



Boletín de  
jurisprudencia de  
género: defensa penal  
con enfoque de género  
N°1-2021

Departamento de  
Estudios, Defensoría  
Nacional

Santiago, marzo de 2021

## Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN .....	4
1. Corte Suprema acoge recurso de casación en el fondo por considerar que la conducta de la procesada que guarda papelillos de droga y cobra cheques de su conviviente es un acto de encubrimiento y no de tráfico (Corte Suprema 30.04.03 rol 4614-2002) .....	7
2. Corte Suprema rechaza recurso de amparo presentada por condenada a pena de expulsión privada de libertad a la que se le extiende su ejecución de forma indefinida por la pandemia (Corte Suprema, 17.04.20 rol 42813-2020. Ref CA Valparaiso rol 253-2020.)	9
3. Juzgado de Garantía de Osorno declara ilegal la detención de mujer imputada por delito sanitario en virtud que incumplió toque de queda y cuarentena para denunciar un delito de violencia intrafamiliar del que fue víctima (Juzgado de Garantía de Osorno, 23.08.20 rit 5270-2020).....	13
4. Corte de Apelaciones de Valdivia no ordena la prisión preventiva de mujer por porte de arma ilegal y municiones por considerar la violencia intrafamiliar de la que es víctima la imputada (CA Valdivia, 01.10.20 rol 694-2020) .....	19
5. Corte de Apelaciones de Antofagasta sustituye prisión preventiva de imputada considerando posible estado de necesidad exculpante y falta de necesidad de cautela (Corte de Apelaciones de Antofagasta, 26.11.20 rol 812-2020).....	25
6. Corte de Apelaciones de Valparaíso sustituye prisión preventiva de imputada por avanzado embarazo y consideraciones de género y derechos humanos (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 02.12.20 rol 2441-2020) .....	42
7. Tribunal Constitucional declara inaplicable Arts. 13 y 14 de la Ley Pascua por vulnerar el principio de igualdad en relación a la violencia sexual contra la mujer (Tribunal Constitucional, 29.01.21 rol 28792-2020) .....	45
8. Corte de Apelaciones de Concepción sustituye prisión preventiva de imputada por arresto domiciliario total basada en perspectiva de género (Corte de Apelaciones de Concepción, 29.01.21 rol 94-2021).....	142
9. Corte Suprema acoge recurso de amparo presentada por una niña que fue detenida ilegítimamente por la policía y lo rechaza respecto de dos mujeres adultas por falta de prueba sobre las circunstancias de su detención (Corte Suprema, 09.02.21 rol 11435-2021).....	144

10. Corte de Apelaciones de Concepción concede libertad vigilada intensiva a mujer aplicando consideraciones de género (Corte de Apelaciones de Concepción, 12.02.21 rol 74-2021)..... 153

INDICES..... 158

---

## INTRODUCCIÓN

---

Cada 8 de marzo conmemoramos el día internacional de la mujer, que aunque nace como una forma de hacer visible la desigualdad de la mujer en el ámbito laboral, e intentar deconstruir la distribución sexual del trabajo, que minusvalora el trabajo sexual no reproductivo, y que genera una “desconfianza” a aquellas que irrumpen y obstaculiza un espacio que anteriormente les estaba vedado, ha comenzado a ser también el día en que se conmemoran las desigualdades que sufren las mujeres en todos los espacios tradicionalmente masculinos.

En definitiva, se ha transformado en un día en que hacemos visible las desigualdades de todas las mujeres en todos los ámbitos, incluido el sistema penal, en tanto estamos frente a un ámbito social particularmente discriminador. Si consideramos que la mujer, al ejercer su rol simbólico en lo biológico, en “un tipo de ocupaciones de nivel inferior, socialmente fragmentadoras y particularistas” (Ortner, 1979: 14) asociados a lo doméstico, no participa en lo público, que es el lugar en donde se definen las normas penales, y en general, tampoco son consideradas a la hora de definir los valores sociales que determinan el contenido de los bienes jurídicos, difícilmente participará de las definiciones básicas del sistema penal.

Pero por otro lado, las mujeres también se ven afectadas por el efecto de las normas penales en la sociedad y la función de éstas como ordenadores de la relación entre géneros. La aparición de las visiones revisionistas hechas por feministas a la criminología crítica, hizo aparecer una interesante discusión en torno al uso de la ley penal como forma de mantención de patrones patriarcales. Por un lado, algunas empezaron a abogar por el que se utilizara el derecho penal no sólo para proteger bienes jurídicos, sino también, usando su función simbólica, para instar a las personas a modificar patrones culturales y estilos de vida (Larrauri, 2000), arguyendo que los Estados se resistieron por mucho tiempo a regular criminalmente la vida privada, dejando a los varones la potestad de decisión y castigo en la familia, lo que permitió la mantención de relaciones desiguales de poder en ella. Asimismo, señalan que la insistencia estatal en regular exclusivamente la esfera pública, produce como

efecto que se relega a la mujer a una condición inferior. Finalmente, estas revisionistas feministas señalaban que la falta de regulación penal en este ámbito legitimaba una división de lo público y privado que era artificial y que correspondía a patrones capitalistas. En resumen, parte de las criminólogas críticas exigían al Estado que utilizara la ley penal para “invertir la simbología ya existente en la sociedad respecto del poder omnipotente del marido sobre la mujer” (Ibid.: 220).

Empero, frente a esta posición teórica también hay criminólogas feministas críticas contrarias a la utilización del poder simbólico del sistema criminal, pues sostienen que la ley penal en sí tiene una estructura patriarcal, ya que posee una estructura jerárquica, donde predomina la racionalidad por encima de cualquier otro valor, y se presenta en una forma adversarial, características que no desaparecerán aun cuando se eliminen formalmente el sexismo o sea aplicada por juezas (Ibid.). Esta corriente insta a recurrir a otro tipo de soluciones que sean más radicales, eficaces, y permitan una mayor autonomía y autoorganización de las mujeres. Para ellas, el recurso al derecho penal “tiene un (doble) precio: la victimización de la mujer que ve cómo sus demandas son contempladas con desconfianza y toda su moralidad sometida a examen para determinar si es o no una «víctima apropiada»” (Ibid.: 221). Tampoco sería cierto que el recurrir al derecho penal compensa la falta de poder de las mujeres, porque quienes recurren al él no son los sectores más débiles, sino que al contrario. Además, sostienen que el recurso a la función simbólica no ha generado los cambios queridos, ya sea por la falta de difusión de las reformas legales; porque los mismos hombres se han victimizado por ser usados por mujeres “histéricas y deseosas”; porque ha reafirmado la visión de que los ataques machistas a mujeres son casos cometidos por hombres aislados y no reconoce que se trata de una violencia estructural; y porque ha generado una falsa conciencia de triunfo de los movimientos feministas con su consiguiente desarticulación (Ibid.).

En definitiva, en este boletín encontrarán expuestas ambas posiciones. Por un lado, en la primera postura, la sentencia del Tribunal Constitucional relativa a las minorantes y forma especial de cumplimiento penitenciario establecidas en la Ley Pascua en relación a delitos contra la libertad sexual, declarándolas contraria al principio de igualdad, u otra de la Corte Suprema en la que, a propósito de una expulsión de una extranjera que se encontraba privada de libertad y que se había

visto demorada de forma excesiva producto de la pandemia de Covid-19, no consideró que se violaran derechos de la encartada.

Pero por otro lado, también vemos expuestas aquellas sentencias de distintos tribunales en las que, considerando la situación de desigualdad histórica de las mujeres en el sistema penal, las historias de violencia que han vivido, y las obligaciones de cuidado de sus hijos, se morigera la intensidad en la aplicación de la ley penal ya sea declarando ilegal sus detenciones, sustituyendo medidas cautelares de prisión preventiva por otras de menos intensidad, o se les condena a penas sustitutivas no privativas de libertad.

#### Bibliografía:

Larrauri, Elena. 2000. La herencia de la criminología crítica, Siglo XXI.

Núñez, Lucía. 2018. El género en la ley penal, crítica feminista de la ilusión punitiva, Centro de Investigaciones y Estudios de Género, UNAM.

Ortner, Sherry. 1979. ¿Es la mujer con respecto al hombre lo que la naturaleza con respecto a la cultura? En: Antropología y Feminismo. Editorial Anagrama. España.

**1. Corte Suprema acoge recurso de casación en el fondo por considerar que la conducta de la procesada que guarda papelillos de droga y cobra cheques de su conviviente es un acto de encubrimiento y no de tráfico ([Corte Suprema 30.04.03 rol 4614-2002](#))**

**Norma Asociada:** CP 17; CP 30

**Tema:** Tráfico ilícito de drogas; encubrimiento; enfoque de género.

**Descriptor:** encubrimiento; tráfico de drogas.

**SÍNTESIS:** La Corte considera que la actividad desplegada por la procesada de guardar droga de su conviviente y cobrar cheques con los que se le pagaba la droga no constituyen el delito de tráfico, sino que de encubrimiento, en atención a que del acto objetivo de guardar per sé, no se desprende que una persona haya tenido intención de tomar parte en forma directa en el tráfico ilícito de dicha sustancia, lo que es indispensable para imputarle autoría (considerandos 5, 6, 7, 8 y 9).

**TEXTO COMPLETO**

Santiago, treinta de abril de dos mil tres.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo, manteniendo las correcciones efectuadas por la Corte de Apelaciones de Valdivia de fs. 3996 reproduciendo sus fundamentos primero a undécimo, como también la parte decisoria de esa resolución en lo que no se refiere a la procesada A. M. J. T.

Vistos: En la sentencia de primer grado se suprimen los considerandos trigésimo, trigésimo primero, sexagésimo octavo, sexagésimo noveno y septuagésimo primero y se tiene en su lugar y además presente:

1º) Que en orden a establecer la participación de A. M. J. T. en los delitos de tráfico ilícitos de drogas que se investigó en esta causa, está el parte policial que la puso a disposición del tribunal, el cual transcribe las conversaciones telefónicas realizadas en una operación de inteligencia de la Policía de Investigaciones, que sostienen M. E. M. R. y M. M. R. referente a un cheque de \$120.000 producto de una transacción de droga entre ambos y que le habían pasado a A. J., quien quería cobrarlo antes de la fecha, según M.

2º) Que A. J. T. en su declaración indagatoria de fs. 306 niega su participación en el ilícito de tráfico y expresa que a principios de septiembre le preguntó a J. R. en qué movida andaba y ahí le contó que él y su señora la Ely (M. M. R.) estaban dedicados a la venta de cocaína y marihuana y que los primeros días de septiembre llegó hasta su negocio un sujeto que dijo llamarse M. M. quién le dejó un cheque por \$120.000 para que se le entregara a J. R. o la Ely, documento con el que le pagaron una cuenta de abarrotes por \$60.000 y el resto se lo entregó a la Ely en parcialidades, hecho que esta última no desconoce.

3º) Que a fs. 62 del cuaderno de cooperación eficaz, se lee de que A. J. T. le guardaba en su negocio papelillos de cocaína a M. M. pues esta se los sacaba a su conviviente R., para comercializarlos con M. M. R.

4º) Que la imputación a A. J. es que intervino cambiando un cheque, sabiendo que era producto de la negociación de M. y M. M. por la venta de drogas, y de que habría guardado papelillos de cocaína a M. M.

5º) Que en cuanto a la primera conducta, es decir, cambiar el cheque, es claro que su intervención es con posterioridad al ilícito facilitando los medios a los delincuentes para que se aprovechen del ilícito cometido, actitud que la hace acreedora a calificar su conducta como encubridora. En cuanto a la segunda imputación de que guardó papelillos de cocaína a la procesada M. M. tal hecho no constituye el elemento posesión con el destino de comercialización que importa o configura la presunción de autoría a que se refiere el artículo 5º de la ley 19366, ya que de los elementos allegados al proceso, ni aún apreciados de acuerdo con la sana crítica, permiten suponer de su parte una concertación con los procesados M. o M. para llevar a cabo ella tal comercialización, por lo que tal intervención es también la de encubridora en el delito.

6º) Que el artículo 5º, en sus incisos 1º y 2º, de la ley 19366, que es el precepto angular en lo que interesa, prescribe “las penas establecidas en el artículo 1º se aplicarán también a los que trafiquen, a cualquier título con las sustancias a que se refiere dicho artículo...” Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran ... guarden o porten consigo tales sustancias o materias primas...”.

7º) Que de la lectura de esta disposición fluye que el verbo rector de esta figura es “traficar”, al sancionar a los que “trafiquen a cualquier título”, concepto que se extiende a otras acciones, que no son propiamente semejantes o equivalentes, pero que aparecen orientadas a ese mismo fin, precisando qué conductas, para los efectos de esta norma, se comprenden en el ámbito descrito, al decir se entenderá que trafican con tales sustancias y las enumera incluyendo entre éstas, a los que “guarden”.

8º) Que también debe entenderse que esta acción de guardar ha de operar o realizarse en función del verbo rector, del que proviene, porque es una de las formas que adopta la acción de traficar. En concepto de esta Corte la voz "traficar" es mas amplia que la definición que da el Diccionario de la Real Academia Española al definirlo como “negociar” o “comercializar”. En efecto, siendo el delito de trafico ilícito de estupefacientes un delito de peligro para la salud publica este no solo se materializa con la negociación o comercialización, sino que también por aquellos que difunden dichas sustancias, es decir, por los que propaguen físicamente sustancias nocivas. En el caso del “guardador”, se requiere que actúe con la intención o ánimo de retenerla con esa finalidad, procediendo por su cuenta o concertado con quien se la entregó.

9º) Que del acto objetivo de guardar per sé, no se desprende de que A. J. haya tenido intención de tomar parte en forma directa en el tráfico ilícito de dicha



substancia, siendo indispensable para imputarle autoría, la coexistencia de circunstancias que hagan presumir el tráfico, elementos de juicio que de los hechos probados en la causa no constan.

10º) Que por las consideraciones anteriores estos sentenciadores sancionarán la conducta de A. J. T. como encubridora del delito de tráfico ilícito de estupefacientes descrito en el inciso 1º del artículo 1º de la ley 19.366, discrepando en consecuencia, de la opinión de la Sra. Fiscal Judicial de fs. 3914 quien estuvo por confirmar la sentencia de 1er. grado con respecto a esta procesada.

11º) Que favorece a la encartada J. la circunstancia atenuante de responsabilidad prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, acreditada en autos por su extracto de filiación y los dichos de los testigos de conducta de fs. 2048, 2048 vta, por lo que de acuerdo a los artículos 52 en relación al inciso 2 del artículo 68 del Código Penal se le rebajará al mínimo la sanción.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, 17 y 30 del Código Penal y demás disposiciones citadas, con la advertencia de lo expresado en el primer acápite de esta resolución, se revoca la sentencia en alzada de veintidós de marzo del dos mil dos, que se lee a fojas 3382 y siguientes, en la parte que condenó a A. M. J. T., a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, multa y accesorias correspondientes como autora del delito de tráfico ilícito de estupefacientes y en su lugar se declara, que se la condena a sufrir la pena de quinientos cuarenta y un día de presidio menor en su grado medio como encubridora del delito de tráfico ilícito de estupefacientes y a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa.

Atendida la cuantía de la sanción privativa de libertad y lo dispuesto en la ley 18.216, se le concede a la condenada el beneficio de la remisión condicional de la pena, debiendo quedar sometida al control del Patronato de Reos por el mismo tiempo de duración de la pena aplicada. En el evento que en el futuro le sea revocado el beneficio, le servirá de abono el tiempo que permaneció privada de libertad en esta causa.

Acordada con el voto en contra del Sr. Ministro don Nivaldo Segura, quien estuvo por confirmar la sentencia de primera instancia en todas sus partes, en virtud de sus propios fundamentos.

Regístrese y devuélvase con sus anexos. Redacción del abogado integrante Emilio Pfeffer Pizarro.

Rol 4614-02

**2. Corte Suprema rechaza recurso de amparo presentada por condenada a pena de expulsión privada de libertad a la que se le extiende su ejecución de forma indefinida por la pandemia ([Corte Suprema, 17.04.20 rol 42813-2020. Ref CA Valparaiso rol 253-2020.](#))**

**Norma Asociada:** CPR 19 N° 7; Ley 18216; Convención Belem do Para;

**Tema:** Expulsión de extranjeros; violencia contra la mujer; enfoque de género.

**Descriptor:** Expulsión de extranjeros; violencia contra la mujer.

**SÍNTESIS:** Corte rechaza recurso de amparo presentado por mujer condenada a pena de expulsión que se encuentra privada de libertad, la que debía ejecutarse con su hija lactante en el plazo de 70 días contados desde la ejecutoria de la sentencia, plazo que fue ampliado indefinidamente a solicitud del Ministerio del Interior, por causa de la pandemia de Covid-19. La Corte considera que no es ilegal la privación indefinida de libertad de la mujer y su hija lactante, ni que constituye violencia contra la mujer, y tampoco accedió a ordenar la libertad mientras se ejecuta la expulsión. No obstante, existe un voto de minoría que considera que se vulnera la garantía del Art. 19 N° 7 CPR (considerandos 2, 3 y 4).

### **TEXTO COMPLETO**

Santiago, diecisiete de abril de dos mil veinte.

Vistos:

Se confirma la sentencia apelada de siete de abril de dos mil veinte, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en el Ingreso Corte N° 253-20.

Acordado con el voto en contra del Ministro Sr. Llanos, quien fue de parecer de revocar la sentencia en alzada y acoger la acción de amparo intentada, teniendo para ello en consideración que la privación de libertad de la amparada, en tanto se materialice la pena sustitutiva de expulsión del territorio nacional, deviene en ilegal atendida su extensión en un lapso del todo incierto, lo cual vulnera la garantía establecida en el artículo 19 N° 7 de la Carta Fundamental.

Rol N° 42.813-20

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Carlos Künsemüller L., Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S.

Santiago, diecisiete de abril de dos mil veinte.

En Santiago, a diecisiete de abril de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

C.A. de Valparaíso

Valparaíso, siete de abril de dos mil veinte.

Visto:

A fojas 1, comparece Humberto Romero Fuentes, defensor penal público

penitenciario, quién interpone acción constitucional de amparo en favor de doña M. C. B. P., de nacionalidad boliviana, quién actualmente cumple condena en el C.D.P. de Quillota, y en contra del Juez del Juzgado de Garantía de la Calera don René Subiabre Pérez.

Indica que con fecha 12 de febrero de 2020 en causa RIT 666-2019 del Juzgado de Garantía de La Calera, se condenó a la amparada junto a otros imputados a sufrir la pena de 4 años de presidio menor en su grado máximo y multa de 40 U.T.M. como autora de un tráfico ilícito de drogas.

Para el cumplimiento de la pena corporal impuesta se le sustituyó por la pena de suspensión del territorio nacional, señalándose en la sentencia que dicha expulsión debe efectuarse junto a su hija nacida el 28 de diciembre de 2019 en el plazo de 70 días desde que queda ejecutoriada la sentencia, manteniéndose privada de libertad mientras no se cumpla con el proceso administrativo de expulsión.

Indica que la sentencia quedó firme le mismo día que fue dictada, por lo que el plazo para que se proceda a la expulsión se cumple el próximo día 22 de abril de 2020. Agrega que el 18 de marzo del presente año, el Ministerio del Interior solicitó al Juzgado de Garantía de La Calera, una ampliación del plazo para la ejecución de la sentencia, debido a que no se pueden materializar las expulsiones por la contingencia nacional, a lo que el Juzgado con fecha 19 de marzo accedió a la solicitud, otorgando un plazo de 45 días a contar de esa fecha para que se materialice la expulsión de la amparada.

Contra tal resolución, se dedujo recurso de reposición, solicitando que el aumento de plazo de 45 días para efectuar la expulsión de la amparada no importara extender su privación de libertad más allá de los 70 días fijados en la sentencia definitiva, de manera que de no procederse a su expulsión dentro de dicho plazo debía decretarse su libertad y proceder a su expulsión cuando se presente, o sea habida, reposición que fue rechazada con fecha 24 de marzo con el siguiente tenor: “atendida la emergencia sanitaria que afecta al país y lo que ello implica en cuanto al cumplimiento de sus funciones por las policías y lo informado por la Policía de Investigaciones de Chile y la Gobernación Provincial de Quillota, no ha lugar a la reposición planteada por el Defensor Penal Penitenciario”.

