores para alegar infracción al principio *ne bis in idem*, en caso que la contravención constatada en sede administrativa posea un correlato penal.
- La nueva regulación del crédito. El nuevo cuerpo legal modifica diversas reglas de la Ley N° 18.010, muchas de las cuales se encuentran referidas a las comisiones que las instituciones financieras se encuentran facultadas a cobrar o a las distintas clases de intereses que pueden devengarse a partir de la concreción de una operación de crédito de dinero. Las innovaciones en esta materia deberán ser tenidas en cuenta en aquellas investigaciones criminales que se susciten por eventuales ilícitos de usura.

3. CONSIDERACIONES FINALES

Como se puede apreciar, la Ley N° 21.314 importa una modificación relevante para el ordenamiento jurídico chileno y en lo que respecta al Derecho Penal, una reforma de peso en lo que guarda relación con la investigación y sanción de los delitos económicos.

Algunas de las modificaciones, poseen incidencia sistemática, pues ofrecen nuevos antecedentes para evaluar las relaciones existentes entre los distintos tipos penales que integran el Derecho Penal del mercado de valores (art. 52 y 53 LMV). Otras implican una clarificación del contenido de sus normas de sanción, una ampliación del círculo de sus destinatarios o, simplemente, modificaciones centradas en la configuración de sus marcos penales.

Una cuestión especialmente relevante reside en la incorporación a nuestro Derecho de la figura del *whistleblower*. Con ella, la colaboración de informantes internos recibe un explícito reconocimiento legal (regulándose de manera pormenorizada sus requisitos, efectos procesales y beneficios), dejando de ser la instauración de esta institución una mera manifestación de las mejores prácticas empresariales en materia de detección de comportamientos infractores de ley (dejada a la autorregulación y a la cultura del *compliance*).

Con todo, no todas las consecuencias procesales posibles de imaginar se encuentran reguladas por la ley, quedando abiertas una serie de cuestiones operativas que guardan relación con la colaboración efectiva que el informante debería proporcionar a las autoridades pertinentes, en el contexto del proceso penal. De esta constatación se sigue que existe un amplio margen para la coordinación interinstitucional entre la CMF y el Ministerio Público.

Finalmente, las repercusiones que la presente ley genera en el sistema criminal, no se agotan en la modificación de las reglas constitutivas o regulativas vinculadas al derecho del mercado de valores. Muchas de ellas se extienden a los más diversos campos del Derecho Penal Económico, siendo ejemplo de ello las modificaciones introducidas a la Ley N° 19.913 o a las normas penales contempladas en el DL N° 3.500. A partir de la constatación de aquellos efectos, resulta posible prever el inicio de un amplio número de publicaciones que permitan analizar racionalmente cada una de las modificaciones y consecuencias sistémicas que las reglas de la Ley N° 21.314 traen consigo. El presente solo ha pretendido ser un estudio inicial y no exhaustivo de las cuestiones de interés dogmático que surgen a partir de la entrada en vigencia del reseñado cuerpo legal.

**UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD
PENAL ADOLESCENTE
Y DELITOS VIOLENTOS**

LA COSTUMBRE INDÍGENA EN EL FALLO DICTADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DEL DENOMINADO “CASO ISLA DE PASCUA”

Álvaro Murcia García¹

I. INTRODUCCIÓN

Durante el último tiempo, en el sur de nuestro país -especialmente en las regiones del Biobío y La Araucanía- han ocurrido una serie de hechos de violencia asociados a reivindicaciones territoriales, que en el marco de las investigaciones penales asociadas a ello, se han englobado bajo el término “Violencia Rural”. Ahora bien, en las causas criminales vinculadas al referido fenómeno, ha surgido la discusión en torno a la forma de entender la costumbre indígena y su aplicación por parte de los Tribunales de Justicia en resoluciones asociadas a dichas investigaciones. En este contexto, con fecha 29 de enero de 2021, el Tribunal Constitucional de Chile dictó sentencia en la causa Rol 9792-2020, en atención a un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, que crea el departamento de Isla de Pascua, interpuesto por el magistrado Alex Mauricio Guzmán Manríquez, juez titular del juzgado mixto de Rapa Nui - Isla de Pascua, en el proceso penal RUC N° 1901075741-2, RIT N° 426-

¹ Abogado de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2019, seguido ante el juzgado mixto de Rapa Nui - Isla de Pascua.