Alega el recurrente que la referida resolución, constituye un acto ilegal que amenaza la libertad personal del amparado, toda vez que si bien es plausible que la administración del Estado, solicite la ampliación del término fijado por la sentencia para efectuar la expulsión de la amparada del territorio nacional, la eventual extensión de dicho plazo no puede traducirse en que la amparada permanezca internada en el C.D.P. de Quillota, ya que ello es lesivo a su derecho a la libertad personal, la que se vería restringida de manera ilegal y arbitraria.

Por tanto, con lo expuesto solicita se acoja la acción de amparo presentada, ordenando se adopten las providencias necesarias para restablecer la protección del afectado, procediendo a dejar sin efecto la resolución de fecha 24 de marzo de 2020, ordenándose que la expulsión de la amparada del territorio nacional, debe efectuarse dentro del plazo de 70 días fijado por la sentencia definitiva, y en el caso que este no pudiera verificarse dentro de dicho término, se autorice, sea la amparada puesta

en libertad del día 22 de abril próximo, debiendo efectuarse su expulsión del territorio nacional cuando se presente o sea habida.

A folio 5, informa el Juzgado de Garantía de La Calera, señalando que con fecha 12 de febrero de 2020, se condenó a la amparada como autora del delito consumado de tráfico de drogas a la pena de 4 años de presidio menor en su grado máximo, multa de 40 U.T.M. y accesorias legales, siendo la pena corporal sustituida por la expulsión del territorio nacional y prohibición de ingreso por el plazo de 10 años, lo que se ejecutará a dentro del término de 30 días desde que quedara ejecutoriado el fallo, término que podría ampliarse en caso de ser necesario, quedando en el intertanto, privada de libertad en el Centro Penitenciario de Quillota.

Luego, con fecha 18 de marzo de 2020, el Ministerio del Interior solicita que atendida la contingencia que afecta al país resulta necesaria una ampliación de al menos 45 días para materializar la expulsión, solicitud a la cual se accede solo por el término indicado. En contra de dicha resolución se opone reposición a objeto que se complemente la misma, en el sentido que la ampliación decretada no podrá extender la privación de libertad de la amparada más allá del término de 70 días fijado en la sentencia definitiva, de manera que de no proceder con la expulsión, deber decretarse la libertad de la amparada, siendo dicha reposición rechazada con fecha 04 de marzo.

Agrega el informante, que se estableció expresamente en la sentencia condenatoria la cual se encuentra firme y ejecutoriada, que dicho plazo de expulsión de 70 días podría ser ampliada en caso de ser necesario. Asimismo, indica que en apoyo a la resolución recurrida, se ha tenido en consideración la delicada situación nacional que ha motivado la declaración de estado de catástrofe por parte del Presidente de la República.

Finalmente indica que se adjuntan los antecedentes pertinentes para un mejor conocimiento del recurso.

Por resolución de fecha 06 de abril de 2020, se trajeron los autos en relación.

Con lo relacionado y considerando:

Primero: Que el recurso de amparo se ha establecido respecto de todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción a lo dispuesto en la Constitución o en las leyes o respecto de la persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza a su derecho a la libertad personal y seguridad individual, debiéndose adoptar las medidas que se estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado;

Segundo: Que la resolución recurrida de fecha 24 de marzo de 2020 dictada por el Juzgado de Garantía de La Calera, no dio lugar a la solicitud de reposición por la cual se pretendía que, junto con conceder la prórroga del plazo para efectuar la expulsión del territorio nacional de la amparada, se decretara que si el plazo extendía el plazo máximo de 70 días fijados originalmente en la sentencia definitiva, que se encuentra firme y ejecutoriada, la amparada debía ser puesta en libertad y proceder a su expulsión cuando se presente, o sea habida.

Tercero: Que conforme el mérito de los antecedentes que obran en autos y lo informado por el Juez recurrido, consta que la sentencia condenatoria de fecha 12 de febrero de 2020, sustituyó a la amparada la pena corporal impuesta por la expulsión del territorio nacional, dentro de un plazo 70 días, plazo que podría ser ampliado en caso de ser necesario, por lo cual no se vislumbra en autos la existencia de una privación, perturbación o amenaza a su derecho a la libertad personal y seguridad individual, toda vez que la resolución recurrida guarda relación y correlato con la sentencia condenatoria dictada en contra de la amparada, la cual se encuentra firme y ejecutoriada, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 18.216.

Por estas consideraciones, y visto además lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre la materia, se rechaza el recurso de amparo deducido a favor de M. C. B. P. y en contra del Juez del Juzgado de Garantía de la Calera.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Nº Amparo-253-2020.

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Valparaíso integrada por los Ministros (as) Álvaro Rodrigo Carrasco L., Pablo Droppelmann C. y Ministro Suplente Erik Gonzalo Espinoza C. Valparaíso, siete de abril de dos mil veinte.

En Valparaíso, a siete de abril de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

**3. Juzgado de Garantía de Osorno declara ilegal la detención de mujer imputada por delito sanitario en virtud que incumplió toque de queda y cuarentena para denunciar un delito de violencia intrafamiliar del que fue víctima ([Juzgado de Garantía de Osorno, 23.08.20 rit 5270-2020](#))**

**Norma Asociada:** CP 318; CPP 130; CPP 129; Ley 20.066

**Tema:** Ilegalidad de la detención; violencia contra la mujer; delitos contra la salud pública; denuncia; enfoque de género.

**Descriptor:** Delitos contra la salud pública; violencia contra la mujer; ilegalidad de la detención.

**SÍNTESIS:** Juzgado de garantía declara ilegal la detención de imputada por delito contra la salud pública por cuanto la razón por la que se encontraba fuera de su domicilio era para denunciar la violencia intrafamiliar de la que había sido víctima. (considerando único).

**TEXTO COMPLETO**

23 de agosto de 2020

Juzgado de Garantía de Osorno. Transcripción causa RUC 2000858845-8

**Juez:** Control de la detención en causa RIT 5270-2020 seguida contra el imputaba C. R. por videoconferencia. Comparece por el Ministerio Público don Rodrigo Oyarzún, por la Defensoría Penal Pública don Rodrigo Rojas y la imputada. Buenos días, señora. Su nombre completo.

**Imputada:** C. F. R. M.

**Juez:** ¿Su domicilio actual?

**Imputada:** No tengo domicilio, tengo es que yo arriendo y no me lo sé. Lo tengo anotado en el juzgado, eso sí.

**Juez:** Es que necesito su domicilio actual. ¿Aparece por ahí verificado el domicilio en el parte?

**Fiscal:** Tiene una medida de arresto domiciliario parcial. Por lo menos en el parte dice que es XXX. No sé si es el domicilio actual.

**Imputada:** Ese es el domicilio de mi abuela.

**Otra Voz:** El sistema dice XXX, Osorno. -

**Imputada:** si

**Juez:** ¿Qué sector es eso?

**Imputada:** XXX, creo que es.

**Juez:** ¿A qué se dedica usted?

**Imputada:** Yo soy comerciante.

**Juez:** Cedula de identidad

**Imputada:** XXXX-X

**Juez:** El tribunal la apercibe en el contexto artículo 26 del Código Procesal Penal. Me cabe indicar un domicilio que debe ser real. Asimismo, si usted lo cambia de informarlo en el más breve plazo, a este tribunal ¿comprende lo que le acabo de indicar?

**Imputada:** sí

**Juez:** Se tiene presente, tiene algún número telefónico o correo electrónico donde notificarla señora.

**Imputada:** en este momento no tengo teléfono, no me sé el número. Nada.

**Juez:** correo electrónico tampoco.

**Imputada:** no, no tengo. -

**Juez:** Se tiene presente. Usted ve en pantalla al fiscal del caso, su defensor y al suscrito Marcelo Klagges, juez de garantía de Osorno. A priori fiscal circunstancia de la detención.

**Fiscal:** Gracias, magistrado. Sí, ella fue detenida alrededor de la 01:30 de la mañana por funcionarios de Carabineros, del día de hoy, evidentemente 23 de agosto en la vía pública concurre a ese lugar a Chaura Cahuín Con pasaje al Alhué verificar un procedimiento de desorden en la vía pública proceden a la detención de la imputada, no contaba con salvoconducto (318 CP). Y además registra un arresto domiciliario parcial en la causa Rit 1337-2020. En este contexto – 130 letra a) CPP- es que fue detenida en el lugar e incumplimiento de cautelares. -

**Juez:** Defensa.

**Defensa:** Su señoría se revisó el parte policial y especialmente lo que dice relación con la versión de la imputada, no prestada aún, no ha declarado, pero sí entrega a este defensor. Este caso, la verdad es que es muy parecido a otro que fue muy mediático, que es el de esta chica que iba a hacer una denuncia por abuso sexual y que Carabineros la detuvo por estar fuera, dentro del horario de toque de queda. Este caso es muy parecido, ella es detenida, en realidad, lo que hizo Carabineros es

que van por un tema de desórdenes en la vía pública, llegan hasta el lugar y detienen a la imputada porque estaba incumpliendo la medida cautelar y además el toque de queda. Entonces, lo que pasaba realmente es que mi defendida estaba siendo víctima de violencia intrafamiliar. Ella se dirigía a hacer la denuncia cuando fue detenida por Carabineros y llevada a hasta la comisaría, inclusive en el parte policial lo que es lo que existe es una constatación de lesiones, cuestión que por una infracción al artículo 318 nunca se hace, no existe constatación de lesiones en esos delitos. Y esta constatación de lesiones que Carabineros gestionó en el hospital, da cuenta de que mi defendida tendría múltiples lesiones, todas de carácter leve, por supuesto, pero tendría múltiples lesiones compatibles con un acto de violencia intrafamiliar. Señala el dato de atención de urgencia a las 03:00 de la mañana fue traído por Carabineros para constatación de lesiones por agresión física con objeto contuso cortante en cráneo, pierna derecha y mano izquierda. Aliento etílico, por supuesto, colabora en el examen físico. Aumento de volumen bien delimitado en región parietal derecha, izquierda y frontal, laceraciones superficiales en mano izquierda, escoriaciones y aumento de volumen en pierna derecha y RX sin fractura, contusiones múltiples, pronóstico médico legal, lesiones leves. Entonces, su señoría, todos estos antecedentes son compatibles con lo que señala mi defendida, que ella estaba siendo víctima de violencia intrafamiliar y, a fin de evitar un desenlace quizás mayor, sale de la casa, es detenida por Carabineros y llevada a controles de detención, en ese sentido, creemos que sin perjuicio de los antecedentes formales, la sustancia material de la detención está errada y no justificada, y solicitamos que declare ilegal la detención.

**Juez:** Consulta defensa, se explica en algún sentido en el parte policial el origen de esas lesiones, o más bien fiscal. -

**Fiscal:** no, evidentemente, el parte policial señala que había desórdenes públicos y se procede a efectuar el control de identidad de la imputada. No mantenía el salvoconducto y se procede a su detención. Además, porque tenía su arresto. Señala que se encontraba con aliento etílico con diversas lesiones a la vista, se traslada al hospital. Traumatismo superficial de la cabeza. Parte no especificado. Traumatismo de la pierna de carácter leve. En ese contexto se produjo la detención.

**Juez:** Finalmente, se oponen o se allanan a la petición de la defensa.

**Fiscal:** No, nos vamos a oponer, magistrado, que evidentemente Carabineros no puede, o no podemos nosotros dejar a criterio una circunstancia o una situación sólo sobre lo que dice la imputada. Esas son consideraciones de fondo, y tendrá la defensa que exponer aquella situación con el objeto de impedir una condena, porque existen causales de justificación que permitan a la imputada salir de su domicilio y transitar hasta el sector de Pulotro, o sea a la calle, que está distante alrededor de 10 o 12 cuadras tranquilamente, por lo que estoy viendo en Google Map. Y en ese contexto, tampoco cercano a una comisaría, digamos que iba camino a la comisaría, sino que carabineros concurre al lugar por desórdenes ella debía estar en XX, como digo, en su domicilio lo encuentran en Pulotro. La denuncia por desórdenes, no es como que iba llegando a dos cuadras de la comisaría como como hace el uso de la defensa en el otro caso. Y en ese contexto Carabineros tiene que proceder a lo que les corresponda: desorden, control, imputada en toque de queda, y además con arresto domiciliario parcial en la vía pública. Me parece que no se está amparado en derecho, como digo, lo otro será una discusión de fondo en el sentido de que si había dolo o intención de infringir el horario de toque de queda, o de infringir en caso de intensificación de cautelares. Sería una causal de para huir, pero evidentemente ella no fue encontrada camino ni al hospital ni camino a carabineros a hacer la denuncia,

o a la policía de Investigaciones. Ella, según el llamábamos, se encontraba haciendo desorden en la vía pública.

**Juez:** Y fue detenida en XXX con Alhué.

**Imputada:** ¿Puedo hablar?

**Fiscal:** Ella fue detenida según el parte policial en XX con Alhué.

**Juez:** bueno. La voy a escuchar, señora, la voy a escuchar sin perjuicio de lo que le advierto que todo lo que usted eventualmente diga sobre el asunto puede ser usado en su contra, y sólo para clarificar lo que su defensa levanta en torno a Ud. se encontraba en la vía pública porque pretendía hacer una denuncia. No sé si usted quiere decir algo sobre eso, pero señora, le sigo advirtiendo. Todo lo que usted diga queda grabado y pudiera ser usado en su contra. Hecha esta advertencia.

**Imputada:** Sí sé. Yo anoche estaba en mi casa, estaba en mi domicilio. Sí estaba tomándome unas cervezas con mi marido. Pasó un problema. A mí me tomaron detenida. Donde Ud. dice pero con Collipulli, porque yo estaba afuera de mi domicilio. Llamaron a Carabineros supuestamente por desórdenes públicos, porque él me estaba pegando fuera de mi casa, que a todo esto tengo toda la mano lesionada, toda llena de sangre. Y los señores carabineros anoche me dijeron “Señora, ¿usted va a denunciar?” Y yo me dije sí, yo voy a hacer una denuncia. Supuestamente yo iba al hospital a constatar lesiones y hacer la denuncia y no he hecho denuncia, no he hecho nada porque Carabineros me pasó por desacato por la cuestión de que tengo arresto domiciliario, pero a mí nunca me pillaron en la calle ni a 20 metros ni nada. A mí me pillaron a dos o tres casas de mi casa porque él me estaba pegando afuera de mi casa. Y se supone que yo iba a contratar lesiones y hacer una denuncia, y el carabinero mismo me dijo que incluso él me dijo que me iba a ir a dejar después de las 5 de la mañana, cuando el toque de queda. Y después quedé así de brazos cruzados porque me dijeron que estaba detenida por desacato. Se supone que yo iba a hacer una denuncia. Tampoco voy a esperar que el hombre me mate para que yo pueda hacer una denuncia. No tiene que ver con que yo tenga antecedentes. No tiene nada que ver.

**Juez:** Gracias, señora. Tribunal proceda a resolver considerando la solicitud de la defensa en torno a que se declare ilegal la detención practicada respecto de la imputada, a lo que la Fiscalía se ha opuesto. Con los argumentos vertidos por cada uno de intervinientes, la disquisiciones sobre la cuestión planteada, la incidencia promovida por la defensa, debe resolverse a la luz del actuar policial oficioso, amparado en el artículo 85, 129 y 130 Código Procesal Penal en relación a la dinámica atribuida. Se atribuye básicamente que la imputada se encontraba en la vía pública el día de hoy, a las 1:30 de la madrugada, esto en el contexto de una denuncia por desórdenes públicos habría sido encontrada en XXX con Alhué, incumpliendo el toque de queda sanitario, y además también incumpliendo una medida cautelar del artículo 150 del Código Procesal Penal impuesta en causa RIT 1337/2020.

Que en ese escenario corresponde analizar derechamente la razonabilidad del actuar policial en el contexto, de la manera en que fue encontrada la imputada en la vía pública. Ella explicita que se encontraba agredida y ensangrentada, producto de aparentemente un ataque recibido de manos de su conviviente. Que abono al descargo de la imputada, se cuenta con el dato de atención de urgencia que constata efectivamente múltiples lesiones en el cuerpo y cabeza de la víctima, que incluso llevaron a que se le efectuara un examen de rayos-X para descartar algún tipo de fractura occipital. Desde esta perspectiva, entonces, como todo actor de toda entidad estatal y pública, debe analizarse la razonabilidad del procedimiento adoptado en



esta primera imputación penal que efectúa un ente de la fuerza pública en el contexto de la situación. Y en ese escenario a juicio este tribunal claramente la actuación policial, más allá de las cuestiones de fondo, aparecía ostensible que la imputada se encontraba lesionada en la vía pública y que reclamaba auxilio producto de una agresión que relató. Y, sin embargo, la policía derechamente la sindicó como autora de una infracción penal, en lugar de brindarle el trato de víctima que ella reclamaba en el contexto también de signos evidentes de agresión. Consecuentemente, con aquello, estimándose en este caso que ha habido una infracción a los deberes policial en el contexto del carácter de víctima que la imputada representaba en horas de la madrugada al día de hoy al momento de ser detenida, y habiendo además indicación directa respecto a un tercero que la había agredido a juicio de este tribunal el actual policía ha devenido ilegal. Consecuentemente. Con aquello ha lugar a la pretensión de la defensa. **Se declara ilegal la detención practicada respecto a la imputada.**

**Fiscal: Formalización, SS:** a las 2 de la mañana, la imputada fue sorprendida por funcionarios de Carabineros en la vía pública, específicamente en. calle XX con pasaje Alhué de la comuna de Osorno, sin contar con el salvoconducto que le corresponde por transitar de la vía pública en horario de restricción, atento al estado de catástrofe constitucional que impera en todo el territorio nacional producto de la pandemia COVID-19 y que impone restricciones horarias al tránsito. La imputada fue sorprendido por Carabineros a esa hora en la vía pública, sin contar con las autorizaciones pertinentes y poniendo en riesgo la salud pública. Los hechos son constitutivos de infracción al artículo 318. La corresponde participación penal como autora consumado.

**Juez:** ¿Entendió lo que indicó el fiscal señora?

**Imputada:** sí. Sí entendí. -

**Juez:** Defensa ¿va a prestar declaración su representada? Más allá de lo que manifestó. -

**Defensa:** no, su señoría. -

**Juez:** Téngase presente. Fiscal.

**Fiscal:** No vamos a solicitar medidas cautelares.

**Juez:** Plazo.

**Fiscal:** 100 días, atento que no existen cautelares.

**Juez:** Defensa.

**Defensa:** Vamos a sugerir un plazo de investigación de 80 días.

**Juez:** Considerando las solicitudes del Ministerio Público, la oposición parcial por parte de la defensa no hay cautelares requeridas. El Ministerio Público ha hecho en algún sentido eco a las disquisiciones del tribunal y consecuentemente con aquello habrá de otorgarse en un plazo razonable para indagar las circunstancias que rodearon la detención de la imputada. En ese sentido se fija plazo de la investigación de 100 días que se empiezan a contar de esta fecha. Si no hay más peticiones para este caso, libertad de inmediato a imputada, si no hay otra causal por motivo diverso.

**Fiscal:** Ahora si hay una petición por parte del Ministerio Público.

**Juez:** Sí, comprendo. Seguramente respecto a la medida cautelar, respecto a fin de no incurrir en los errores que el mismo tribunal ha estimado concurrentes en la actuación policial. ¿La señora usted quiere formular una denuncia respecto de quien indica como su pareja?

**Imputada:** sí. **DENUNCIA**

**Juez:** Cuénteme. ¿qué le habría pasado? ¿Cuándo? ¿Dónde? ¿A qué hora?

**Imputada:** anoche

**Juez:** ¿A qué hora aproximadamente?

**Imputada:** Aproximadamente 12:30 de la noche y 01:00 aproximadamente, nos pusimos a discutir.

**Juez:** ¿con quién discutió usted?

**Imputada:** con mi marido.

**Juez:** Quién es su marido.

**Imputada:** C. H. V. C.

**Juez:** tiene la cedula de identidad de este caballero.

**Imputada:** si XXX-X

**Juez:** Comprendo. ¿Qué domicilio tiene este caballero? ¿El mismo suyo?

**Imputada:** ¡sí, No! Y ya no estoy con él por algo lo voy a denunciar.

**Juez:** Ah, comprendo. Si es que la consulta es donde vive el para efecto de que Fiscalía puede investigar en lo que usted está denunciando señora

**Imputada:** no se la dirección de su casa de su mamá.

**Juez:** Ya entonces, hasta ayer vivía con usted en XX. Cuénteme qué ocurrió entonces anoche.

**Imputada:** nos pusimos a discutir y estábamos. Yo tengo un bebe de 11 meses, nos pusimos a discutir y él llega y me levanta la mano y se quiere llevar la guagua a donde su mamá, a esa hora con toque de queda y todo, ya, y yo intente de quitarle la guagua y le dice que no, que no, que no se lo lleve. Al final llegó su mamá con su prima, las dos me quitaron la guagua, le quitaron la guagua a él, él nos sacó la cresta, me patió...