Conforme a lo señalado, en varios considerandos incluidos en el fallo en comento, se abordan una serie de materias vinculadas a la costumbre indígena, temática que resulta de interés no solo por lo ya dicho, sino además porque durante el último tiempo ha sido un tema debatido en estrados ante los planteamientos formulados por la Defensa de imputados en el marco de investigaciones criminales llevadas adelante por el Ministerio Público de Chile.

II. ANTECEDENTES

El Juez Guzmán solicitó el pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, señalando que el día 29 de mayo de 2020 se realizó la audiencia de preparación de juicio oral respecto del imputado, quien fuera acusado por el Ministerio Público por el presunto delito de violación propia. Sin embargo, 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, por ser el acusado miembro de la etnia Rapa Nui y haberse cometido el ilícito en territorio de la isla del mismo nombre. Agrega el Magistrado 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, ante lo cual el magistrado rechazó la solicitud en torno a excluir el documento por exceder sus competencias y dictó el auto motivado que fuera remitido al Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre la eventual inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las cuestionadas normas.

Como fundamento de su solicitud, el juez señala 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.

En relación a ello y tal como se señala expresamente en el fallo “*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*”.

Además de lo anterior, el juez plantea que en el supuesto de dictarse una sentencia condenatoria y teniendo en consideración lo dispuesto por la norma en referencia, el marco abstracto de la pena necesariamente debería rebajarse en un grado al mínimo señalado por la ley. En lo que respecta al artículo 14 de la ley en referencia, indica que en el caso de una sentencia condenatoria por el delito de violación propia y de conformidad a la Ley N°18.216, procedería la privación efectiva de libertad por la imposibilidad de aplicarse una pena sustitutiva; sin embargo, el artículo 14 permitiría al condenado cumplir en el medio libre hasta dos tercios de la pena.

III. PLANTEAMIENTOS DE RELEVANCIA

En primer lugar, es importante destacar que –tal como se señala en los vistos del fallo– al interponer su requerimiento, el Magistrado Guzmán refiere como antecedente que hasta antes del año 1966, no existía un reconocimiento legal de la calidad de ciudadanos chilenos respecto de los miembros de la etnia Rapa Nui, lo que provocó un levantamiento conocido como la “Revolución Pacífica”, mediante el cual se exigía al Estado de Chile igualdad de derechos, lo que en definitiva derivó en la dictación de la denominada “Ley Pascua”. Ahora bien, en su presentación el Magistrado señala que parte de las normas sustantivas de la referida ley pueden entenderse como formas de acciones positivas para equilibrar una situación de desmedro; no obstante y atendida la situación actual, estas acciones no deberían ser consideradas, a fin de poder dar protección a la comunidad en su conjunto.

Otro aspecto de relevancia a destacar es que en el marco de la tramitación de esta causa, 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, señalando 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, destacando la importancia de la CEDAW y la Convención Belém do Pará y añadiendo 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, para finalmente concluir que no existe una tensión entre las garantías señaladas en favor de la víctima y el derecho propio indígena, toda vez 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. Conforme a lo señalado, no existiría una contravención a lo dispuesto por el Convenio N° 169 de la OIT, dado que éste plantea la procedencia de atender a la costumbre en la resolución de los conflictos sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, no obstante, al no constituir lo consagrado en la Ley Pascua una costumbre real –tal como plantea la Corporación Colectiva Justicia Derechos Humanos y la Organización Comunitaria Funcional Rapa Nui Maroa– dicha contravención no se produciría.

A su turno y a fojas 675, el Consejo de Ancianos Rapa Nui - Mau Hatu acompaña amicus curiae, en el cual, junto con dar cuenta de la función de este consejo dentro de la isla e indicar que es el máximo organismo político y representativo del pueblo Rapa Nui, explica que la discriminación positiva en el derecho internacional tiene como objeto promover una mayor igualdad de hecho y al menos al garantizar a aquellos grupos con desventaja una verdadera atenuación de aquella desigualdad, aclarando que ello obedece a una lógica de compensación en los ámbitos de desarrollo económico, social, político, cultural, religioso y jurídico. Respecto de la regulación de los delitos sexuales vigente al momento de la dictación de la Ley Pascua, refiere 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, indicando que el legislador chileno tuvo en consideración este punto al establecer una regla de determinación de pena con una rebaja por motivos culturales o étnicos. En cuanto al artículo 14, sostiene que en la cosmovisión Rapa Nui no existe la pena de encierro, dado que si bien el fin de la sanción es la retribución del mal causado, la prevención especial positiva y la rehabilitación, dichos objetivos no pueden alcanzarse a través de una pena privativa de libertad y fue precisamente por ello que el legislador determinó que la pena podía ser cumplida de diversas maneras.

IV. CONSIDERANDOS DE INTERÉS

Al debatir sobre el requerimiento interpuesto, el Tribunal precisa –en el considerando decimotercero– que el caso implica 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”.

Posteriormente, al analizar la materia en el considerando decimosexto, la Magistratura aclara que *“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 Dereito 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”.*

Ahora bien, en nuestra opinión en los considerandos decimoctavo a vigésimo segundo se hacen cargo en específico del debate que nos convoca, al relacionar la materia en análisis con el Convenio N°169 de la OIT, el cual aborda el impacto que la costumbre indígena puede tener en el marco de un proceso penal, ante lo cual el Tribunal precisa que si bien resulta pertinente la aplicación de la costumbre indígena en algunos casos, ello está sujeto a una serie de consideraciones particulares, tales como la normativa nacional, el respeto de los derechos fundamentales que corresponden a todos los ciudadanos y también observando los deberes que afectan a los involucrados.

En efecto, al analizar el referido convenio en el considerando decimoctavo, cita su artículo 8.1 el cual prescribe: *“al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.* En relación con ello –razona el Tribunal– 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, sobre todo a la luz de lo dispuesto por el artículo 9.1 del mencionado convenio, el cual dispone: *“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”.* En este contexto de compatibilidad, el Convenio ordena en su artículo 9.2 que: *“las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.*

En este sentido, en el considerando vigesimoprimeros se señala que 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. De acuerdo a lo anterior, el legislador ha entendido que determinadas conductas de miembros pertenecientes a diversas comunidades originarias o pueblos indígenas pueden traducirse en los institutos penales que el mismo Tribunal se encarga de enumerar. *“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”*. Ahora, es importante tener en consideración que la 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 tanto porque no ha tenido referencias expresas a los dilemas de costumbres penales indígenas, como porque los conflictos que ha resuelto han tenido a las comunidades indígenas como víctimas o porque la víctima no es indígena siendo su agresor un miembro de un pueblo originario.

A mayor abundamiento, en el considerando vigesimosegundo, la Magistratura plantea que no es posible estimar que pudiera existir una costumbre que aparezca como norma en la perspectiva de ir “contra la ley” de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2° del Código Civil; mientras que dicha costumbre en el ámbito de la legislación indígena no puede ser incompatible “con la Constitución Política de la República”, tal como reza el artículo 54 de la Ley N° 19.253². En este sentido, la función auxiliar que tiene la costumbre 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.

En relación con ello, en el considerando vigesimotercero se desarrolla un análisis específico sobre la Ley N° 16.441, al señalar que su objeto principal fue integrar administrativa-

2 Artículo 54: “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. El Juez encargado del conocimiento de una causa indígena, a solicitud de parte interesada y en actuaciones o diligencias en que se requiera la presencia personal del indígena, deberá aceptar el uso de la lengua materna debiendo al efecto hacerse asesorar por traductor idóneo, el que será proporcionado por la Corporación”.

mente 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. Durante la tramitación del proyecto de ley, cabe constatar un conjunto de elementos que revisten un especial grado de complejidad en el tratamiento de la materia que nos convoca, dado que 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 además de ello, la dimensión penal fue uno de los elementos que tuvo una discusión paralela.

En efecto, el considerando vigesimocuarto aclara que en su deliberación existió un conjunto de constataciones que el Tribunal estimó necesario 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”.*

En base a los referidos antecedentes, el Tribunal considera 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. En efecto, sobre el punto en el considerando vigésimocuarto se señala expresamente: *“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 tuestas”, 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...”*

En lo concerniente a la forma de entender la costumbre indígena propiamente tal, el Tribunal señala en su considerando trigésimo tercero que cabe recurrir a lo definido espe-

cíficamente por el legislador en la Ley Indígena N°19.253, de 1994, que “Establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena”, 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”.*

En base a lo señalado, el Tribunal estima en el considerando trigésimo cuarto que en el ámbito penal la costumbre resulta aplicable solo como causal de exención o modificación de la responsabilidad penal por causas justificantes o de culpabilidad, pero necesariamente debe probarse.