**Juez:** señora por favor, le voy a pedir que hable con propiedad, necesito que usted me hable con términos adecuados, usted está hablando con un juez, es una audiencia judicial que significa ¿qué le sacó la cresta? por favor, hábleme bien.

**Imputada:** Disculpe, me pateó en el piso, aparte tengo lesión en la cabeza. Me dieron una puñalada en la mano.

**Juez:** Él la agredió a usted, el, la agredió de esa manera.

**Imputada:** si, él me pegó a mí y se llevó a la guagua y quedó su mamá con su prima ahí igual, queriéndome pegar y todo. Y como ella tiene la tuición de mi guagua, ella se llevó al chiquillo a los abuelos a las 01:30 de la noche. Y llegó Carabineros, les dije que debería hacer una denuncia y me dicen ya vamos comisaria y todo cuando llego a la comisaría me dice que estaba por desacato. Yo le dije oiga yo incluso lo llamó la misma gente, si yo pedía auxilio afuera, y nunca me dijeron que después del toque de queda me van a dar la libertad y nunca me dieron la libertad, nada, solamente me llevaron al hospital a constatar lesiones.

**Juez:** ¿Y usted qué relación tenía con este caballero?

**Imputada:** Mi pareja hace como dos años.

**Juez:** su conviviente y el padre de su hijo (a) ¿Cómo se llama su hijo?

**Imputada:** M. V. R. Tiene 11 meses.

**Juez:** Tiene 11 meses de edad. Se tiene por formulada denuncia por parte del imputado respecto de una agresión, sufrida aparentemente en el contexto de violencia intrafamiliar por parte de quien designe como su conviviente y padre hijo común. Don C. H. V. C. remítase copia de la presente acta de audiencia a Ministerio Público para los fines que haya lugar. Señora. Se tuvo por formulada su denuncia. Deberá ser investigada por la Fiscalía. ¿Lo entiende?

**Imputada:** sí.

**Juez:** se tiene presente. Bueno, había una petición adicional por parte Fiscalía.

**Fiscal:** sí señoría, vamos a solicitar decir lo tiene bien que fijar una audiencia con el objeto de revisar medidas cautelares en la causa Rit 1337-2020

**Juez:** Defensa

**Defensa:** A lo que vuestra Señoría resuelva.

**Juez:** Considerando la solicitud del Ministerio Público, usted, ¿señora, tiene la posibilidad de acceder a algún tipo de computador con Internet?

**Imputada:** sí-

**Juez:** Se fija audiencia de revisión de media cautelar para la causa 1337-2020 respecto a la imputada para la audiencia del día 21 de septiembre 10:00 horas Sala virtual. Se fija audiencia para tal efecto para el día 21 de septiembre del año en curso a las 10:00 de la mañana, sala virtual. Señora, disculpe. Quiero hacer un alcance porque Fiscalía de lo que pretende revisar su arresto domiciliario, pero usted me dice que no va a volver a la casa porque ahí está el imputado que le agredió.

**Imputada:** no, yo voy a volver a mi casa.

**Juez:** Entonces, se fija audiencia para tal efecto el día 21 septiembre a las 10 de la mañana. Por videoconferencia en sala virtual Audiencia la cual queda citada personalmente la imputada bajo apercibimiento del artículo 33 del Código Procesal Penal. Señora, su asistencia es obligatoria, esta audiencia el día 21 de septiembre, a las 10 de la mañana, en caso de incomparecencia injustificada, se puede imponer su detención. Debe estar ese día a esa hora compareciendo al tribunal. Su comparecencia, al igual que hoy día, será por videoconferencia. Usted deberá, a través de su defensa, coordinar las claves, forma y modo de contacto para acceder virtualmente a la audiencia. Si usted no comparece vía virtual, se puede despachar detención en su contra. ¿Comprende lo que le acabo de indicar?

**Imputada:** sí.

**Juez:** Se tiene presente. Con lo obrado, si no hay más peticiones, copias, término libertad inmediata, la imputada a no sea que sea privada de libertad por motivo diverso, y constancia de lo resuelto en causa RIT 1337-2020 remisión de la denuncia, además, existe causa RIT 269-2020. Respecto de la cual (...)

**Fiscal:** Magistrado, disculpe me entró una llamada y me desconecté no sé si ha pasado algo relevante.

**Juez:** Se fijó audiencia para el 21 de septiembre a las 10:00 am. Se le notifica a la imputada que en caso RIT 1269-2020 está fijada audiencia de procedimiento simplificado. Para el día. 17 de marzo del año 2021, las 9:30 horas. En la sala 1, audiencia la cual queda citada personalmente bajo apercibimiento artículo 33 del Código Procesal Penal. Señora de la Causa RIT 1269-2020, usted debe comparecer a una audiencia del día 17 de marzo del próximo año a las 9:30 horas en el Juzgado, la Sala 1. Su asistencia también es obligatoria. En caso de incomparecencia injustificada se puede disponer su detención. Ud. debe estar ese día a esa hora en el tribunal. ¿Comprende lo que le acabo indicar?

**Imputada:** sí.

**Juez:** Se tiene presente. Déjese constancia lo obrado en causa 269-2020. Término, libertad inmediata de la imputada, a no ser que haya motivo diverso.

Queda en libertad señora, se puede retirar. –

**4. Corte de Apelaciones de Valdivia no ordena la prisión preventiva de mujer por porte de arma ilegal y municiones por considerar la violencia intrafamiliar de la que es víctima la imputada ([CA Valdivia, 01.10.20 rol 694-2020](#))**

**Norma Asociada:** CPP 140; CPP 149; Ley Control de Armas

**Tema:** violencia contra la mujer; prisión preventiva; porte de arma prohibida; enfoque

de género.

**Descriptor:** violencia contra la mujer; excepcionalidad de la prisión preventiva; desproporción de medida cautelar.

**SÍNTESIS:** Corte de Apelaciones confirma resolución del juzgado de garantía que rechaza la solicitud de prisión preventiva de imputada por porte de arma prohibida y de municiones, por considerar que la violencia intrafamiliar de la que había sido víctima la imputada, y la falta de investigación sobre las circunstancias de la detención, permiten señalar que esta medida cautelar es desproporcionada y no puede transformarse en una pena anticipada (considerando único de la transcripción de audio).

### **TEXTO COMPLETO**

Siendo las 9.59 horas del día señalado, se lleva a efecto la audiencia con la asistencia del Ministro y Presidente de Sala Sr. Juan Ignacio Correa Rosado, Ministro Sr. Luis Aedo Mora y Fiscal Judicial Sra. Gloria Hidalgo Álvarez.

Se presenta a alegar por el Ministerio Público el abogado don Carlos Delgado y por la Defensa el abogado don Cristian Rozas.

El Sr. Presidente de la Sala ofrece la palabra para que expongan su alegato.

Alega en primer término el recurrente, quien apeló verbalmente en audiencia conforme lo dispuesto en el artículo 149 del Código Procesal Penal y solicita se revoque la resolución de fecha 29 de septiembre de 2020 dictada por el Tribunal de Garantía de Osorno, que no dio lugar a la medida cautelar de prisión preventiva respecto de la imputada C. F. R. M., formalizada por el delito de porte de arma prohibida, toda vez que estima se cumplen todos los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal para mantener la medida cautelar, existiendo antecedentes suficientes para dar por acreditados el delito y la participación de la imputada en él, teniendo presente sus antecedentes penales pretéritos, constituyendo su libertad un peligro para la seguridad de la sociedad y demás argumentos que expone en la audiencia.

Luego alega la Defensa y solicita se confirme la resolución apelada por encontrarla ajustada a derecho, compartiendo los fundamentos del Juez de Garantía para ello y agrega que no existen antecedentes suficientes para decretar la prisión preventiva, pudiendo cautelarse la seguridad de la sociedad y asegurar los fines del procedimiento con las medidas cautelares decretadas por el Juez de la causa.

Los abogados hacen uso de su derecho a réplica, insistiendo en sus planteamientos. El Sr. Presidente de la Sala da por terminada la intervención, comunica y da lectura a la siguiente resolución:

VISTOS:

Atendido el mérito de los antecedentes, lo expuesto por los intervinientes y estimando que las medidas cautelares decretadas por el juez de la causa guardan

armonía con los fines del procedimiento, se CONFIRMA la resolución apelada de fecha veintinueve de septiembre de dos mil veinte.  
Comuníquese.

Se deja constancia que los intervinientes quedan notificados de la presente resolución, conforme lo dispuesto en el artículo 30 del Código Procesal Penal. Sin perjuicio, se dejará constancia de la presente resolución en el estado diario.

El presente acta sólo constituye un registro administrativo, confeccionada por el funcionario Digitador de Sala en el que resume lo acontecido y resuelto en la audiencia.

Los argumentos vertidos por las partes y la fundamentación de la resolución dictada, se encuentran íntegramente en el registro de audio de la presente audiencia.  
Rol N° 694-2020 REF.

El Ministro de fe que suscribe, deja constancia que el acta que antecede es fiel a lo obrado en la audiencia que da cuenta. Valdivia, uno de octubre de dos mil veinte.  
Sra. Marcela Robles Sanguinetti, Relatora.

En Valdivia, a uno de octubre de dos mil veinte, notifiqué por el estado diario la resolución precedente. Sr. Juan Vio Vargas, Secretario Titular.

Transcripción audio JG de Osorno causa ruc 2000993395-7 respecto alegato de medidas cautelares respecto a imputada C. F. R. M.

**Fiscal:** se le comunica a la imputada ya individualizada en la presente causa, doña C. F. R. M., que actualmente se investiga el siguiente hecho: el día de ayer 28 septiembre al año 2020 en circunstancia que la imputada C. R. M., ya individualizada, transitaba por calle San Diego esquina Sevilla, fue objeto de un control de identidad, previos indicios, por parte de Carabineros consistente en una llamada CENCO, y que huyeron al ver la presencia policial Y es el dicho control de identidad que la imputada es sorprendida portando al interior de un bolso, que valga la redundancia, a su vez ella portaba o transportaba por sí misma, una escopeta de fabricación artesanal consistente en dos tubos, uno utilizado como el cañón y el otro como culote, conteniendo una aguja percutora en la parte final, arma de tenencia prohibida de acuerdo a la ley chilena. Además, dentro del mismo bolso que la imputada portaba, se le encontró portando tres cartuchos de escopeta de colores verde, rojo y naranja, todo de calibre 12, y un cartucho de escopeta de color rojo de calibre 32, todas especies las cuales la imputada portaba sin poseer las autorizaciones legales y reglamentarias que se requieren al efecto, sin perjuicio que la escopeta hechiza, como ya señalé, es un arma de tenencia prohibida. Son hechos que el ministerio público tipifica como 2 delitos: uno del artículo tercero de la Ley 17798 - porte ilegal de arma prohibida o hechiza o artesanal en los términos de la ley-, y el delito del artículo 9 -porte ilegal de municiones-, autor y consumado en ambos casos.

**Juez:** Defensor alguna precisión de los hechos en la formalización.

**Defensor:** No son necesarias precisiones.

**Juez:** Fiscal.

**Fiscal:** Sí vamos a solicitar la prisión preventiva a la imputada.

El parte 1910 emanado de la tercera comisaria de Osorno. Se adjuntan las actas respectivas, en este caso del funcionario policial que adoptó el procedimiento de don Edgardo Soto Álvarez, el funcionario que adoptó el procedimiento como ya indiqué, la incautación entrega de documento de objetos, lectura de derecho a la detenida, y se le comprobó también que ella no portaba ninguna cédula de identidad, y también se le comprobó la identidad con la SIP.- También se envía ante el Registro Civil y se obtuvo confirmación que se adjunta al parte policial. Datos de urgencia de ella. Se le llevó a constatar lesiones tiene un poli contuso. Refiere a VIF ayer por parte de pareja, con la cual se encuentra separado. Eso es lo que indica los datos de urgencia. Y hay un set fotográfico.

**Juez:** o sea registra lesiones de ella.

**Fiscal:** (continuación) sí, como dije en el relato que refiere el doctor, dice refiere VIF ayer por parte de la pareja con el cual se encuentra separada, golpe de puño, presenta múltiples contusiones. Sí, efectivamente hay lesiones, esos son los relatos que recibo del doctor. Hay un set fotográfico que efectivamente a verificar el set fotográfico con foto y fijaciones, la toma 4 es la más interesantes donde efectivamente el tomo del tubo de fierro más corto de la escopeta de fabricación artesanal, donde al fondo en la parte fuera se puede encontrar una aguja que hace las funciones de percutor. Es importante, pues muchas veces se encuentra o solo el tubo, o solo el culote, pero en este caso no, se encontró ambas partes y efectivamente la parte abajo tiene la aguja, eso es magistrado de acuerdo al estándar que se requiere en este momento.

Bueno, también se consultó a la autoridad fiscalizadora la cual no registra armas de fuego inscrita a su nombre, eso es lo que señala el parte policial. Bueno de acuerdo al estándar que se requiere en este momento, la imputada se encuentra formalizada por el delito del artículo 3, inciso 3°, que es una pena, que está relacionada con el artículo 13, es presidio mayor en su grado máximo, o sea, parte en 3 años y 1 día. Y luego el artículo 9, son delitos de presidio menor en su grado medio, porte ilegal de munición, pero el punto es la gravedad que la ley asigna a este tipo de ilícitos, toda vez que se aplica aquí artículo primero ley 18216 imposibilidad de procedencia de beneficios, y también en este caso es importante el 17 letra B de la ley de arma toda vez que dice que en estos casos siempre se sanciona por concurso material, no podemos estimar que dentro del ilícito del artículo 3° puede estimar concurrente las municiones o subsumida al tema de las municiones no, Art. 17 letra b, indica que siempre se sanciona título de concurso material.

Luego los antecedentes penales de la señorita ella sí tiene antecedentes penales, numerosos anteriores, efectivamente, la última condena que ella tiene por lesiones menor graves en grado de consumado que fue condenada a 2 UTM. Inmediatamente hay una serie de condena por hurto simple. Bueno, la defensa me podría corregir, pero la cantidad de antecedentes penales, dentro del plazo prescripción, hacen a juicio del Ministerio Público estimar que, sin perjuicio del artículo 1° de la Ley 18216 y la naturaleza de delito por la cual fue formalizada, se estima que en ningún caso

serían beneficiaria de algún tipo de beneficio.

Esto lo digo porque muchas veces se dice bueno, imputado, formalizado por ley de armas, pero tiene 11 N°6 entonces está la posibilidad de concurrir al Tribunal Constitucional, toda vez que si bien tiene de 3 años 1 un día a 5, pudiere ser objeto de una libertad vigilada, pero en este caso tampoco es procedente ya que tiene un sinnúmero de antecedente penales anteriores, razón por la cual el escenario legal que ella enfrenta es negativo, y creemos que con el estándar que se requiere en este momento, y tratándose una escopeta que tiene una aguja percutora, que en teoría es un arma que eventualmente pudiera estar apta para su uso, sin perjuicio de las municiones que también aparentemente se encuentran exteriormente aptas para su uso, hacen estimar concurrente las letras a y b y la letra c, por peligro para la seguridad de la sociedad, y gravedad de la pena que ella arriesga.

**Defensa:** gracias su señoría, nosotros nos vamos a oponer. Vamos a ir sobre la dinámica del control y los antecedentes objetivo que se tuvo a la vista para precisamente ahora determinar que mi representada portaba efectivamente este bolso que contenía esta arma artesanal supuestamente calificada como hechiza. Segundo párrafo, porque esta situación que no se menciona a propósito del control, fueron interceptados por el personal policial, realizando a cada uno de ellos -a este grupo de cinco personas- un control de identidad, por lo tanto, ojo, a esa altura, carabineros tenía acceso a 5 testigos directos del supuesto porte del bolso por parte de mi representada. ¿Cuál es la opción que tomó Carabineros? Estos testigos, saquémosla para el lado, porque la imputada ya no nos ha obligado en otras ocasiones a publicar por Twitter aclaraciones, porque ya nos ha metido problema, porque la andamos deteniendo cuando anda denunciando violencia intrafamiliar. Si esta situación no es normal y Ministerio Público llega y nos dice que se cumple el estándar de la prisión preventiva, con solo los asertos de carabineros y los testigos que tenía. Si el artículo 85 es para controlar no sólo al imputado, sino también a los testigos que tienen antecedentes que podrían esclarecer delitos. Los controlaron, no les tomaron declaración, ni siquiera los empadronaron, porque tenían algo contra la imputada, los había denunciado por omisión de auxilio. Tuvieron que salir por todas las redes sociales y por la prensa a aclarar una situación que salió a nivel país y, una vez más, vemos como no se cumplen las obligaciones mínimas de empadronamiento y de toma de testigos que se encontraban identificados. ¿Por qué digo esto? Porque una de esas personas portaba el bolso. Y una de esas personas, como lo dice C. R., la agredió, y una de esas personas le causó lesiones entonces, no es que Ministerio Público dice, *“es que eso se lo dijo al médico nomás”*. Pero el Ministerio Público olvida que obtuvo ya la información de que la víctima, mi representada, está denunciando violencia intrafamiliar, olvida también la denuncia obligatoria que tienen los funcionarios de atención de salud respecto a los delitos que lleguen a su conocimiento por atenciones de urgencia. Y olvida también que había testigos presenciales, objetivos, y que podían resguardar. Pero basta con los asertos de los carabineros nomás, démosle con estándares bajos, con eso nos basta, antes ya ha resultado. No nos parece ajustado un procedimiento racional y justo que se decrete prisión preventiva con sólo los asertos de carabineros, cuando estaban todos estos testigos, y con una llamada anónima, de la cual tampoco hay mayor registro. Dactiloscópicamente también se tomaron la huella en el artilugio incautado, es de fierro supuestamente, me imagino que el Ministerio Público también no tendrá el informe de huella de sobre aquel artilugio, pero tampoco -obviamente

no- preferimos quedarnos con los asertos de carabineros, porque eso es lo que nos gusta como investigadores, no tomaron declaraciones a testigos, los dejamos pasar, todas son artículo 85. Váyanse, no le hemos registrado ni siquiera el nombre, nos parece a nosotros que los antecedentes son bien insuficientes, sobre todo considerando que en este caso, en particular, hay indicios objetivos, públicos y notorios de la animadversión de los funcionarios aprehensores respecto a mi representada.

**Juez:** En relación a la solicitud de prisión preventiva planteada por el Ministerio Público, cabe hacer presente que efectivamente, para efectos de decretar la medida cautelar más intensa que nuestro ordenamiento jurídico establece, debemos hacer un examen estricto, obviamente, de los elementos que existirían para configurar la existencia del mismo, y la participación que le ha correspondido en este caso a la imputada. Ya fue objeto análisis momento de control de la detención la forma del actuar del personal policial, testigos obviamente de este hecho lo que efectivamente llama la atención, tal como la defensa lo plantea es que, si dentro del mismo contexto donde se habría practicado este control de identidad, estaban otras cuatro personas que una vez concluido el mismo y habiéndose establecido la existencia de un delito flagrante respecto a ella, no se haya tomado nota o empadronado respecto de la identidad o de domicilio de estos testigos, que podían perfectamente declarar de una manera, ya sea objetiva o a favor de la víctima o culpándola, no sabemos obviamente tienen que buscarse ese elemento porque el día de hoy, ¿qué pasa si ya se prescinde? Perfecto. Una decisión de personal policial en su momento, pero obviamente en el día de hoy se está solicitando una medida cautelar de prisión preventiva. Entonces, me surge la duda, si existían más personas que podrían precisamente haber colaborado con la entrada de información para ello. Obviamente debió existir esa mayor cantidad de recopilación de antecedentes, en este caso declaración de testigos, cosa que no se ha hecho.