Ahora bien, en el considerando trigésimo quinto se aclara que aun 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, estimando por tanto el Tribunal que esta regla establecida en el mencionado artículo no cumple una función penal dentro de la teoría del delito, toda vez que no constituye una vía adecuada para atenuar los efectos de la pena, identificar una causal exculpatoria o resolver un dilema de culpabilidad. Tampoco requiere ser probada, con lo cual se le impide al juez razonar, valorar una conducta o apreciar como alguno de los elementos que rodean un delito se manifiesta en el caso concreto de un modo no parametrizado dentro de la definición legal. En efecto, según el criterio de la Magistratura, el artículo 13 *“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?”.*

En esta línea de pensamiento, el considerando trigésimo octavo aborda la inquietud anterior, al plantear que en general la razón por la cual se rebajan penas está asociada a finalidades constitucionalmente legítimas relativas a la valoración de los delitos mismos y sus consecuencias y 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. En este sentido, *“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”.

Incluso más: al ahondar en este análisis en el considerando cuadragésimo y relacionar el delito de autos con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley N° 16.441, el Tribunal plantea: *“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?”.*

Conforme a lo señalado, el Tribunal plantea en su considerando cuadragésimo quinto que 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 compleja de demostrar la efectiva concurrencia de una inconstitucionalidad. Ante ello, y en el considerando cuadragésimo séptimo, se precisa que una 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). Pues bien, y tal como se señala en el considerando cuadragésimo octavo, 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; en circunstancias que 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”*.

Al respecto, en el considerando cuadragésimo noveno se precisa que *“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". Por su parte, en el considerando quincuagésimo añade que la justificación de la diferencia en comento ha sido asociada a la exigencia del derecho a un trato distinto en razón de referirse a una costumbre propia de un pueblo indígena. Sin embargo, la diferencia no se sostiene, porque si bien podría haber existido en el ámbito de la costumbre penal indígena, ello fue doblemente descartado, tanto por la autoridad Rapa Nui del Consejo de Ancianos como por la autoridad técnica en materia indígena.

Ahora bien, y de acuerdo a lo expuesto anteriormente, en el considerando quincuagésimo primero se señala que 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 Rapa Nui, pero 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 que exime a los imputados de etnia Rapa Nui de probar algo, opera con posterioridad a un juicio con debido proceso y solo aparece al momento de estimar la penalidad específica y el régimen de cumplimiento. Sobre ellas no habría opción de debatirlas como es el caso de las costumbres penales en los procesos que involucran a miembros de otros pueblos indígenas y en consecuencia, no se cumplen estándares legales de nuestra legislación especialmente aplicable a los pueblos originarios, careciendo por tanto de racionalidad y configurando una diferencia arbitraria, al imponerse sobre todo el proceso definiendo un privilegio a todo evento, basado en consideraciones carentes de justificación. Este no es un beneficio, es un privilegio, los que en Chile se encuentran constitucionalmente prohibidos.

Un aspecto que resulta de sumo interés, estrechamente relacionado con la materia que nos convoca, es el multiculturalismo. En relación con ello, en el considerando quincuagésimo cuarto, el Tribunal reflexiona acerca de este concepto, señalando que el cuestionamiento realizado a las normas en comento puede ser interpretado como un ejercicio desde una "cultura homogénea" que desconoce la dimensión diferenciada de la cultura indígena. Al respecto, el Tribunal señala: "*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... 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”.

En el considerando siguiente, quincuagésimo quinto, concluye este análisis, agregando que 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 y de acuerdo a ello, la perpetración de un delito 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.

Por otro lado, y al retomar el análisis vinculado con el Convenio N° 169 de la OIT en el considerando quincuagésimo séptimo, el Tribunal, se refiere al artículo 10.2 del mismo, el cual mandata que cuando se impongan sanciones penales previstas en reglas generales *“deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”*. No obstante, el Tribunal señala que la norma transcrita no constituye 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 mencionado Convenio, esto es, *“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 no podría aplicarse conforme a las exigencias de determinación del artículo 19 N°3 de la Constitución, 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”*.