Obviamente ya planteé en el momento de la legalidad de la detención que están los elementos para considerar la existencia del delito, pero obviamente para fundar una prisión preventiva tomando consideración este otro elemento, se empieza a cuestionar el cúmulo de antecedentes que existían para fundar la participación de la imputada y la existencia del delito, pero considerando igualmente que se podría tener por configurados estos delitos que Fiscalía ha establecido, considera sentenciado que los argumentos que han sido vertidos para justificar la prisión preventiva, y para justificar que la libertad de la imputada es un peligro para la seguridad de la sociedad, se basan derechamente en circunstancias del eventual incumplimiento efectivo de la pena. Como primera cuestión, los elementos que habla de la imposibilidad de pena sustitutiva, la imposibilidad de considerar aquí un concurso distinto del material que se debe establece por ambos ilícitos, y la posibilidad de que por condenas anteriores no pueda acceder algún tipo de beneficio, van en directa relación con una pena de cumplimiento efectivo, pero no podemos transformar la prisión preventiva en una pena anticipada, bajo ningún concepto, aunque a la imputada desde ya podamos hacer el pronóstico que va a ser una pena de carácter efectiva, no podemos por ese solo hecho decretar una medida cautelar de prisión preventiva.

Y, en segundo lugar, se ha establecido como otro elemento, no se ha mencionado previamente, pero también el carácter del delito es un elemento a tomar en consideración. Ciertamente estamos ante un delito de carácter grave, pero considera



este sentenciador que aquí, y aquí recojo lo que plantea la defensa, ha habido varias circunstancias previas, no en relación a Carabineros, pero sí en relación a situaciones de violencia intrafamiliar que la imputada aparentemente habría sido víctima. En ese sentido este carácter del delito lo considero que puede ser menguado, puede ser considerado bajo este parámetro -de baremo- de problemas previos de violencia intrafamiliar, problemas previos de detención, problemas previos de una gran cantidad de situaciones que han afectado directamente a la imputada, y el carácter del delito aquí no me servirá para fundar una medida cautelar de prisión preventiva. En base a ello, obviamente considera este tribunal desproporcionada la medida cautelar solicitada por el Ministerio Público y se rechaza la medida cautelar de prisión preventiva.

**Fiscal:** (apela verbalmente y solicita medidas cautelares del Art. 155 CPP, arresto total y arraigo nacional).

**Defensor:** (solicita medidas cautelares de arraigo nacional y firma)

**Juez:** Considerando que el carácter del delito fue insuficiente para decretar la prisión preventiva, sí se considerará adecuada para el efecto de decretar un arresto domiciliario de modalidad parcial, no como la solicitó el Ministerio Público, entre las 22 horas del día y las 6 horas del día siguiente y la del Art 155 letra d), esto es el arraigo nacional.

**5. Corte de Apelaciones de Antofagasta sustituye prisión preventiva de imputada considerando posible estado de necesidad exculpante y falta de necesidad de cautela ([Corte de Apelaciones de Antofagasta, 26.11.20 rol 812-2020](#))**

**Norma Asociada:** CPP 155; CP 10 N 11

**Tema:** Violencia contra la mujer; parricidio; estado de necesidad exculpante, necesidad de cautela; enfoque de género.

**Descriptor:** Violencia contra la mujer; sustitución de la prisión preventiva; estado de necesidad exculpante.

**SÍNTESIS:** Corte sustituye la prisión preventiva de mujer imputada por parricidio de su conviviente por arresto domiciliario, por considerar que existían antecedentes razonables de la existencia de un estado de necesidad exculpante, de manera que si la necesidad de cautela se había fundado exclusivamente por la gravedad de la pena, la posibilidad de argumentar una eximente la hacen desaparecer (considerando único).

**TEXTO COMPLETO**

(Transcripción del audio causa rol 812-2020, vista de la causa que se efectuó en la primera sala de Corte de Apelaciones de Antofagasta, integrada por los ministros titulares sr. Juan Opazo Lagos, sra. Myriam Urbina Perán y sr. Eric Sepúlveda Casanova, con fecha diecinueve de noviembre de dos mil veinte, en causa por parricidio ruc 2001154918-8).

**Defensor:** Buenos días ministros.

**Ministro:** se da inicio a la vista de la causa. - Agregada de Reforma Procesal Penal 812-2020 Ministerio Público Antofagasta contra D. J. V. L., tiene la palabra el abogado defensor que entiendo que es el recurrente.

**Defensor:** Gracias ministro efectivamente, por la venia de su Ilustrísima comparece en estrado por medio de videoconferencia, Maximiliano González Herrera, defensor penal público licitado en representación de la recurrente señora D. J. V. L., alzando en contra de la resolución dictada por el Juzgado de Garantía de fecha 19 de noviembre del 2020, que decretó su prisión preventiva por estimar que su libertad constituye un peligro para la seguridad de la sociedad. Para poder proceder a dar los argumentos del recurso su señoría voy a dar breve lectura a los hechos de la formalización, señor ministro V. fue formalizada el día 19 de noviembre y estos son los de hecho.- *“Con fecha 15 de noviembre de 2020, siendo aproximadamente las 22:30 horas, la víctima M. A. H., se encontraba en su domicilio ubicado en Av. XX N°XX, lugar en el que arrienda la pieza N°3 donde habita con su conviviente la imputada D. J. V. L., habitación que se ubicada en el segundo piso del inmueble, momento en que mantienen una discusión de carácter doméstico, subiendo la imputada hasta el tercer piso del inmueble, lugar donde se encontraba la dependencia destinada a cocina, desde donde tomó un cuchillo para posteriormente y después de varios minutos bajar hasta el segundo piso, hasta el pasillo en donde se encuentran los dormitorios, momentos en que quiebra el vidrio de su habitación y una vez que la víctima se encuentra en el pasillo, lo apuñala con la intención de matarlo, en a lo menos dos oportunidades con el cuchillo del cual previamente había obtenido, apuñalando en el sector del tórax a su conviviente, cayendo la víctima al suelo, para posteriormente fallecer producto de las lesiones causadas en el Hospital Regional de Antofagasta, siendo la causa de muerte según consta de autopsia de*

*SML: hipovolemia aguda, secundaria a herida penetrante torácica superior derecha, con lesión de pulmón derecho y arteria pulmonar derecha”.*

Estos hechos son constitutivos de delito de parricidio consumado y la calidad que se le atribuye es de autora. Ahora bien, atendida la naturaleza del hecho el Ministerio Público pidió la prisión preventiva, tal cual, por estimar que su libertad constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, pero nosotros nos opusimos a la cautelar solicitada y básicamente sobre la base de dos líneas argumentativa. Una que decía relación con la dinámica de los hechos eso discutíamos que había sucedido una mera ligeramente distinta, pero principalmente porque nosotros estimamos que en este caso concreto ocurre un eximente de responsabilidad criminal que es el estado necesidad exculpante del artículo 10 numeral 11, naturalmente, esto he atendido al estado procesal, que está recién en pañales, la investigación. Bien. En cuanto a la dinámica de los hechos es lo que está diciendo el ministerio público en su formalización es que la imputada para poder ingresar a la habitación y propinar el cuchillazo a la víctima había roto el vidrio de entrada. Nosotros lo que decimos que tiene una dinámica distinta, nosotros señalamos que, bueno para ilustrar el tribunal, esto se trata de una especie de conventillo, una serie de piezas interiores y la pieza interior en que vivía esta persona tiene una ventana que da al pasillo y esa es la ventana que se dice que se quiebra. Nosotros lo que decimos, que aquí hubo una discusión en que la víctima estaba encerrada dentro en la pieza, no la dejaba entrar, la imputada quería ingresar porque era su pieza, trataba de abrir la ventana. La víctima la toma, la jala hacia el interior y cuando la jala se rompe el vidrio, y posteriormente sucede esto de que la imputada sale de la habitación, va hacia la cocina, coge un cuchillo, espera un lapso de tiempo, se encuentra con la víctima y le propina el cuchillazo.

**Ministro:** consulta don Maximiliano, que vayamos concretando, usted nos deja claro una versión alternativa y distinta. Primera cosa. ¿Hay algún testigo que relate esa dinámica de los hechos?

**Defensa:** Sí, señor ministro. Esta es la primera versión que se le entrega a la Policía por parte de dos testigos, H. R. H. y D. Á. C.

**Ministro:** Ellos dicen.

**Defensa:** Lo que pasa es que ellos. Hay dos declaraciones señor Ministro, una que está en parte policial de Carabineros, que son los primeros en llegar al lugar ellos dicen no recogieron declaraciones textuales. Dicen hablamos con H. y con D. y ellos no dijeron esto, ya, y luego están las declaraciones policiales.

**Ministro:** ¿Quién es D.?

**Defensa:** Son personas que viven en el lugar.

**Ministro:** o sea allá, no fue testigo presencial.

**Defensa:** Estaban todo ahí, Claro, señor ministro,

**Ministro:** no, porque usted dice, la H. me dijo.

**Defensa:** Exactamente.

**Ministro:** Entonces no es testigo presencial Pero un testigo presencial que hable de la dinámica de los hechos en forma distinta.

**Defensa:** Sí.

**Ministro:** Cuál testigo que dice, que es puede ser el contexto.

**Defensa:** lo que pasa insisto, señor ministro. Lo que pasa es que los testigos, cuando se les toma declaración por Policía de Investigaciones, ellos dicen que escuchan un ruido, el ruido del vidrio y después escuchan un quejido, pero según los policías que llegan al sitio del suceso, que eran los carabinero, ellos entrevistan a estas dos personas, las dos personas le dicen que primero se escucha el quiebre del vidrio, que luego la persona va hacia la cocina y luego regresa.

**Ministro:** ya, pero sería que esté o no el cuchillo, pero usted nos da, la Fiscalía tiene una versión de los hechos, usted una versión alternativa. Entonces la pregunta era ¿sobre qué se basa sobre esa teoría alternativa?

**Defensa:** Claro, la baso sobre el relato contenido en el parte policial de Carabineros.

**Ministro:** ¿qué dice? ¿Y qué es lo que dice que resulta relevante?

**Defensa:** Eso es lo que señala. Bueno, y también sobre la versión de la propia víctima.

**Ministro:** del imputado, la víctima esta fallecida,

**Defensa:** del imputado señor ministro.

**Ministro:** Y la imputada prestó declaración en la carpeta Investigación.

**Defensa:** Efectivamente, señor ministro, presta declaración ante la Policía de Investigaciones.

**Ministro:** qué es lo que dice la imputada la carpeta de investigación.

**Defensa:** Ella es lo que señala esa dinámica. Dice que ella estaba encerrada en la pieza. Después dice que ella sale de la pieza, que el que se encierra en la pieza es M., y ella trata de entrar, que trata de abrir la ventana y que en ese momento M. la jala hacia adentro y allí es cuando se quiebra el vidrio. Después ella dice que va a la cocina, que toma el cuchillo, que pasa un lapso de tiempo de 10 minutos. y que se encuentra M. quien le dice, que lo voltea, que lo gires así. Incluso indica que le señala una frase y dice que es una frase bien concreta yo la recogí, le dice, “le dije que *estaba cansada de sus maltratos* y le enterré el cuchillo en el pecho”, eso es lo que dice la imputada en su declaración.

**Ministro:** Pero no, no es esto ajeno al momento de cuando la tiró para adentro.

**Defensa:** Claro, claro, pero ya voy.

**Ministro:** después que la tiro para dentro fue a buscar el cuchillo, según su defendida y vuelve y le dice que está aburría y la acuchilla. Esa es la versión de definitiva.

**Defensa:** Efectivamente, señor ministro, y por eso estamos alegando un estado de necesidad exculpante en una legítima defensa.

**Ministro:** Ya, ¿hay denuncia previa de violencia intrafamiliar?

**Defensa:** Efectivamente, señor Ministro, existen dos denuncias previas las RUC. 200004369-k y existe otra que la RIT 8784-2020. La primera denuncia de Ruc, porque es una causa que nos alcanzó a judicializar en que la imputada, estaba denunciando haber sido víctima de lesiones leves por parte de M., la persona que falleció. Y de esa causa ella misma se desistió y por lo tanto se archivó provisionalmente. Y la segunda ...

**Ministro:** ¿Cuándo ocurrieron esos hechos?

**Defensa:** Estos hechos son del 24 de diciembre 2019, posteriormente tenemos la causa RIT 8784-2020 ante el Juzgado de Garantía de esta ciudad es una violencia intrafamiliar cruzada, los hechos son de agosto de 2020 en que a ella se le imputa un delito de lesiones leves y a él un delito de amenaza. También tengo conocimiento de que existiría una causa de familia, pero esos antecedentes no lo hemos podido recabar en este minuto.

**Ministro:** Pero en esa oportunidad la denunciada lesión era su defendida.

**Defensa:** efectivamente sr. Ministro

**Ministro:** ¿y tiene los hechos que serían investigados en esa oportunidad?

**Defensa:** Sí, sí, los tengo.

**Ministro:** ¿Cuáles serían los hechos?

**Defensa:** Se dice que *“El día 06 de agosto de 2020, alrededor de las 22.00 horas, al interior del domicilio ubicado en Av. General Oscar Bonilla N° 8966, el cual comparten ambos imputados, correspondiéndoles una relación de convivientes, se encuentran al interior de dicho domicilio y mantuvieron una discusión de índole particular, la que terminó en agresiones mutuas y amenazas mutuas, a saber, el imputado M. A., gritó a la imputada “eres una maraca te voy a matar weona”, respondiéndole doña D. V. “primero te voy a matar yo, maricón de mierda”, luego se propinaron golpes mutuos, resultando don M. A., con dolor peri orbitario izquierdo por golpe y contusión facial, de carácter leves, en tanto doña D. V. resulto sin lesiones al examen físico, según los datos de atención de urgencia N° 765 y 766”.* Esos son los hechos de esa oportunidad.

**Ministro:** Consulta ¿y en esta oportunidad se judicializó eso?

**Defensa:** Llegó al juzgado de garantía se hizo juicio inmediato, ambos desistieron declarar uno contra del otro.

**Ministro:** ok, logró absolución.

**Defensa:** Exactamente

**Ministro:** Continúe.

**Defensa:** bien. Bueno, además de esa agresión, que están registrada la víctima ese día presentaba varias lesiones en su cuerpo y esas lesiones fueron contratadas por un dato de zona de urgencias. Indican lo siguiente las siguientes lesiones. *“hematoma en eminencia frontal derecha, con aumento de volumen, no palpo crépitos” “zona eritematosa por rasguño en región torácica para esternal derecha 1x1 cm y en zona mamaria izquierda de 1x1 cm, en región mamaria derecha lesión de las mismas características 1x1 cm” “equimosis 2x1 cm en cara lateral brazo derecho, eritema y escoriación superficial en zona anterolateral en antebrazo derecho x2 cm, cicatrices antiguas en cara interna de antebrazo izquierdo lineales,*

*cicatrices antiguas en ambas muñecas las cuales refiere que fueron causadas por mordeduras por parte de su pareja. En mano derecha cara dorsal se observa aumento de volumen, equimosis 4x3 cm*". Esas son las lesiones con las que llevó la imputada ese día a la audiencia y que, incluso, pudieron ser captadas fotográficamente por la policía de investigaciones ella amablemente accedió a que se le levantaran un set fotográfico eventualmente lo podremos utilizar en el juicio oral. Bien, así las cosas, nosotros sostuvimos que aquí correspondía aplicar este eximente, exculpante, que fue introducida precisamente por la ley 20480, que la ley que creó el tipo penal de femicidio en nuestra legislación. Y destaco esta ley precisamente porque cuando se crea la eximente y el objeto es precisamente precaver este tipo de situaciones, en que las mujeres cierto acababan con la vida de su pareja dada violencias previas y reiteradas por sus parejas. Entonces. Para que proceda en definitiva se requieren cuatro requisitos que para medir la legislación concretamente

- la actualidad o inminencia se trata de evitar
- que no exista otro medio practicable y no perjudicial para evitarlo.
- Que el mal no sea sustancialmente mayor o sea superior
- cuarto requisito que dice relación con la que no sea exigible a la persona que lo aparta de sí.

Y lo que el magistrado estimó respecto a las alegaciones que nosotros habíamos indicado y que lo que faltaba acá era la actualidad o inminencia el mal que se trataba de evitar, dado que había transcurrido un período de tiempo entre que, la víctima jala a la imputada y se rompe el vidrio. Periodo que es más o menos 10 minutos según lo que ella relata su declaración y por otro lado desconoció que existiera otro medio menos practicable y menos perjudicial para impedirlo. Entonces respecto a la actualidad o inminencia nosotros creemos que el magistrado ha cometido un error. Toda vez que la actualidad o inminencia del Estado de necesidad exculpante no es de la misma entidad, no tienen las mismas características que en la legítima defensa son períodos distintos, incluso nosotros citamos a Roxin y decíamos que los períodos de tiempo podían ser diferentes. Ese mismo autor reconoce que hay tres tipos de estado de necesidad, uno de los cuales es la situación de necesidad de peligro continuado, en el que se indica que se cubre un peligro, una situación latente en que el riesgo puede producirse o puede completarse, como puede no concretarse. No se sabe a ciencia cierta, se sabe concretar o no se sabe cuándo se



va a concretar, pero esa situación de riesgo está ahí, y es precisamente esta es la situación que nosotros decimos que corresponde a la de B., una persona que está e inmersa en un ciclo de violencia doméstica en que ella declara que la persona que figura como víctima cuando ve la golpea, y hay agresiones anteriores y hay denuncias anteriores y que definitiva la colocan en un estado de necesidad, y que digamos ha tenido que sacrificar la vida de otra persona para poder precaver su vida o su integridad personal.

En cuanto al otro requisito que dijo el señor magistrado que no concurría, que dice relación con la exigibilidad de otra conducta. Lo que quiero señalar acá es, en definitiva, que lo que es bueno, lo que dijo Magistrado, es que ella siempre hubiera podido recurrir a otra persona, quizás un vecino, o denunciar los hechos a la justicia, o arrancarse de ese lugar, pero también se indica por parte de la doctrina que ha escrito sobre este tipo de eximente y que, en definitiva, que no resultan lícito exigirle a la víctima de estas agresiones reiteradas, ese tipo de conducta.

**Ministro:** ya estamos en el tiempo Sr. Defensor tiene 2 minuto más.

**Defensa:** Gracias Sr. ministro muy brevemente. En definitiva, viendo una situación que se trata de una persona que es boliviana y extranjera, que lleva menos de dos años en Chile, que no debe tener probablemente una gran red de apoyo en este país. ¿Qué va a hacer? ¿Va a ir a hablar con el vecino? Que conocen al imputado, que son amigos de él, que están bebiendo con él ese mismo día, va a ir a la Justicia. Cuando ya ha hecho 2 denuncias que digamos que han sido infructuosas, se va a arrancar con el riesgo cierto de provocar la ira del imputado y esto genera agresiones posteriores. Entonces, en definitiva, nosotros lo que estimamos es que en este estado procesal están a lo menos incipientemente acreditada la existencia o la posibilidad de un estado de necesidad exculpante y, por lo tanto, la cautelar que se decretó es desproporcionada frente a la posibilidad de que ella resulte incluso absuelta en el juicio oral. Y lo que le pedimos al Tribunal es que las sustituya por otra cautelar de menor intensidad que pudiera ser el arresto domiciliario. Con eso concluyo mi alegación.

**Ministro:** tiene la palabra el ministerio público.

**Fiscal:** Gracias, ministro. Buenos días, con su venia buenos Nelson Días Cisternas. Abogado asesor del Ministerio Público solicita se confirme el fallo. Por cierto, que coincidimos con la primera parte que dijo el colega que estamos una investigación incipiente, apenas 10 días, y frente a eso estimamos que el fallo del juez de garantías aceptabas, o sea, en 10 días es imposible adjuntar prueba cierta que acredite una cercanía.

Estimamos que no es prudente su señoría dar por acreditada ni siquiera en modo incipiente una circunstancia eximente, responsable. Estamos hablando de una circunstancia eximente responsabilidad penal, para nosotros un tema y para juez también, que se tiene que discutir en el fondo con todos los otros antecedentes.

**Ministro:** O sea, cuando hay circunstancias eximente no se podría tener en cuenta para resolver la prisión preventiva, eso es lo que sostiene usted.