Por su parte, en el considerando quincuagésimo noveno, la Magistratura señala que la base de aplicación de las normas en juego 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 atención a ello, el Tribunal estima que: *“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”*.

V. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En base a todos los argumentos expuestos en los considerandos previos, en el sexagésimo quinto se resuelve acoger el requerimiento interpuesto, de acuerdo a 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), precisando que dichas argumentaciones, sin perjuicio de las cuestiones de legalidad propias del juez de fondo, deberán ser consideradas en la gestión pendiente, teniendo presente además lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6° y decimoprimeros 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.

Voto disidente

La resolución fue acordada con el voto en contra del Ministro señor Juan José Romero Guzmán, quien estuvo por rechazar el requerimiento, porque si bien concordaba con el voto de mayoría del fallo, en el sentido 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, la vía para enmendar tal situación es por medio de la dictación de una ley que las derogue, pero no a través de una sentencia que declare la inaplicabilidad de los preceptos impugnados. En este sentido, el Ministro Romero estima que la inaplicabilidad decretada por este Tribunal modifica de una forma tal el sistema legal susceptible de ser aplicado por el juez del fondo en este caso concreto, que resulta incompatible con el derecho constitucional consagrado en el artículo 19 N° 3°, inciso octavo, conforme al cual no se puede aplicar una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito ha estado presente.

VI. PREVENCIÓNES

Cabe señalar 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, –en resumen– lo que sigue:

- El artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República expresa que “En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”.
- 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.

- 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 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.
- 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.
- En el caso considerado un sujeto natural de la Isla de Pascua ha sido acusado del delito de violación.
- De acuerdo a la acusación, 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 mínimo, 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.
- 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.
- En cuanto al cumplimiento de la pena, el artículo 86 del Código Penal expresa, que las condenas se cumplen en establecimientos carcelarios y los artículos 467 y 468 del Código Procesal Penal especifican que las penas se ejecutarán en la forma señalada en el Código Criminal, que reiteran el cumplimiento de las penas privativas de libertad en el establecimiento penitenciario.
- Existe otro aspecto a considerar que pone más de manifiesto el privilegio contenido en el precepto legal objetado 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.

- En consideración a lo expresado precedentemente, los artículos 13 y 14 de la Ley N°16.441 resultan contrarios a la Constitución.

Además de las prevenciones ya señaladas, el Ministro señor Nelson Pozo Silva, concurre a la decisión por acoger el presente requerimiento, agregando –entre otras– las siguientes consideraciones:

- 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. En este sentido, 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 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”* (Mir Puig, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Ed. Iustel, Madrid, 2011, p. 15).
- Al respecto, el Ministro agrega que *“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”*.
- Una característica común en relación a percepción de las causas entre Rapa Nuis tiene que ver con el objeto buscado con la sentencia, dado que, en general, lo que se pretende es la reparación del daño causado y no que el infractor cumpla penas de cárcel.
- 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 solo elemento un aspecto discriminatorio que debe ser ponderado. Es así como el art. 14 de la Ley 16.441 dispone que los condenados pueden cumplir hasta 2/3 de dichas penas fuera del recinto carcelario.
- Otro 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 todo caso, en general se puede concluir que existe un criterio histórico ambiguo e ilógico.

- Ahora bien, 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, consecuencialmente, se dan múltiples conflictos de interlegalidad.
- Es fundamental tener presente que el derecho propio indígena, al igual que el derecho occidental, es un sistema híbrido, variante y cambiante, lo cual quiere decir que es necesario entender la “idea del derecho propio indígena”, desde la perspectiva dinámica de la identidad cultural y la etnicidad.
- Sobre el punto anterior, el Ministro aclara que la Ley Indígena chilena, consagra un mínimo reconocimiento al derecho consuetudinario indígena, imperando en Chile 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).
- Por otra parte, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.
- En relación con ello, cabe considerar 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”* (Couso Salas, Jaime, VVAA. *Mapuches y derecho penal*. En: obra colectiva “Derecho y Pueblo Mapuche”, Ed. Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2013, p. 186).