**Fiscal:** se tiene que tener en cuenta cuando hay antecedentes más claros. Y ahí, ahora voy a los antecedentes que dijo el juez y los ponderó. Qué dice el juez de garantía acá, su señoría. Como bien dice el colega, el proyecto de ley comenzó con el objetivo que indica, pero terminó de otra manera. No terminó de la manera que es el colega para cubrir este tipo de situaciones de las mujeres que están en estos estados complejos o sistemáticos de VIF, sino que terminó siendo una eximente más de aplicación general y que requiere ponderación de los hechos que dice el juez de garantía primero acá. ¿Cuál es el mal? Nos preguntamos nosotros. ¿Cuál es el mal que trata de evitar? Dice mal grave, dice el artículo. Claro, un mal grave podría haber sido que la lesionara nuevamente según la teoría de la defensa. No se da ese requisito, el primero actualidad o inminencia el juez no se equivoca, si ustedes analizan actualidad o inminencia. El profesor Héctor Hernández lo analiza en su libro, que analiza el Código Penal, al analizar esta parte el profesor Hernández indica que este término se tenía que interpretar, desde un punto de vista sistemático, ya que el legislador no lo definió y habría que relacionarlo y tener en cuenta que la actualidad inminencia del 10 número 11 se tiene que relacionar con el 10 número 7 y con el 10 número 4, tiene que haber una inmediatez en el ataque, una inmediatez. O sea que no tenemos un mal grave ni tenemos inmediatez en el ataque del mal que se trata de evitar. El segundo requisito que no hay otro medio disponible. Claro que hay otros disponibles. Puede haber recurrir a los vecinos, como dijo el juez de garantía. No

voy a hablar de las denuncias porque ustedes ya las consultaron. Ya sabe el contenido de las dos y el tenor de las mismas. Pero hay algo muy importante que el tercer requisito, que es el bien jurídico sacrificado. El mal causado, dice el código, no sea sustancialmente superior al que se trata de evitar. La señora quizás quería evitar que la golpeará nuevamente, pero no que la mataran porque era un hombre que está según la declaración de la misma señora, estaba en estado de ebriedad no nos acreditó que tuviera un arma en su poder para poder matarla. Por lo tanto, el mal que ella causó es superior, desde el punto de vista sustancial, al que quiso evitar y ya con eso se nos caía el tercer requisito, por lo menos a nivel de antecedente del 10 número 11. Por lo tanto, juez de garantía. En vista de todo esto, más la declaración de la propia imputada, más la declaración de testigos. Voy a aclarar el parte policial, si me permite su señoría. Digo está en la página 4, lo voy a decir textual, mejor si me permite, para no caer en ninguna imprecisión.

Bueno, “llega personal policial a la casa y posteriormente se procedió a entrevistar a doña H., voy a decir los nombres solamente y don D., la víctima, manifestaron que son de las 10:30 de la noche, mientras ambos se mantenían en la cocina del segundo piso preparando alimentos la víctima y la imputada comenzó una fuerte discusión de índole sentimental por celos, en la que se gritaban e insultaban mutuamente. Momento en que sintieron que desde la habitación de esto se quiebra un vidrio, sintieron, no vieron. Para luego la imputada trasladarse al primer piso y subir nuevamente dirigiéndose hacia la habitación, siendo esta la pieza 30 que se escucharon, escucharon a la víctima quejarse de un golpe fuerte, manifestando a viva voz ¿Qué estás haciendo? Le dije a la imputada y verlo caer al piso a la víctima. Se hace presente que la testigo H. manifestó en primera instancia ver a la imputada subir la escalera con el cuchillo, cambiando su versión al escuchar el quejido de la víctima y verlo caer al pasillo. G. C., que después declara de nuevo ante la PDI G. C., el arrendatario más antiguo, una especie de administrador del lugar, M....

**Ministro:** consulta... la anterior el testigo, dice verlo caer al piso si estaba dentro de la pieza tendría que haber estado abierta la puerta de la pieza. ¿Le pidió el fiscal o el funcionario policial una aclaración de eso a la testigo?

**Fiscal:** lo que pasa su señoría, es que después declaran otros testigo que ella lo que hace, según la versión de Ministerio Público de otro testigo, quiebra el vidrio y para eso está el testigo.

**Ministro:** No, no existe. Pero yo esto último parte que resulta relevante el ángulo de vista, porque usted me dice que la testigo dice, lo vio caer al piso.

**Fiscal:** Claro, lo vio caer al piso.

**Ministro:** Y ahí es a lo mínimo que uno no espera a la policía o el fiscal, que aclaremos, si lo vio caer al piso, como lo vio caer al piso donde estaba, porque puede aportar más datos.

**Fiscal:** Lo que indica que dentro de....

**Ministro:** esto pasó esto pasó por la policía y pasó por un fiscal y hay ampliación de la detención.

**Fiscal:** Claro, pasó en el pasillo, después se aclaró la ampliación de la detención, que lo que sucedió, fue en el pasillo, acometió contra la víctima. La imputada ella quebró el vidrio, según un testigo, lo invita a salir de la pieza 3 al pasillo donde están todos seguramente...

**Ministro:** ¿hay un testigo que relaté eso?

**Fiscal:** sí.

**Ministro:** ¿me lo podría leer esa parte? Porque aquí no estamos frente a una detención. Hay una investigación previa y ampliación de la detención

**Fiscal:** don D. Á. C., que es una persona que arrienda. Bueno, ahí se gráfica, qué sé yo, en lo pertinente. *“Ayer por el día de los hechos, dentro de las 22:00 y 23:00, me encontré en el segundo piso, en la cocina, comiendo instante que escuché que J., que como le decía a la señora su segundo nombre y M. estaban discutiendo, observando que J. subió el tercer piso. Luego volvió a bajar al segundo piso. Ella quebró un vidrio y le dijo. Le dijo sale al pasillo ya que me golpeaste. Cuando M. salió, supongo que ocurrió la agresión. Ahí escuché que el M. se quejó muy fuerte. Más o menos lo observé en el piso, se refiere el piso del pasillo, sangrando. J. estaba de pie frente a él”.* Y después don G. declara nuevamente que es el administrador.

Y ahí da más detalles de que *“no era la noche que yo escuché a M. que recibió un golpe y se quejó. Luego me asomé observándolo. Me asomé de la pieza, cierto, observando lo que cayó al piso del pasillo. Frente a él estaba su pareja, J. Obviamente, ella entró a su habitación y pasó unos segundos. Volvió a salir diciendo Tienes que morir, tienes que morir enterrando el cuchillo aún más a M., quien tenía el cuchillo pegado en el pecho”*. Y le preguntan. Ambos siempre mantenían discusiones y peleas mutuas. Doña H. es la que aparece en el parte, manifestó ser pareja de don D., agregando que se encuentra en el segundo piso. Cuando ocurrió observó que J. indicaba que había matado a M.

**Ministro:** una consulta en el parte policial, cuando se constituye la policía ¿en dónde encontró el cuerpo?

**Fiscal:** En el pasillo, ahí aparece otra persona dijo *“yo no lo quise ni tocar”*, dice.

**Ministro:** No, no por eso, pero ¿dónde encontró un cuerpo la policía?

**Fiscal:** en el pasillo.

**Ministro:** O sea, lo que ocurrió en el pasillo. Era un hecho más o menos cierto que ocurrió en el pasillo. Por lo tanto, no hay un quiebre del vidrio para entrar o sea que quebró el vidrio para entrar...

**Fiscal:** Es que él, la había dejado afuera. Él según ella, La había dejado fuera de la habitación. Ella quiebra el vidrio. Según la versión es que ella y quiebra la habían, pero en esta discusión la deja fuera con llave, ella intenta entrar que, abrió la ventana y ahí inicia la discusión entre la defensa y la Fiscalía, ¿quién quiebra el vidrio?

**Ministro:** Pero qué es lo relevante quién quebró el vidrio, estamos centrado en saber quién quebró el vidrio.

**Fiscal:** Pero ahora yo me pregunto qué es lo que es relevante ahora, pero en realidad no tiene mucha relevancia por delante que lo invitó a salir y le quitó la vida en el pasillo.

**Ministro:** continúe nomas.

**Fiscal:** por eso nosotros tenemos su señoría que no se dan a nivel de antecedentes sería, y lo vamos a decir como dijo el juez, bueno, sería como prematuro. Cierto. Hay

una etapa de diligencias se puede hacer por qué no decirlo, ya estamos en condiciones según los pasos de la pandemia para revisión de la constitución de escena, que sería interesante para ver la dinámica. De cómo ocurrió esto cierto. Y también por qué no decirlo, un examen a la víctima psicológico o lo que sea, que determine si eso efectivamente existe este daño cierto o si había una agresión sistemática. Como dice el profesor Héctor Hernández, que fue el inicio de la reforma de la idea de esta ley, que finalmente nos salió como quería el legislador o la moción parlamentaria, pero que a nosotros, desde el punto de vista de género es interesante la discusión, pero viendo las dos denuncias, una de ellas excusada, y es que la segunda, el que salió agredido, fue el actual fallecido. No vemos la sistematicidad en las agresiones que justifique una actuación de la imputada de esta envergadura. En primera instancia, con estos antecedentes, siempre a juicio que la defensa puede solicitar que se realice un examen indique lo anterior, pero nos vemos graves, maltratos y sistematicidad que justifiquen quitar una vida. Hay que ser directo en esto. Yo creo que juez garantía ponderó bien los antecedentes para no dar por acreditado. Por ahora ni siquiera ninguno de los requisitos del 10 Número 11 Qué mal grave estaba gritando la señora. ¿Cuál es el equilibrio entre los bienes jurídicos que ella quería evitar que le alteraran lo que ella provocó?

Podía recurrir a otros medios. Siento que hay una infinidad de personas que viven ahí, son 35 habitaciones. Todo eso estimamos nosotros que se tenía que discutir en el fondo y tienen que investigar por supuesto, no vemos nosotros el punto, pero a primera vista con el antecedente estimamos que no sería adecuado que, como dice el juez de garantía tomando en consideración, también lo dice el juez de garantía de la declaración de la propia imputada.

Ella tuvo tiempo, tuvo 10, 15 minutos, dice, ella va a estar ahí esperando. La persona no estaba armada, estaba en estado de ebriedad y él mismo dice estuvo tomando ron con el imputado está en estado ebriedad, no podía agredirla en ese momento. No hay actualidad, no hay inminencia, bienes jurídicos desproporcionados. Y por eso, dice don Héctor Hernández está bien el 10 número 11 quedó bastante parecido a la legítima defensa y el número 10 número 7 en cuanto a la inmediatez. Pero bueno, es en cuanto a la letra A, desde el punto de vista de que no concurren ni siquiera en requisitos para tener la vista un 10 número 11 después y finalmente letra C, como dice juez de garantía, no se torna desproporcionado, ya que hay que tomar

en cuenta la pena, una pena grave, bastante alta, es bien jurídico, protegido la vida de uno de los bienes máspreciado dentro de nuestra legislación. La relación de convivencia de ambos y lo que trata de proteger el parricidio, y que pudo obrar diferente forma la señora, el carácter del delito, que pudo obrar de diferente manera y no lo hizo se toma un tiempo, analizó y como nosotros planteamos la audiencia de control de detención y perdón de formalización hay que tener una cosa bien clara, no está claro si la señora actuó bajo el 10 número 11, por esta sistematicidad que nosotros creamos que no existe por el tema grave, o simplemente actuó por venganza, por darle una lección, por decir tienes que morir porque, según lo que dijeron los testigos, luego lo empezó a patear el cuerpo. Y quería cuchillas más, pero el cuchillo quedó pegado hasta que lo logró sacar, pero lo dejó al lado del cadáver y llega a Carabineros ya no voy a repetir la ministra. Por lo tanto, su señoría, estimamos que el juez garantía no se equivoca por ahora en esta situación no se dan los requisitos de número 11. Solicitamos, se confirme y se dé por acreditada a nivel de antecedentes letra A-B y por supuesto, se confirma la prisión preventiva por peligro para la seguridad de a sociedad.

**Ministro:** ¿cuál es la necesidad de cautela don Nelson?

**Fiscal:** peligro para la seguridad la sociedad, su señoría.

**Ministro:** ¿basado sólo en la gravedad del delito?

**Fiscal:** de pena de crimen, carácter del delito es el bien jurídico comprometido. Qué más dijo el magistrado...- Claro que la relación de convivencia y lo que implica el bien jurídico es la vida. Pero está implícito. En cuanto a la relación de convivencia, el cuidado mutuo, el respeto a las relaciones de pareja. Eso fue. - y la dinámica, pudo obrar de manera diferente y no lo hizo. Son esos parámetros que estimó el magistrado presente para decretar la prisión preventiva, nosotros estimamos que es prudente la prisión preventiva, sin perjuicio de que, si el colega, luego de una investigación que se pueda realizar una constitución de escena u otra diligencia, podría pedir una revisión y ponderarlo en su momento. Pero en esto antecedentes, a 10 días de la investigación de un hecho grave, estimamos que no es desproporcionada la prisión preventiva para la imputada.

**Ministro:** vamos a hacer un receso de unos dos minutos.

## **FALLO CAUSA**

**Ministro:** para proceder a resolver.

**Visto y teniendo presente.**

**Considerando.** Que, en realidad, respecto de los hechos no hay mayor discusión entre las partes, toda vez que las cuestiones que se debatieron claramente no resultan tan relevantes al momento de resolver, toda vez que conforme a lo que relatan los testigos presenciales, no de la versión misma, pero de un hecho inmediatamente posterior, nos da cuenta que en el caso en concreto hubo una discusión, hubo una acción que llevó el quebrar un vidrio. Pero en realidad aquello resulta irrelevante desde que ocurrió esto, se va a buscar el cuchillo vuelve la persona, sale precisamente, hay una discusión y en ese contexto la mujer agrede al hombre en el pasillo, y el lugar donde está el cuerpo por lo demás, y nadie dice que el cuerpo lo haya movido en algún momento y, por lo tanto, los hechos están relativamente claros a la luz de los hechos. No hay discusión tampoco respecto al espacio tiempo, el ordenar quién no está sufriendo una agresión en el momento y sale un cuchillo en el lugar, sino que va a buscar un cuchillo, vuelve y se produce el hecho. No hay discusión tampoco en orden a las dos circunstancias previa de violencia intrafamiliar, y tampoco hay mayor discusión en cuanto a que los mismos testigos dan cuenta de que hay múltiples acciones de discusión entre las partes en el contexto de celos. Como indican los testigos ese es más o menos el contexto en el cual ocurren los hechos. De aquí el tema, no resulta relevante el espacio de tiempo porque no estamos hablando de legítima defensa. Sin lugar a duda. Difícilmente podría sostenerse una legítima defensa en el momento de los hechos. Pero el debate acá está centrado en si hay elementos o no hay elementos para los efectos de estimar que existe un estado de necesidad exculpante, que eventualmente pudiera derivar en una absolución o en una rebaja condena en el momento respectivo. Y en este sentido la prueba de cargo no es tan fuerte en orden a eliminar estos, sino por el contrario. Claramente nos encontramos frente a una pareja que ya se encuentra en el círculo de la violencia, violencia que eventualmente es mutua, en el cual hay agresiones previa, pero en el cual hay una mujer que no está establecido que esté en situación de superioridad física frente al hombre, siendo lo naturalmente común lo contrario y, en ese contexto, como se ha señalado en un par de fallos que han



salido en el último tiempo en materia de parricidio con discusiones de visión de género, se ha llegado a sentencias absolutorias en casos similares al presente. Precisamente por considerar que, más allá de la racionalidad que se le puede exigir a una persona normal, respecto de la mujer que está en una situación de círculo de la violencia, claramente su razonamiento es distinto, y en ese estado busca alguna forma de salir del círculo de la violencia y en definitiva es lo que llega a constituir un estado exculpante en algún estado del juicio, bueno, como dijo el fiscal, claramente esto es algo que tendrá que debatirse en el juicio oral, claramente no en la oportunidad para debatirlo. Pero si resulta relevante aquello para los efectos de determinar la necesidad de cautela que pueda justificar una cautelar tan gravosa como la prisión preventiva. Esta probabilidad de debate en el juicio oral, que eventualmente en casos similares ha derivado en absolucón, claramente hace disminuir relevantemente la necesidad cautela porque si bien el delito grave y eso es innegablemente grave, y si bien aquello en principio es una pena de crimen podría justificar una prisión preventiva, ese solo elemento frente a estas otras circunstancias previas, e innegables también, nos lleva a pensar que la teoría de la defensa eventualmente puede llegar a buen puerto, y en ese entendido estimar tener una persona privada de libertad hasta el día del juicio, con lo que aquello podría demorar, aparece un exceso desproporcionado al efecto, en atención a que no hay otro elemento que nos lleva a pensar que la libertad de la imputada puede haber un peligro para la seguridad de la sociedad o para el éxito de la investigación, un peligro de fuga. Invitado el fiscal hablar de la necesidad de cautela sólo la fundó la gravedad y aquí morigerado por el debate posterior no lleva a la conclusión por **voto de mayoría** a que la necesidad de cautela no es la suficiente para justificar una cautelar tan gravosa y ultima ratio como es la prisión preventiva, por lo que se accederá a la petición de la defensa modificando la cautelar.

En consecuencia, teniendo presente lo demás y lo dispuesto en el artículo 149 del Código Procesal Penal, teniendo especialmente en consideración el artículo 10 número 11 el Código Penal y demás antecedentes antes expuestos, por estimar que no existe la necesidad de cautela para los efectos de justificar una medida cautelar tan gravosa como la prisión preventiva, por los argumentos antes dados, se resuelve voto de mayoría **revocar** la resolución en alzada dictada por el Juzgado de Garantía de Antofagasta que decreto la prisión preventiva de doña D. J. V. L. con fecha 19 de

noviembre y dejándolas sin efecto, se resuelve dejar sin efecto la prisión preventiva y sustituirla por una cautelar menos gravosa, como es el **arresto domiciliario total** en el domicilio que fije la imputada como medio de control que determine el Juzgado de Garantía al momento de decretar el cúmplase de la presente resolución.

Acordado lo anterior con el **voto en contra** del ministro Eric Sepúlveda, quien fue parecer de confirmar la resolución de alzada por compartir los argumentos del Tribunal a quo.

Quedan en este acto notificados los intervinientes de la resolución antes dictada.

Se pone término a la vista de la causa. Gracias.

**6. Corte de Apelaciones de Valparaíso sustituye prisión preventiva de imputada por avanzado embarazo y consideraciones de género y derechos humanos ([Corte de Apelaciones de Valparaíso, 02.12.20 rol 2441-2020](#))**

**Norma Asociada:** CPP 155; Convención Belem do Para; Reglas de Bangkok; Reglas de Tokio

**Tema:** Violencia contra la mujer; enfoque de género.

**Descriptor:** Violencia contra la mujer; sustitución de la prisión preventiva.

**SÍNTESIS:** Corte sustituye la prisión preventiva de mujer sin antecedentes previos y con un avanzado embarazo por otras medidas cautelares personales, por considerar que su mantención significaría ejercer violencia contra la mujer ya que el historial de victimización y sus responsabilidades de cuidado de otras personas, vulneran la normativa internacional establecida en la Convención de Belem do Para, las Reglas de Bangkok y las de Tokio (considerandos 2, 3 y 4).

## **TEXTO COMPLETO**

C.A. de Valparaíso.

ACTA DE AUDIENCIA En Valparaíso, a dos de diciembre de dos mil veinte, se da inicio a esta audiencia a las 10:13 horas, ante la Tercera Sala de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, modalidad Videoconferencia, siendo presidida por la

Ministra Sra. Teresa Carolina Figueroa Chandía, e integrada por la Ministra Sra. Silvana Donoso Ocampo y por la Ministra Sra. María Cruz Fierro Reyes, para la vista del recurso de apelación deducido por la imputada, representada por los abogados Sres. Patricio Zamora Flores y Felipe Altamirano González, en causa RIT N° O-1810-2020, RUC 2000599149-9 del Juzgado de Garantía de Quilpué, Rol de Corte N° Penal-2441-2020, contra de la resolución de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil veinte, que no dio lugar a la solicitud de la defensa, de modificación de la medida cautelar de prisión preventiva que rige respecto de la imputada, L. R. S.

Asisten a la audiencia, por la defensa, el abogado Sr. Felipe Altamirano González, revocando y, por el Ministerio Público, la abogada asesora Sra. Gabriela Araneda Cruz, confirmando, quienes expusieron sus argumentos de lo que queda registro íntegro en el audio de la Sala, por lo que no serán reproducidos.

Terminados los alegatos, la Sra. Presidenta dio por finalizada la presente audiencia, dejando constancia que se puso término a las 10:29 horas.

Terminados los alegatos, el Tribunal resuelve:

Visto y oído:

Primero: Que, en el caso en examen, la privación de libertad, afecta a una mujer quien goza de irreprochable conducta anterior y cursa un embarazo de siete meses.

Segundo: Que en tal sentido, ha de tenerse presente la normativa internacional, en especial las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), que establece:

Regla 57 Las disposiciones de las Reglas de Tokio servir de orientación para la elaboración y puesta en práctica de respuestas apropiadas ante la delincuencia femenina. En el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, se deben elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas.

Regla 58 Teniendo en cuenta las disposiciones del párrafo 2.3 de las Reglas de Tokio, no separar a las delincuentes de sus parientes y comunidades sin prestar la debida atención a su historial y sus vínculos familiares. Cuando proceda y sea posible, se utilizarán mecanismos opcionales en el caso de las mujeres que cometan delitos, como las medidas alternativas y otras que sustituyan a la prisión preventiva y la condena.

Regla 60 Se preverán recursos apropiados a fin de elaborar opciones satisfactorias para las delincuentes, en las que se conjuguen las medidas no privativas de la libertad con intervenciones destinadas a resolver los problemas más habituales por los que las mujeres entran en contacto con el sistema de justicia penal. Entre ellas podrán figurar cursos terapéuticos y orientación para las víctimas de violencia en el hogar y maltrato sexual, un tratamiento adecuado para las que sufran discapacidad mental, y programas de educación y capacitación para aumentar sus posibilidades de empleo. En esos programas se tendrá presente la necesidad de establecer servicios de atención a los niños y otros destinados exclusivamente a la mujer.

Tercero: Que en ese contexto y atentos a lo previsto, además, por las normas de la convención de Belem do Para, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, resulta necesario adoptar medidas de protección de la mujer que sufra violencia y que, en la especie, ésta se ejerce en la medida que no se opta por otras medidas cautelares menos gravosas que compatibilice su calidad de imputada y el estado de embarazo del que es portadora.

Cuarto: Que, por las razones anotadas, no existen motivos urgentes y necesarios que permitan desconocer las Reglas de Bangkok, que conminan a los Estados a preferir siempre la imposición de alguna de aquellas medidas cautelares que puedan cumplirse al amparo del arraigo familiar, por sobre las privativas de libertad en unidades penitenciarias.

Quinto: Que, por lo expuesto, esta Corte estima que otra de las medidas contempladas en el artículo 155 del Código Procesal Penal, cumplirían los fines del procedimiento, máxime si, como ya se ha señalado, la imputada goza de irreprochable conducta anterior.

Atendido lo expuesto y de conformidad con lo prevenido en el artículo 370 del Código Procesal Penal, se revoca la resolución de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil veinte dictada por el Juzgado de Garantía de Quilpué que mantuvo la medida cautelar de prisión preventiva de la imputada L. R. S. y, en su lugar se declara, que se la deja sin efecto.

Acordado con el voto en contra de la Ministra Sra. Fierro, quien estuvo por confirmar la resolución recurrida, en atención a sus propios fundamentos. Dese orden de libertad inmediata a la imputada, si no estuviera privada de ella por otra causa.

Regístrese y comuníquese por la vía más expedita.

RIT N° O-1810-2020, RUC 2000599149-9. N° Penal-2441-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Valparaíso integrada por los Ministros (as) Teresa Carolina De Jesús Figueroa C., Silvana Juana Aurora Donoso O., María Cruz Fierro R. Valparaíso, dos de diciembre de dos mil veinte.

En Valparaíso, a dos de diciembre de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

**7. Tribunal Constitucional declara inaplicable Arts. 13 y 14 de la Ley Pascua por vulnerar el principio de igualdad en relación a la violencia sexual contra la mujer [\(Tribunal Constitucional, 29.01.21 rol 28792-2020\)](#)**

**Norma Asociada:** CPR 1; CPR 19 N°2; CPR 19 N° 3; CP 361; Ley 16641; CEDAW; Convención Belem do Para; Convenio 169 de la OIT; Ley N° 19.253 Art. 54

**Tema:** Principio de igualdad, violencia contra la mujer; enfoque de género; costumbre indígena, error de prohibición.

**Descriptor:** Violencia contra la mujer; principio de igualdad; violación; costumbre indígena.

**SÍNTESIS:** 1. Tribunal constitucional declara inaplicable los Arts. 13 y 14 de la Ley 16.641 en un caso de violación, por considerar que la rebaja de la pena a este tipo de delitos a los rapa nui genera una discriminación inconstitucional por razón de

género, pues justifica la violencia contra la mujer (considerandos 35, 38, 39, 40, 42, 43, 44 y 46). 2. Si bien, indica que en este caso no se acreditó que el fundamento de la rebaja legal de la pena se funde en una costumbre indígena; sostiene que ésta sólo podría hacerse valer examinando la función que le atribuye la ley penal, y respetando los límites impuestos por el Convenio 169 de la OIT y el artículo 54 de la Ley N° 19.253 (considerandos 50 y 51).

## **TEXTO COMPLETO**

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 de iniciales D.D.P.A, quien la tomó por la fuerza y estando de noche la llevó a un terreno o lugar en despoblado, para de manera alevosa, obrando sobre seguro, rasgarle sus vestimentas y por la fuerza proceder a penetrarla vaginalmente, para luego dejarla abandonada en el lugar oscuro y despoblado, tras cometer este hecho con ofensa o desprecio del respeto que por su género le merece la ofendida. Producto de lo anterior la víctima resultó con diversas lesiones, específicamente múltiples lesiones equimóticas traumáticas actuales en cuello, brazo izquierdo, ambas extremidades inferiores. Al examen genital se

observó equimosis compatible con penetración de cuerpo contundente, pene erecto, concordantes con el relato de la víctima según informó el médico perito legista del Servicio Médico Legal.

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

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

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

Refiere que el Ministerio Público solicitó la exclusión de la prueba ofrecida por la defensa consistente en el certificado de la CONADI que acredita la calidad de Rapa Nui del acusado, por resultar inconstitucional a la luz de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Convención Belém do Pará y de la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, conocida como CEDAW, por sus siglas en inglés.



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

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

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

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

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

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

De otra parte, señala que no debe olvidarse la ratio legis tenida a la vista para la dictación de Ley Pascua, la cual, señala, obedecía principalmente a la 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 proscribe 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 empece a la víctima. Así, indica que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que asiste a la víctima un derecho al castigo de los culpables de violaciones a los derechos humanos, y por tanto se puede colegir un derecho genérico de la víctima a un justo y racional resarcimiento.

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

#### Tramitación

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

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

A fojas 168 se hace parte la Defensoría Penal Pública y a fojas 173 evacúa traslado, solicitando la inadmisibilidad del requerimiento de conformidad al artículo 84 número 1 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura. Sostiene que el Juez de Garantía de Rapa Nui que solicitado pronunciamiento respecto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 no sería órgano legitimado que actualmente conozca de una gestión pendiente en que deban aplicarse los preceptos legales impugnados. Así, da cuenta de que el auto motivado enviado a este Tribunal Constitucional fue dictado el 4 de junio de 2020, ingresando a esta Magistratura el 5 de junio, y que el auto de apertura de juicio oral se encontraba firme y ejecutoriado el 29 de mayo. Sostiene, por tanto, que se ha producido el desasimiento 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 juicio de culpabilidad y por tanto vulnera el artículo 19 N° 3 de la Constitución, al existir un menor reproche del legislador a los naturales de Isla de Pascua por los

delitos cometidos en dicho territorio e imponer una pena más baja, lo que implica un juicio de culpabilidad aminorado para los isleños cuando cometen delitos señalados en los títulos VII y IX del Libro II del Código Penal.

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

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

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

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

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



Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 13 de agosto de 2020 se verificó la vista de la causa, oyéndose al abogado Nicolás Oxman Vilches, representante del Amicus Curiae Consejo de Ancianos Rapa Nui-Mau Hatu, en audiencia especial, y posteriormente, fue oída la relación pública y los alegatos de los abogados Sebastián Undurraga del Río, Ivonne Sepúlveda Sánchez y Jeannette Meneses Matamala.

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

Y CONSIDERANDO:

#### I. CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO

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

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

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

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

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

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

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

CUARTO.- En cuanto a las normas que se entienden como parámetro de control, el requirente alega que la aplicación de los preceptos impugnados atenta contra el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley de las mujeres, infringiéndose normas constitucionales, en particular, los artículos 1º, 5º, 6º, 19 N° 2 y N° 3 de la

Constitución. Asimismo, se invoca una infracción a las normas convencionales identificadas en los artículos 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 territorio de Rapa Nui-Isla de Pascua, que, tras 54 años de dictada la norma, la motivación de la misma ha decaído y los tratados internacionales suscritos por Chile con posterioridad.

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

En orden a este tipo de cuestiones, plantea la dificultad interpretativa que puede darse en el marco de derechos convencionales contrapuestos, los que, por una parte, protegerían una dimensión de género respecto de la dimensión propiamente étnica. En esa línea, advierte que el problema es complejo, desde que existe una

vertiente internacional de normas que protegen al componente de un pueblo originario, así como también el principio pro reo, sin embargo, en el caso concreto, estima que las normas de protección de la mujer son más recientes y, además, tienen un fin mucho más universal.

## II. DISPOSICIONES IMPUGNADAS

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

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

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

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

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

NOVENO.- Antes de reflexionar sobre los criterios interpretativos, debemos proceder a una cuestión previa relativa a la función de las Convenciones de derechos humanos que se han invocado ampliamente en este caso. El requerimiento ha planteado diversas cuestiones de convencionalidad relativas a dos elementos

diversos. Por una parte, el efecto derogatorio que tendría diversas convenciones internacionales de derechos humanos respecto de la legislación interna. Y, por la otra, que existiría una colisión de contenidos convencionales entre el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo por una parte en relación a la CEDAW y la Convención de Belém do Pará por la otra.

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

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

Este mandato hacia los Estados, más allá de sus alcances relativos a su carácter de compromiso o de obligación, impone la necesidad de adaptar el ordenamiento interno conforme a los principios y normas que de buena fe el Estado de Chile aceptó. No obstante, esta cuestión dice relación con el alcance puramente normativo de la derogación. Los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, en efecto, no han sido derogados expresamente por el legislador, aunque respecto del último existe una modificación impuesta por la Ley N° 20.603 que podría haber producido el efecto de derogación tácita, según veremos más adelante.

En cualquier circunstancia, como ha sostenido esta Magistratura, es muy distinta la dimensión normativa de cuándo nos encontramos frente a una derogación propia del legislador que el efecto que el constituyente denominó derogatorio identificado por el artículo 94 de la Constitución. Los motivos, el contenido y los alcances se fundan en cuestiones sustancialmente diferentes (STCs 1552, c. 3°; 1710, c. 171° y 4966, c. 10°). En la derogación legal, expresa o tácita, los criterios de mérito ordenan la decisión, no siendo definitiva la función de incompatibilidad de la regla legal cuestionada por una convención de derechos humanos. En consecuencia, esa dimensión es y seguirá siendo resorte del juez de fondo. Por el contrario, en el caso de la derogación en razón del artículo 94 de la Constitución, ha de venir precedida de una correlación procesal que identifica previamente una acción de inaplicabilidad con sentencia estimatoria (artículo 93, numeral 6°) que habilita para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad (artículo 93, numeral 7° de la Constitución). En consecuencia, no es posible considerar la dimensión derogatoria puesto que el resultado de esta sentencia será meramente habilitante para la interposición o declaración de oficio de un proceso constitucional conducente a la declaración de inconstitucionalidad de los cuestionados preceptos legales, con los efectos buscados por la parte requirente. En consecuencia, no es resorte en el actual momento de definir un criterio sobre la dimensión derogatoria del que establece el artículo 94 de la Constitución.

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

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

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

DECIMOTERCERO.- El caso implica para esta Magistratura, necesariamente, un encuadramiento normativo acerca de si lo regulado por los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 podría o no ser una costumbre indígena, conforme al derecho que la regula, la que incorpora elementos interpretativos del Derecho Convencional. Solo en ese sentido se pronunciará esta Magistratura, sin perjuicio de estimar que los tratados internacionales de derechos humanos deben ser interpretados, conforme lo disponen los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ordenando una interpretación de buena fe y respetuosa del pacta sunt servanda. En tal sentido, hay que estimar el sentido expansivo de los derechos que contempla y en donde deben distinguirse adecuadamente el tipo de mandatos que regula puesto que algunos son de aplicación inmediata y otros de realización progresiva.

#### IV.CRITERIOS INTERPRETATIVOS

DECIMOCUARTO.- Resuelta la cuestión previa, corresponde identificar los siguientes criterios interpretativos propiamente tales. En primer lugar, corresponde examinar si los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 establecen o no una costumbre indígena. Si dichos preceptos contienen una costumbre penal indígena debemos estimar si corresponde conforme a la Constitución respetarlas. En segundo lugar, definiremos que no hay costumbre penal ni en la Historia de la Ley N° 16.441 ni en la estimación de la autoridad tradicional rapanui. En tercer lugar, el artículo 13 de la L. 16.441: beneficio penal excepcionalísimo e incompatible con el artículo 54 de la Ley N° 19.253. En cuarto lugar, el legislador rebaja el marco penal asociado a conductas y finalidades constitucionalmente legítimas. En quinto lugar, el privilegio del artículo 13 en materia sexual supone una determinada supremacía de género incompatible con la igualdad ante la ley y la dignidad de las personas. En sexto término, hay vulneración de la igualdad ante la ley en la creación de un privilegio inmotivado y sin justificación razonable en la dimensión penal, indígena o de género.

En séptimo lugar, estableceremos que el valorable multiculturalismo general no contiene una tradición antropológica que reivindique la violencia sexual en el pueblo rapanui. Finalmente, examinaremos los debates acerca de la derogación del artículo 14 de la Ley N° 16.441 por la Ley N° 20.63. Y, del mismo modo, se analizará la aplicación de la ley penal más favorable.

#### 1. Costumbre indígena: dimensión penal y constitucional

DECIMOQUINTO.- ¿Los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 obedecen a una costumbre indígena que deba ser respetada? Hay dos maneras de verificarlo, una general, en el examen de una costumbre a la luz de la Constitución. Y una más particular, relativa a la presencia o no, de una costumbre penal indígena en el ámbito de los procedimientos penales internos. No necesariamente la inexistencia de una costumbre deviene en la imposibilidad que concurra la otra expresión. Las esferas de aplicación no sólo son jurídicamente distintas, sino que la dimensión penal da cuenta de las conductas en donde, sin perjuicio que constituya o no costumbre, el modo en que se valoran dichas representaciones originarias podría ser parte de una defensa penal.

DECIMOSEXTO.- La costumbre tuvo un largo tratamiento acerca de su valor normativo y tuvo directa recepción en el Derecho Indiano a partir de la influencia de las Siete Partidas. Sin embargo, tal influjo duró hasta los estudios preparatorios del Código Civil, los que recogían esa dimensión, pero terminaron siendo eliminadas dichas referencias a favor del imperio de la ley quedando subordinada la costumbre a la mera remisión legal [Espinoza Collao, Álvaro (2017), “El reconocimiento del derecho consuetudinario indígena como derechos humanos: su estado en el derecho chileno moderno”, *Cadernos de 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 tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia” (artículo 9.2 del Convenio 169).

Finalmente, un mandato al legislador penal, en orden a considerar, “cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales” y, asimismo, “deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento” (artículo 10.1 y 2 del Convenio 169).

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

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

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

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

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

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

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

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

De este modo, en estos diversos elementos del Derecho Penal Indígena podemos indicar que el legislador ha entendido que determinadas conductas de miembros pertenecientes a diversas comunidades originarias o pueblos indígenas pueden traducirse en los siguientes institutos penales. Primero, esas conductas pueden generar la inimputabilidad penal. Otra alternativa es especificar que respecto de él representa el mandato punitivo un error de prohibición. Una tercera fórmula es el “error de comprensión culturalmente condicionado”. Un cuarto criterio es entender que había “fuerza irresistible” operando como una causal exculpatoria. Una quinta vía es entenderlo como causal de justificación para la exclusión de la antijuridicidad.

Finalmente, la última vía es que el legislador lo defina como una atipicidad de la conducta [Villegas Díaz, Myrna (2012), “Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal”, Revista de Derecho (Valdivia), XXV, N° 2]. En su momento analizaremos estas tesis en el caso concreto.

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

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

ser incompatibles con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, incluyendo por cierto el principio de legalidad penal (artículo 9.1 del Convenio N° 169 de la OIT). Además, se exige la conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (art. 34 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).

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

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

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

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

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

Durante la tramitación del proyecto de ley, cabe constatar un conjunto de elementos que reviste particular complejidad en el tratamiento de la materia objeto de esta

sentencia. Por una parte, se trata de un estatuto muy especial para la Isla de Pascua y que configuró un reconocimiento, integración e inclusión al Estado de Chile desde múltiples puntos de vista. Pero, por otra, la dimensión penal fue uno de los elementos que tuvo una discusión paralela.

VIGESIMOCUARTO.- En su deliberación existió un conjunto de constataciones que cabe considerar. Primero, no hay una participación de ningún nativo de la Isla de Pascua, ni de autoridad a nombre de ella ni de algún académico con conocimientos sobre la misma. Cabe reconocer que se trataba de una posesión que estaba extraordinariamente aislada y justamente el proyecto determinaba el inicio de anhelos de desarrollo más próximos al continente. En segundo lugar, las deliberaciones legislativas más profundas se vinculan a estadías muy temporales y la alusión técnica es vaga. Por ejemplo, la dimensión penal propuesta estableció reglas especiales “concordes con las modalidades especiales en que se desenvuelve la vida isleña” (fs. 537 del expediente). En tercer lugar, las afirmaciones de parlamentarios no contribuyen a especificar en qué consistirían estas diferencias. Entre ellas, el H. Diputado Leigh sostuvo que estas reglas se justifican en “las condiciones especialísimas de la Isla, su lejanía del territorio continental, el derecho consuetudinario que en ella existe, las creencias y la psicología de los habitantes” (fs. 547 del expediente). En cuarto término, no había uniformidad sobre el tratamiento ancestral. Ahí donde alguien veía una costumbre, otros veían colonialismo (H. Diputado Sr. Lavandero: “estos chilenos se rigen por un sistema extraordinariamente anticuado y colonial” – fs. 549 del expediente). Del mismo modo, en esta última tesis se inscribe la introducción a la Isla de la pena de azotes, ya eliminada en el continente, la que se utilizaba sin proporcionalidad ninguna (fs. 606). En quinto término, se valoraba la justificación del proyecto de ley, pero sin profundizar en él. El H. Diputado Zepeda entendía que “los pascuenses tienen opiniones, sentimientos y conceptos muy diferentes de los del chileno continental respecto de muchos delitos y relaciones jurídicas que contempla nuestra legislación, especialmente en el Código Penal. (...) En este proyecto, afortunadamente se consideran estas circunstancias” (fs. 555 del expediente). En síntesis, hay escépticos del proyecto en esta materia y solo lo entienden como un experimento (Senador Ampuero a fs. 628). Para otros, era una aberración porque implicaba menospreciar la condición humana de los propios isleños y por crear un privilegio

contrario a la esencia de principios jurídicos universales (H. Diputado Sr. Galleguillos, fs. 567).

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

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

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

en el cumplimiento de las obligaciones de trabajo o residencia que se le hubieren impuesto” (fs. 663 del expediente constitucional).

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

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

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

En síntesis, la extensa historia de la ley relatada revela que el legislador desarrolló un conjunto de beneficios penales y de ejecución de la pena, basado en criterios genéricos y respecto de los cuales no existe ninguna referencia al tipo de delitos sexuales que está presente en este caso. La única referencia a un derecho consuetudinario no se vincula a una noción que supere la dimensión que pareciera propia del ámbito de los derechos contra la propiedad. Es sistemática la noción de una legislación “a tientas”, con decisiones que parecieran fundarse en una dimensión ancestral. Pero como nada de eso está refrendado bajo la autoridad tradicional, cabe



entender que se trata de una legislación que carece de la motivación suficiente y donde no es posible sostener que el legislador haya recogido una tradición o una costumbre pascuense. Por lo mismo, debemos recurrir a lo que en estos autos sostuvieron las autoridades tradicionales del Consejo de Ancianos de Isla de Pascua, según veremos.

VIGESIMOQUINTO.- A fs. 675 y siguientes constan las observaciones que bajo la calidad de amicus curiae fue presentado por el Consejo de Ancianos Rapa Nui – Mau Hatu. El Consejo de Ancianos es un comité político, económico, social y cultural, conformado por ancianos destacados del pueblo originario Rapa Nui, ubicado en territorio insular chileno en la Polinesia, consagrado en el Acuerdo de Voluntades, suscrito por el Pueblo Rapa Nui y el Estado de Chile, de fecha 9 de septiembre de 1988, y organismo indígena reconocido por ley en Chile (artículo 68 de la Ley N° 19.253).