- Sobre el punto, el Ministro recuerda que el Tribunal 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.
- En lo concerniente al Convenio N° 169, el Ministro plantea que: *“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”*.
- Finalmente, el Ministro señala que *“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”*. De acuerdo a ello, los componentes de la proporcionalidad: el fin adecuado, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (ponderación) resultan aplicables en el caso de autos. En este sentido, el Ministro agrega que *“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”*. En este sentido, plantea que la aplicación de penas en los términos de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 resultaría discriminatorio y desproporcionado, 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.

Texto del fallo del Tribunal Constitucional

Sentencia ROL 8792-2020, 29 de enero de 2021

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 13 Y 14 DE LA LEY N° 16.441, QUE CREA EL DEPARTAMENTO DE ISLA DE PASCUA
ALEX MAURICIO GUZMÁN MANRÍQUEZ, JUEZ TITULAR DEL JUZGADO MIXTO DE RAPA NUI-ISLA DE PASCUA EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1901075741-2, RIT N° 426-2019 SEGUIDO ANTE EL JUZGADO MIXTO DE RAPA NUI-ISLA DE PASCUA

VISTOS:

Que, con fecha 5 de junio de 2020, Alex Mauricio Guzmán Manríquez, Juez Titular del Juzgado Mixto de Rapa Nui-Isla de Pascua, acciona solicitando un pronunciamiento de esta Magistratura en torno a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua, en el marco del proceso penal RUC N° 1901075741- 2, RIT N° 426-2019, seguido ante dicho Tribunal.

Preceptos legales cuya aplicación se impugna

El texto de los preceptos impugnados dispone:

“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, Alex Mauricio Guzmán Manríquez, 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 de iniciales D.D.P.A, 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 de nombre fantasía “Pikano” ubicada en calle Hotu Matua S/N, 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. 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 privación 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 Cons-

titucional 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° 16.641.

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 jui-

cio 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 inserción 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 1°, 5°, 6°, 19 N° 2 y N° 3 de la Constitución. Asimismo, se invoca una infracción a las normas convencionales identificadas en los artículos 1°, 2°, 3°, 4° literales b), c), e) y f), 6°, 7°, 8° y 9° de la Convención de Belém do Pará. Del mismo modo, estima vulnerados los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° 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 5°, 6° 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 terri-

torio 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 conveniencia 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 Dereito 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 tri-

bunales 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 estadias muy temporales y la alusión técnica es vaga. Por ejemplo, la dimensión pe-

nal 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. 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.

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 califi-

carse 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.

Creo 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 exculpatória 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 5°, inciso 2°, 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, destinares algunos considerandos a recordar los tratamientos jurisprudenciales de nuestro Tribunal en la materia, a objeto de identificar en qué sentido estimaremos que las reglas aplicables vulneran el artículo 19, numeral 2°, de la Constitución. En primer lugar, está la “igualdad en la generalidad de la ley” como una extensión natural de la “igualdad ante la ley”. En este tipo de casos, la ley es la regla espacial que determina el universo del caso. No necesita nada desde la Constitución. Ninguna diferencia ni criterio que justifique tratamientos distintos. Aquí el juez opera de modo binario: interpreta los hechos conforme a la norma para incluirlo o excluirlo. Esta explicación,

inmediatamente, implica negar que nos encontremos frente a un caso de igualdad ante la generalidad de la ley, puesto que aquí la ley misma es el problema.

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

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

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

CUADRAGESIMOSÉPTIMO.-La tercera manifestación de la igualdad es “la igualdad en la ley” como un derecho a un trato normativo diferenciado, motivado y razonable la que se deriva del mandato que indica que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias” (inciso final del numeral 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. 29°). 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.

QUINCUGÉSIMO.- 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, inmediateamente, 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.

QUINCUAGESIMOPRIMERO.- 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

QUINCUAGESIMOSEGUNDO.- 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.

QUINCUAGESIMOTERCERO.- 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?

QUINCUAGESIMOCUARTO.- 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 repudiables 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 certifi-

cado 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 decimo-primer, 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 le-

gislación 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%

Agrupación delitos	Enero a Agosto 2014	
	N	%
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 PAIS	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 intimidación 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 rapanui 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, 2° 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, 2° 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 circuns-

tancias 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 contexto 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 no auto 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 diferentes: un argumento legal que podría llamarse argumento de auto-substancia 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 tomo 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 artículo 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 funda-

mentales 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 -quíerese 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 pro-

porcionalidad 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 tomada 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 cual-*

quier 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 concurren 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 considere 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.