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

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

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

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

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

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

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

En relación con las normas que sancionan el ultraje al pudor y las buenas costumbres se tuvo en cuenta, al momento de dictarse esta ley, la especial relación con el cuerpo y el erotismo que existe en la cosmovisión Rapa Nui, la sensualidad y la belleza son apreciadas como valores estéticos. En ciertas épocas del año, en

especial, durante la realización de fiestas como la TAPATI o el día de la lengua RAPA NUI, se realizan bailes que incluyen movimientos de carácter pélvico tanto en hombres como en mujeres, además, de tocamientos que forman parte de la relación que existe entre el baile y la sensualidad. En consecuencia, una aplicación tan rígida de las normas del derecho continental podía desconocer estas tradiciones culturales.

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

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

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

Sin pretensión de justificación alguna del caso concreto que motiva el requerimiento, lo cierto es que las relaciones entre hombres y mujeres en la cultura Rapa Nui están lejos de ser subordinadas como en la cultura continental. La mujer en la cosmovisión Rapa Nui representa la belleza, la fertilidad y la vida. El hombre debe cuidar de la mujer y otorgarle las condiciones para su desarrollo espiritual, para el fortalecimiento de la familia y la vida en comunidad. Ambos están en una posición de igualdad, si bien las mujeres no tienen el liderazgo político, cumplen un rol central como autoridad moral, ejercen el control sobre el dinero de la familia y la disposición de los bienes de la comunidad, además, de guiar la crianza de la cultura ancestral para el

mantenimiento de la lengua Rapa Nui en todos los niños y niñas que forman parte de la colectividad. Así, durante la seducción y el ejercicio de la sexualidad, puede tener lugar un juego equitativo de roles donde ambos pueden asumir la iniciativa sexual y responder a la falta de interés explícito del otro con violencia o con una “fuerza grata” necesaria para vencer la oposición del otro al acto sexual como demostración de erotismo, sensualidad, fortaleza y decisión. Lógicamente, que esta forma de entender las relaciones sexuales en un plano de igualdad, donde el ejercicio de ciertos grados de violencia por parte de ambos sexos resulta ser tolerado, no coincide con la forma de entender la violencia en el mundo continental, en la medida que el Código Penal chileno parte de la base que el único sujeto pasivo de la violación es la mujer como destinataria de la fuerza física ejercida por un varón.

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

VIGESIMOSÉPTIMO.-No obstante, el planteamiento de este escrito, con posterioridad, el Presidente del Consejo de Ancianos de Rapa Nui Sr. Carlos Edmunds Paoa, presentó un nuevo documento desacreditando las expresiones anteriores en el sentido de que no “se no me fueron exhibidos antes de la presentación a vuestro tribunal y exceden el mandato otorgado y el espíritu de lo encomendado, produciéndose una lamentable confusión, atribuyéndose al Consejo de Ancianos aseveraciones que no se condicen con la realidad y en ningún caso representan a nuestro pueblo” (fs. 1006 del expediente). En tal sentido, plantea el Presidente del Consejo que “no puedo más que oponerme, retirar y refutar de manera enfática y categórica todos los pasajes del documento en los que se justifica la violencia en contextos sexuales, se insinúa la normalización de la iniciación sexual desde los 9 ó 12 años, se habla de tocaciones y se contaminan actividades culturales tan queridas por nuestra comunidad rapa nui como la Tapati y Mahana o te Re’o, y se limita el rol de las mujeres rapa nui a las esferas domésticas.”.

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

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

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

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

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

VIGESIMONOVENO.- En consecuencia, nos encontramos frente a una conducta (cualquier delito sexual del Título respectivo del Código Penal) que no solo no puede calificarse de costumbre indígena, sino que es abiertamente reprochada por las autoridades ancestrales del pueblo rapanui y por el organismo técnico encargado de las cuestiones indígenas. Lo anterior, nos recuerda algo bastante obvio: “El derecho consuetudinario no es un derecho estático, ni ancestral. No es un fenómeno para el estudio de la etnología y la historia, sino constituye una práctica social presente y dinámica” [Lillo Vera, Rodrigo (2001), “Los derechos de los indígenas y el nuevo sistema procesal penal”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Temuco,

<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/612/cl-derindigenas.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. 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.

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 5º, inciso 2º, de la Constitución).

6. Hay vulneración de la igualdad ante la ley en la creación de un privilegio inmotivado y sin justificación razonable en la dimensión penal, indígena o de género

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

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

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

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

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

De este modo, el caso planteado nuevamente no se inscribe en esta modalidad exclusivamente de una igual aplicación judicial de la ley, puesto que lo que el requirente judicial en autos pretende es justamente eximirse de su aplicación por su



inconstitucionalidad. La ley es el problema y un test de igualdad que no la cuestione no es el que corresponde al caso.

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

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

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

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

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

CUADRAGESIMOCTAVO.- Hay que constatar un evidente punto de partida. Los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 suponen un tratamiento distinto en dos categorías de delitos regulados en el Código Penal: “los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal”. Esos títulos son “Crímenes y

delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual” (artículos 342 a 389) y “Crímenes y simples delitos contra la propiedad” (artículos 432 a 489). En total, 104 artículos bajo un tratamiento favorable, representativo de más de un 27 % de todos los delitos del Código Penal, sin contar que uno de ellos se refiere a la máxima prevalencia de casos.

El Tribunal Constitucional ha entendido que “la igualdad ante la ley “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición”. Por lo tanto, se ha concluido, “la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”. (Sentencias roles N°s. 28, 53 y 219)” (STC 1365, c. 29º). Desde este punto de vista, en principio, frente a la comisión de un mismo delito, la sanción penal prevista en la ley debe ser la misma.

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

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

Esta cuestión fue examinada en esta sentencia como unos de los criterios interpretativos y recordaremos la conclusión del análisis de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441. Aquí no cabe especular, no existe ninguna referencia que fundamente un tratamiento diferenciado relativo al Título VII del Libro II, del Código Penal, en general, y de los delitos sexuales, en particular.

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

QUINCUAGÉSIMO.- El segundo elemento de la diferencia dice relación con vincular este tratamiento distinto como un medio que propicie el cumplimiento de una finalidad constitucionalmente legítima. En ese ámbito, la justificación del mismo ha sido asociada a la exigencia del derecho a un trato distinto en razón de referirse a una costumbre propia de un pueblo indígena.

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

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

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

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

chilenos en el continente que a las mujeres agredidas sexualmente en Isla de Pascua por personas de la etnia rapanui, dado que, en el primer caso, se sanciona con una pena más alta y, en el caso de la violación, se veda el acceso a una pena sustitutiva. Esta mayor protección de la ley se considera tanto desde el punto de vista de la valoración que el legislador hace de la conducta (reproche penal) como de la potencialidad disuasoria que la imposición de la sanción genera en la sociedad.

En el apartado siguiente especificaremos por qué no es posible fundar en el multiculturalismo una diferencia que justifique este precepto legal. En consecuencia, no solo no existe un fin constitucionalmente legítimo que lo sustente, sino que afecta sensiblemente derechos constitucionales reconocidos en el artículo 19, en sus numerales 2° y 3° de la Constitución.

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 exime 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?

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

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

debate entre liberales y comunitaristas, Universidad Nacional Andrés Bello; Navarrete, Jorge (2006), Liberales y comunitaristas, Universidad Bolivariana, entre otros].

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

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

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

En todo el presente expediente constitucional no hay antecedente alguno que permita concebir que la violencia sexual hace parte de una determinada cultura. Justamente, hechos que dividen y son 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).

QUINCUAGESIMOCTAVO.- 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°).

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

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

En consecuencia, la regla del artículo 14 de la Ley N° 16.441 no se ajusta a los mandatos del artículo 10 del Convenio N° 169 de la OIT, tanto porque ésta no es una norma autoejecutable y porque aquélla no es su ejecución, por una cuestión

temporal como por corresponder con un mandato grueso y sin matices, que no se coordina con todas las garantías exigibles desde el artículo 19, numeral 3° de la Constitución.

SEXAGÉSIMO.- Adicionalmente, tanto por la vía de los escritos como en la vista de la causa se sostuvo que el artículo 14 de la Ley N° 16.441 estaría derogado a partir de lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley N° 20.603 (Diario Oficial del 27 de junio de 2012), que estableció el impedimento de sustitución de la pena para el delito de violación, entre otro conjunto específico de delitos. En tal sentido, corresponde reconocer que no se trata solo de una afirmación de personas que reprochan el artículo 14, sino que también se vinculan al organismo técnico que cautela los intereses de los pueblos originarios. Es así como la Conadi, sostiene que el artículo 14 hay que interpretarlo en el contexto de la Ley N° 18.216 que establece las modalidades alternativas de penas y sus requisitos (fs. 1040 y 1051 de este expediente constitucional).

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

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

#### 9. El dilema sobre la ley penal más favorable

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

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

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

Esta Magistratura ha adoptado criterios interpretativos sobre estas reglas constitucionales y legales, aunque, especialmente, en la STC 2673 y sobre ella se definirá algunos elementos adicionales. En una de esas consideraciones se estima que “al decir del profesor Cury Urzúa, una nueva ley es más favorable para el procesado no sólo cuando suprime o disminuye directamente la punibilidad del hecho por el que se lo juzga, sino también cuando consagra eximentes de responsabilidad penal o atenuantes que lo benefician, cuando suprime agravantes que lo perjudicaban, cuando reduce los plazos de prescripción o modifica la forma de computarla de manera que resulta alcanzado por ella, o cuando altera la descripción del delito (el tipo delictivo), agregándole exigencias que no concurrían en la conducta por la cual se lo procesa. (Ver Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile, séptima edición ampliada, Santiago, 2005, pág. 229.) El in dubio pro reo, en cambio, es una manifestación del principio de inocencia, como lo ha expresado este Tribunal en la STC Rol N° 739/2007, c. 8°, como una regla de juicio o de valoración de la prueba en cuya virtud el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado. Esto es, en la duda, la decisión definitiva debe ser la más favorable al acusado, incluyendo, por cierto, su absolución” (STC 2673, c. 57°)

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

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

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

#### V. APLICACIÓN DE CRITERIOS AL CASO CONCRETO

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

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

Por lo mismo, esta Magistratura se ha planteado si nos encontramos propiamente frente a una aplicación de una costumbre penal indígena la que ha desestimado por variadas razones. Básicamente, porque ni la Historia de la Ley N° 16.441 ni la autoridad tradicional rapanui lo consideran así. Asimismo, cabe tener presente que en este caso existe una fuerte presunción de que los preceptos impugnados se encuentran tácitamente derogados, por efecto de la Ley N° 19.253, posterior a la Ley N° 16.441, que en su artículo 54 regula expresamente la posibilidad de hacer valer

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

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

Es evidente, en concepto de la autoridad tradicional, que no es posible reivindicar la violencia y depredación sexual como parte de la costumbre, tradición o cultura del pueblo rapanui.

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

Conforme a este criterio sostendremos que se vulnera el artículo 1° inciso primero de la Constitución, en cuanto garantía de indemnidad de la dignidad humana.

En cuarto lugar, el artículo 13 de la L. 16.441 establece un beneficio penal excepcionalísimo e incompatible con el artículo 54 de la Ley N° 19.253. Se trata de un beneficio que se confronta con la discrecionalidad del legislador penal de establecer una rebaja del marco penal asociado siempre a conductas u omisiones que se fundan en algún interés penal reconocible. En el presente caso es

excepcionalísimo porque se vincula al sujeto pasivo sin ningún tipo de funcionalidad penal. Se le beneficia porque sí. No porque colaboró para reparar el mal causado; desbaratar una organización criminal; por el grado de consumación del delito o por una eximente o atenuante que debe acreditar. Aquí basta constatar que se trata de una persona rapanui: esto es, una versión del derecho penal de autor, pero contra las víctimas, predominantemente, mujeres y en este caso, concretamente mujer.

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

Este privilegio no es justificable y no pudo fundarse en una particularidad del pueblo rapanui con lo cual el legislador estableció una “diferencia arbitraria”, vulnerando el artículo 19, numeral 2° de la Constitución. En síntesis, hay vulneración de la igualdad ante la ley en la creación de un privilegio inmotivado y sin justificación razonable en la dimensión penal, indígena o de género.

Adicionalmente, este privilegio opera en relación con el artículo 19, numeral 3° de la Constitución por cuanto impide “la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”. Crea un beneficio legal concebido como una especie de fuero personal para los pascuenses, en cuanto sujetos activos de delitos sexuales, que opera reduciendo en un grado el marco penal.

En consecuencia, se trata de un elemento que ajeno a las consideraciones de la teoría del delito se desenvuelve en el ámbito de la punibilidad impidiendo al juez desarrollar alguna valoración sobre las conductas, los sujetos activos o determinadas tradiciones o que requiera algún régimen de prueba, sea para confirmarlo como para desvirtuarlo, sino que se impone como un hecho dado a aplicar.

Afecta la tutela judicial doblemente. Primero, porque los preceptos legales impugnados establecen una diferencia entre mujeres. Esta diferencia se manifiesta porque la ley penal protege de mejor manera a las mujeres agredidas sexualmente por chilenos en el continente que a las mujeres agredidas sexualmente en Isla de

Pascua por personas de la etnia rapanui, dado que, en el primer caso, se sanciona con una pena más alta y, en el caso de la violación, se veda el acceso a una pena sustitutiva. Y, en segundo lugar, esta mayor protección de la ley se considera tanto desde el punto de vista de la valoración que el legislador hace de la conducta (reproche penal) como de la potencialidad disuasoria que la imposición de la sanción genera en la sociedad.

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

SEXAGESIMOQUINTO.- En consecuencia, sirvan estos argumentos para acoger el presente requerimiento, según las vulneraciones constitucionales acreditadas relativas a la afectación de la dignidad humana (artículo 1°, inciso primero de la Constitución), la igualdad ante la ley (artículo 19, numeral 2° de la Constitución) y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19, numeral 3° de la Constitución).

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

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

SE RESUELVE:

I. QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 13 Y 14 DE LA LEY N° 16.441, QUE CREA EL DEPARTAMENTO DE ISLA DE PASCUA, A OBJETO DE QUE TENGA INCIDENCIA DECISIVA EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1901075741-2, RIT 426-2019, SEGUIDO ANTE EL

JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA DE RAPA NUI-ISLA DE PASCUA, EN ACTUAL CONOCIMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE VALPARAÍSO BAJO EL RIT 142 – 2020.

II. QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA. OFÍCIESE AL EFECTO.

#### DISIDENCIA

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

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

2°. Concuero con el fallo (voto de mayoría) en que las mencionadas disposiciones penales, que datan de hace más de 50 años, establecen un régimen excepcional carente de racionalidad que no se aviene con el artículo 19, N° 2° de nuestra Constitución. Difiero, sin embargo, en la vía para enmendar tal situación. El procedimiento idóneo para rectificar la anomalía es por medio de la dictación de una ley que las derogue, mas nunca a través de una sentencia que declare la inaplicabilidad de los preceptos impugnados y que, como consecuencia, haga aplicables retroactivamente disposiciones que perjudican al imputado.

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



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

A nivel constitucional, la irretroactividad de la ley penal apareció tempranamente consagrada en el artículo 122 de la Constitución de 1823 y, luego, en el artículo 133 de la Constitución de 1833 y en el artículo 11 de la Constitución de 1925.

A nivel legal, el Código Penal incorporó dicho principio desde su promulgación en 1874 (artículo 18) y ha sido reconocido en diversos tratados internacionales multilaterales, dos de ellos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico: la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica” de 1969 (artículo 9) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 15).

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

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

7°. Es importante tener presente que el efecto de una declaración de inaplicabilidad es diferente al de una derogación por acto legislativo, en cuyo caso el juez penal

todavía podría aplicar los preceptos derogados si estos se encontraban vigentes al momento de la comisión del delito. Lo anterior sería posible en virtud, precisamente, de la regla constitucional y legal que prohíbe la aplicación retroactiva de leyes que establezcan penas desfavorables y las permite en caso que sean más favorables al imputado.

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

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

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

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

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

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

#### PREVENCIONES

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

1°. Que, el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República expresa que “En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”, prohibiendo con ello cualquier especie de ventaja en favor de alguna persona o conjunto de ellas. No puede ni el legislador ni autoridad alguna crear reglas o situaciones que establezca 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 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;

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

## II.- Justicia y derecho propio Rapa Nui

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

5°. En Rapa Nui, existen diversos sistemas jurídicos operando en un mismo espacio territorial: las normas tradicionales de derecho común, la legislación especial indígena, la legislación especial para la Isla de Pascua y un derecho consuetudinario isleño. En algunos casos, estos sistemas difieren, como en el tópico relativo a la propiedad de la tierra, donde los mecanismos tradicionales de herencia y transmisión



de la tierra entran en conflicto continuamente con las leyes nacionales; conflictos que a veces llegan a instancias judiciales en busca de soluciones que no se obtienen por la vía de los sistemas locales;

6°. Que otro de los efectos que se producen con la dictación de la Ley N° 16.441 o más conocida como Ley Pascua, fue la instalación del primer tribunal en Isla de Pascua, lo que trajo consigo todo un aparataje legal chileno. Así, los rapa nui se vieron insertos en un sistema legal nuevo y desconocido. Los primeros casos legales eran básicamente de robos y hurtos de rapanuis hacia continentales, de bienes tales como: ropa, alcohol, materiales de construcción, entre otros. Generalmente, las condenas no terminaban con pena de reclusión, sino con medidas de reparación o sin culpables.

Sin embargo, eran muy pocas las situaciones que eran llevadas a la justicia, resolviéndose los conflictos de manera particular la mayoría de las veces.

“Históricamente, desde el inicio de la colonización, todos los primeros viajeros reportan incidentes en los cuales los isleños se les acercaban y empleando diversas técnicas, desde la violencia, el asalto sorpresivo o la seducción de sus mujeres, para apoderarse de las vistosas y llamativas prendas de vestir u otros artículos extraños.”(Aspectos Culturales de la Defensa de los Imputados Indígenas, Defensoría Penal Pública, Centro de Documentación, N°10-October 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 Intimidación de las personas	30	21,4%
Delitos Ley de Drogas	13	9,3%

Delitos Ley de Tránsito	11	7,9%
Lesiones	37	26,4%
Otros delitos contra la propiedad	18	12,9%
Otros delitos (segmento inferior a 10)	31	22%
Total	140	100%

\* 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.

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

Unidad territorial	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Total país	85.892,00	83.708,00	82.302,00	81.082,00	89.143,00	39.997,00
Región de Valparaíso	8.860,00	8.449,00	8.079,00	7.934,00	8.754,00	3.860,00
Provincia de Isla de Pascua	118	99	141	82	120	40

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

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

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

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

10°. Que en la actualidad, existe un movimiento de género, donde, principalmente voces femeninas, abogan por el término del citado beneficio y la revisión de los artículos 13 y 14 de la Ley N°16.441, atendido que en criterio que las víctimas no son protegidas de forma efectiva de sus agresores y que las causas que justificaron el beneficio en la década de los sesenta ya no estarían vigentes, pues existe un

cuestionamiento constitucional al respecto y no corresponden a la realidad del siglo XXI (cultural, étnico ni jurídico-sociológico).

El tribunal de Isla de Pascua aplicó con antelación el sistema aunque ahora la judicatura cuestiona las medidas establecidas en los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua.

Así, el beneficio de la pena inferior en los delitos mencionados y la opción de reducir el tiempo de reclusión efectiva penitenciaria, han sido incorporados por la costumbre local pretérita, y en consecuencia, las penas altas y las condenas de privación de libertad son excepciones, relativos a aquellos casos más graves.

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

### III.- Derecho propiamente tal Rapa Nui

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

Es fundamental tener presente que el derecho propio indígena, al igual que el derecho occidental, es un sistema híbrido, variante y que cambia y se adecúa a las circunstancias con el tiempo. No resulta adecuado argumentar, como se deduce, a primera vista que la costumbre indígena es la misma que antes que ocurrieran los procesos históricos de colonización y culturalización en la Isla. Muy por el contrario, son normas que se modifican con el tiempo, que se nutren de procesos de interacción con otros sistemas jurídicos-normativos. Ello quiere decir que es

necesario entender la “idea del derecho propio indígena”, desde la perspectiva dinámica de la identidad cultural y la etnicidad. En concreto, el derecho consuetudinario indígena forma parte de la vida al interior de una sociedad, y de su cultura, y como ellas, cambia, progresa y adquiere el dinamismo de estas adaptándose a lo nuevo, adecuándose a la modernidad e influenciándose por culturas externas que conllevan valores que afectan a la costumbre Rapa Nui (globalización como fenómeno);

12°. Que la ley indígena chilena, consagra un mínimo reconocimiento al derecho consuetudinario indígena. A este respecto, en Chile impera un “monoculturalismo” que se limita a reconocer la costumbre indígena en los siguientes términos: “La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal, se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad.

Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a requerimiento del tribunal” (art. 54 de la Ley N° 19.253). Este reconocimiento a la costumbre indígena en materia penal, como mero “antecedente” para la aplicación de una eximente o atenuante “no es otra cosa que reducir el valor del “derecho indígena” a las circunstancias personales de quién cometió el hecho punible”;

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

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

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

#### IV.- Control de convencionalidad y conflicto de constitucionalidad

15°. Que el concepto de control de convencionalidad ha sido construido progresivamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Existe consenso en otorgar la expresión a García Ramírez, quien la utiliza como vez primera en el caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala “, del año 2003, desde ahí se comienza a construir una secuencia evolutiva del concepto que se consolida en el año 2006, a través del fallo “Almonacid Arellano y otro vs. Chile”, en el cual recuerda que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermad(o)s por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”, agregando que para ello, el Poder Judicial, debe ejercer “una especie” de “control de convencionalidad” entre

las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la “Convención Americana”, estableciendo que “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Amaya, Jorge Alejandro, Control de Constitucionalidad, 2º ed., Astrea, Buenos Aires, 2015, pp.388-367).

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

16°. Que, en palabras de García Ramírez, “de lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos”. De ello no se concluye que el control de convencionalidad implique necesariamente expulsar normas contrarias al ius cogens

convencional de los derechos humanos, sino que supone realizar una interpretación en la aplicación de las normas que permitan cumplir con las obligaciones internacionales que han adoptado los Estados;

17°. Que el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en su Informe anual 2018, concluye que frente al tema de la violencia hacia las mujeres rurales e indígenas rurales resulta central analizar el deber del Estado frente a esta materia, en este sentido, indica que la Convención Belém do Pará exige a los Estados dar especial atención a la “situación de vulnerabilidad a la violencia que puedan sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica [...]” (art. 9). Estos estándares determinan que, en los casos de violencia contra las mujeres indígenas, el acceso a la justicia implica, por una parte, el acceso a la justicia del Estado y por otra, el reconocimiento de las normas de justicia indígena, sobre la condición sine qua non que ambos sistemas deben ser compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Sin embargo, en 2011 el INDH planteaba las dificultades de interpretación de los derechos de las mujeres indígenas a la luz del Convenio 169 de la OIT, pues configuran un escenario complejo de acceso a la justicia en situaciones de violencia intrafamiliar.

Para el Instituto, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas no puede dar lugar a relativizar la violación a los derechos humanos que constituye la violencia contra las mujeres, sea cuales fueran los contextos culturales en que esta se produce (Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual, pp. 35-37);

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

18°. Que estudiosos en el campo del Derecho penal y del derecho internacional han advertido como premisa esencial que “del reconocimiento del valor universal de ciertos bienes protegidos por el derecho penal – la vida, la integridad física y salud, la autonomía, la libertad sexual, la indemnidad de los niños, incluso la propiedad – no es posible derivar automáticamente el valor universal, o ius-fundamental, de la decisión jurisprudencial de proteger esos bienes en contra de unas, y no otras, formas de afectación precisamente por medio de prohibiciones penales, y menos incluso de la decisión de escoger una determinada intensidad penal para tales y cuales infracciones a esas prohibiciones penales”(Mapuches y derecho penal ,



Jaime Couso Salas, VVAA, en obra colectiva “Derecho y Pueblo Mapuche”, Ed. Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2013, p. 186).

Esta Magistratura ha estimado reiteradamente que la relación entre derecho penal y derechos humanos es limitativa en función de lo que dice referencia a esta última, en otras palabras los derechos humanos limitan el poder punitivo del Estado.

Los derechos humanos fundan el ejercicio del *ius puniendi* en la medida de que su reconocimiento (artículo 5° de la Constitución ) se deriva una exigencia no sólo limitativa de la referida potestad estatal sino también una exigencia que se castigue penalmente cualquier violación de tales derechos. En el campo del derecho internacional se afirma, como un efecto del “deber estatal de protección de los derechos humanos y de los pactos al respecto sólo resulta una obligación de sanción penal de graves violaciones de los derechos humanos (y no de cualquier violación de ellos) para el Estado de comisión del delito (y no para terceros Estados)” (Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional, (Cárdenas, Couso & Gutiérrez traductores., Tirant lo Blanch, 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 circunstancias eximentes y atenuantes, no comprendiendo dentro de su campo de aplicación los límites y necesarias ponderaciones de sus pretensiones (error, legítima defensa, etcétera) en la colisión con otros principios jurídicos;

#### VI.- Caso concreto

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

(Informe de la Conadi, 31 de agosto del 2020, que rola a fojas 1037 y siguientes de autos);

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El artículo 10 del Convenio resulta 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 tomó a la fuerza y, estando de noche, la llevó a un terreno

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

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

VIII.- Legitimación de pena.

34°. Que, atendido el carácter gravoso del bien jurídico afectado en el caso concreto, se manifiesta una característica no menor en cuanto a que la afectación de la víctima resulta de forma contundente una ofensa y un legado que mal puede ser ignorado por el sentenciador, tomando a su respecto la afectación que produce en esta la vulneración de valores de raigambre constitucional;

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

cierto margen de disponibilidad sobre el conflicto por los participantes inmediatos representada por las indemnizaciones que procedieren;

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

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

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

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



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

El criterio de proporcionalidad en sentido estricto, establece la regla básica de la ponderación que permite solución de situaciones en las cuales, por una parte, encontramos un beneficio marginal de interés público o de otro derecho fundamental, y, por la otra encontramos una vulneración marginal causada al derecho. La ponderación debe resolver el conflicto en base al rango constitucional que se deriva protegiendo derechos fundamentales de otros, tal como sucede en el presupuesto de facto 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 proporcionalidad de la sanción es un tema de igualdad ante la ley, más si tras la entrada en vigencia de la Ley N° 20.603, en el derecho común el sistema de penas alternativas pasó a ser la prima ratio del orden penal y el presidio efectivo pasó a ser una verdadera última ratio, lo cual reconoce como excepciones los delitos y requisitos establecidos en el texto actualmente vigente de la Ley N° 18.216, que declarada la inaplicabilidad de los preceptos cuestionados, puede pasar a ser relevante en el caso concreto, adelantando que esas excepciones y requisitos no han sido objeto de cuestionamiento en el caso concreto.

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

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

- los derechos de la mujer frente a todo tipo de violencia, incluida la sexual, y los deberes del Estado frente a dicho fenómeno en el derecho internacional de los derechos humanos.

- La relación de la llamada "LEY PASCUA" (N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua) con el derecho internacional de los pueblos indígenas, en especial referencia al Convenio 169 de la OIT.

9°. Que en el presente caso, referido al trato que el Estado de Chile asigna a hechos de violencia sexual sufridos por una mujer pascuenses, no puede prescindirse de los estándares de la CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, "CONVENCION DE BELEM DO PARÁ", ratificada por Chile y vigente, que debe ser tenida como parámetro de juzgamiento en función de a lo menos tres normas constitucionales: 1) el artículo 5°, inciso segundo, en cuanto a la incorporación de tratados de derechos humanos y su contenido al sistema constitucional chileno, como límite al poder estatal, 2) la garantía de igualdad ante la ley, en su dimensión material y en cuanto a la plena igualdad de hombres y mujeres, y en cuanto a los derechos y medidas de tipo específico de las mujeres, entendidas como grupo históricamente postergado, y

3) la tutela judicial efectiva y la igualdad ante los órganos jurisdiccionales en la protección de sus derechos e intereses (art. 19, numeral 3°).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

16°. De tal forma, se observa que el Estado de Chile tiene diversos deberes: de prevención, de tutela, de sanción, de educación, entre otros, todos ellos sin discriminación y para erradicar la discriminación de género preexistente. En este orden se observa que el primero de los preceptos legales impugnados en este proceso es per se una rebaja automática de pena, es decir, una reacción legislativa desvalorada, respecto de la violación acaecida el Isla de Pascua respecto de una mujer o un hombre rapa nui, en este caso concreto la víctima es una mujer, y es ello lo que hace imprescindible en esta causa tener como elemento de juicio el instrumento internacional más relevante acerca de la violencia contra la mujer, que incluye expresamente a la violencia sexual, que ve su punto más visible en la violación, al señalar en su art. 1 que “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”.

17°. En este sentido, si la pena es el trato del Estado frente a una conducta desvalorada, 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 autopoietica 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 etnia 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](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.

**8. Corte de Apelaciones de Concepción sustituye prisión preventiva de imputada por arresto domiciliario total basada en perspectiva de género ([Corte de Apelaciones de Concepción, 29.01.21 rol 94-2021](#))**

**Norma Asociada:** CPP 155; Reglas de Bangkok; Reglas de Tokio

**Tema:** Suspensión de la condena; violencia contra la mujer; enfoque de género.

**Descriptor:** Recurso de amparo; violencia contra la mujer; arresto domiciliario total.

**SÍNTESIS:** Corte sustituye la prisión preventiva de mujer por arresto domiciliario total pende la ejecución de condena a mujer privada de libertad y la sustituye por reclusión total domiciliaria, por considerar que el largo tiempo que ha pasado la imputada privada de libertad y el historial de victimización y sus responsabilidades de cuidado

de otras personas, vulneran la normativa internacional establecida en las Reglas de Bangkok y las de Tokio (considerandos 3 y 4).

## **TEXTO COMPLETO**

Los Ángeles, veintinueve de enero de dos mil veintiuno.

Téngase por recibida vía SIAGJ, la resolución dictada por la I. Corte de Apelaciones de Concepción.

Cúmplase.

Dese orden de libertad inmediata a la acusada S. E. C. C., cédula de identidad N°XX-X y ofíciase a la unidad de Carabineros correspondiente a su domicilio a fin de informar que se decreta la medida cautelar del artículo 155 a) del Código Procesal Penal, esto es, la de privación de libertad en su casa, en su modalidad total, a fin que controlen su cumplimiento.

Notifíquese la presente resolución por el estado diario de hoy, a los intervinientes y a Gendarmería de Chile - C.D.P. Arauco, vía correo electrónico.

RUC N° 1801225348-2.

RIT N° 33 - 2020.

C.A. de Concepción

Concepción, veintinueve de enero de dos mil veintiuno.

VISTO Y OIDO:

1.- Que, las alegaciones realizadas por la defensa para cuestionar los presupuestos de las letras a) y b) del artículo 140 del Código Procesal Penal ya han sido planteadas desde el inicio de la investigación y no constituyen antecedentes nuevos que permitan cuestionar tales presupuestos.

2.- Que, en cuanto a la necesidad de cautela, ha de tenerse presente que forman parte del contenido del debido proceso, el derecho a ser juzgado en un tiempo razonable y prudente y al mismo tiempo, es elemento fundamental presumir la inocencia de los imputados, hasta que se dicte sentencia firme y ejecutoriada. De ahí que si bien la prisión preventiva pudo estar justificada para el correcto establecimiento de los fines del procedimiento y del éxito de la investigación, en esta etapa procesal no se divisa de qué forma puede ser instrumental a dichos objetivos.

3.- Que, asimismo, en este caso han de considerarse las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, contenidas tanto en las Reglas de Bangkok como en las de Tokio que ponen de relieve que, al dictar sentencia o decidir medidas previas al juicio respecto de una mujer, se deber a dar preferencia a medidas no privativas de la libertad, de ser posible y apropiado. Es así que orienta que en el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, se deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas

específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas.

4.- Que, en estas condiciones, es posible concluir que la prisión preventiva se ha constituido en excesivamente gravosa, vulnerando los principios y reglas antes expuestos, atendido el tiempo que la imputada ha permanecido privado de libertad como consecuencia de la sujeción a una medida cautelar, por lo que esta Corte considera que los fines del procedimiento pueden ser satisfechos con alguna otra medida cautelar de menor intensidad.

Y de conformidad con lo dispuesto en las normas indicadas y en los artículos 139, 140, 149 y 152 del Código Procesal Penal, SE REVOCA, la resolución apelada de veintidós de enero pasado, dictada por el Tribunal Oral Penal de Los Ángeles, y se sustituye la prisión preventiva de la imputada S. E. C. C. por la de privación de libertad en su casa en su modalidad total, conforme a lo dispone la letra a) del artículo 155 del Código Procesal Penal.

Acordada contra el voto del Ministro Juan Villa Sanhueza quien estuvo por confirmar la referida resolución teniendo especialmente presente que no han variado las circunstancias tenidas en consideración para modificar la prisión preventiva de la imputada, atendido que constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, dada la gravedad de la pena asignada al delito por el que fue formalizada, las circunstancias de su comisión y el hecho de no contar con una irreprochable conducta.

Comuníquese por la vía más expedita y devuélvase por la vía correspondiente.  
N°Penal-94-2021.

Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Concepción integrada por Ministro Presidente Juan Villa S. y los Ministros (as) Carola Rivas V., Nancy Aurora Bluck B. Concepción, veintinueve de enero de dos mil veintiuno.

En Concepción, a veintinueve de enero de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

**9. Corte Suprema acoge recurso de amparo presentada por una niña que fue detenida ilegítimamente por la policía y lo rechaza respecto de dos mujeres adultas por falta de prueba sobre las circunstancias de su detención ([Corte Suprema, 09.02.21 rol 11435-2021](#))**

**Norma Asociada:** CPR 19 N° 7; Pacto de San José 5.2; Convención de los Derechos del Niño

**Tema:** Detención ilegal; violencia contra NNA; violencia contra la mujer; enfoque de género.



**Descriptorios:** Detención ilegal; violencia contra NNA; violencia contra la mujer.

**SÍNTESIS:** Corte acoge recurso de amparo presentado en contra de la detención de una niña en atención a que nuestro sistema no lo autoriza y porque se realizó con uso excesivo y desproporcionado de la fuerza, lo que no se permite ni aun cuando el procedimiento hubiere durado breves instantes, ni por el lugar ni las circunstancias de contexto esgrimidas por la policía (considerandos 4 y 5). En relación a las adultas se rechazó el recurso de amparo por considerar que no había evidencia sobre las circunstancias de la detención, sin revisión del estatuto protector general de la detención, ni el de las mujeres privadas de libertad. Empero, hay voto de minoría de la Corte Suprema que consideró vulnerado el derecho a ser tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (disidencia).

### **TEXTO COMPLETO**

Santiago, nueve de febrero de dos mil veintiuno.

A los escritos folios N° 16482-2021, 16507-2021 y 16600-2021: a todo, téngase presente.

Al escrito folio N° 16635-2021: a sus antecedentes.

Vistos:

Se confirma la sentencia apelada de veintiocho de enero de dos mil veintiuno, dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco, en el Ingreso Corte N° 10-2021.

Acordado con los votos en contra del Ministro señor Brito y el Ministro (S) señor Zepeda, quienes fueron de parecer de revocar la sentencia apelada en aquella parte que rechaza el recurso de amparo interpuesto en favor de las amparadas K. Y. A. S. y T. G. M. M. y, en su lugar, acogerlo, pues la privación de libertad de las afectadas no solo generó la vulneración como efecto de la detención, sino que según los hechos del recurso, estos dan cuenta que el trato no se hizo con el respeto debido a la dignidad que es inherente a la persona humana, lo que infringe no solo los derechos de todo imputado privado de libertad, de acuerdo al Código Procesal Penal, sino que, además, infringió el derecho a la integridad personal, en la dimensión del artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que

señala que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 11.435-2021.

C.A. de Temuco

Temuco, veintiocho de enero de dos mil veintiuno.

VISTOS:

Que, el 15 de enero del presente año, compareció don Marcos Rabanal Toro, abogado, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS y, en favor de la niña de iniciales G.P.C.A., de siete años de edad, su madre K. Y. A. S.; y su abuela paterna, T. G. M. M., para interponer acción de amparo constitucional en contra de la Policía de Investigaciones de Chile; representada por el Prefecto Inspector Jefe de la Zona La Araucanía de la Policía de Investigaciones de Chile, Sr. Domingo Silva Sandoval, por la actuación de la policía recurrida en un procedimiento policial llevado a cabo en la comuna de Ercilla el día 7 de enero pasado.

Al tenor del relato de la amparada y familiares indicó que el día jueves 07 de enero de 2021, mientras se realizaba la lectura de veredicto en el juicio por el homicidio de C. C. M., las amparadas se trasladaban junto a otras mujeres y niñas en un vehículo que era conducido por la amparada K. A.

Relató que, en sector urbano de Ercilla, mientras se desplazaban en vehículo, vieron acercarse el carro lanza aguas de Carabineros, el cual se ubicó frente a ellas lanzando agua de manera injustificada, directamente hacia el parabrisas del vehículo, sin aviso previo.

Expuso que, en ese momento, llegaron camionetas, en apariencia civiles, desde las cuales se bajaron funcionarios de la Policía de Investigaciones que apuntaron al vehículo con armas de fuego. En ese momento se encontraban 6 mujeres en el vehículo: T. M., K. A., la niña G.P.C.M, dos mujeres adultas y otra niña de 14 años.

Luego, según el relato de las amparadas, un funcionario, a quien no se le ve a el rostro, pegó al vidrio del copiloto con la culata de su arma produciendo que este se quebrara.

Explicó que tras ello fueron bajadas a la fuerza del vehículo, con tirones de pelo y a su ropa, reducidas en el suelo y esposadas. Perdieron de vista a la menor G.P.C.A (relato abuela paterna). Luego fueron trasladadas a la Comisar a de Ercilla en un vehículo de la PDI, ahí las tuvieron dentro del vehículo en el estacionamiento, donde las tuvieron un largo rato encerradas y esposadas con las manos atrás, dentro del vehículo y con los vidrios cerrados pese al calor de 24° o 25° grados. Luego les dijeron que las llevarían a Victoria, las trasladaron a otro vehículo, no se les ofreció ir al baño ni agua.

Indican las amparadas adultas que no fueron trasladadas a un recinto de salud para su constatación y que las mismas funcionarias anotaron un papel que no presentaban lesiones, a pesar de que tanto la Sra. T. M. como K. A. les señalaron que les dolía las muñecas y manos, que las tenían hinchadas por las esposas.

Agregaron que consultaron por el paradero de la menor de edad y no les dieron respuesta sobre su paradero. Después de un par de horas llegó G.P.C.A. con la cara muy hinchada producto del llanto, la dejaron junto a su madre y abuela en el carro en el cual se encontraban detenidas. Alrededor de 40 minutos después, les indicaron que había llegado M. C., abuelo de la niña y, una funcionaria de la PDI les indicó que podían entregar a G.P.C.A. inmediatamente a su abuelo.

Hizo presente la existencia de una resolución previa de esta Corte en recurso de amparo Rol N° 166-2018.

Resumió que los hechos denunciados consisten en la detención de las amparadas con uso excesivo de la fuerza (en consideración a la calidad de sujeto) y a la privación de libertad en condiciones atentatorias a su integridad personal en el caso de las adultas (apriete excesivo de esposas, prologado encierro en vehículos policiales con alta temperatura ambiental y mientras permanecía con sus ropas mojadas).

Se preguntó si en el tratamiento concreto que se dio a la detención de la niña amparada G.P.C.A. por parte de los/as funcionarios/as de la PDI, participaba personal idóneo para tratar con NNA.

Pide en definitiva que: a) Se declare la ilegalidad y arbitrariedad del uso injustificado de la fuerza en la detención de las amparadas materializado en la afectación de la integridad personal de los/as amparados/as; b) Se declaren infringidos los derechos constitucionales a la libertad personal y a la seguridad individual, consagrados en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República; c) Se ordene a la Policía de Investigaciones de Chile adecuar sus protocolos de actuación institucional a lo establecido en las leyes, en la Constitución Política del Estado y en los Tratados Internacionales, especialmente a lo dispuesto en la Convención de Derechos del Niño y el Convenio 169 de la OIT; y, en ese sentido, se informe a la Iltrma. Corte acerca de medidas concretas que se adopten para dicho cumplimiento; d) Se ordene a Policía de Investigaciones de Chile que instruya los sumarios internos respectivos que permitan dilucidar las responsabilidades administrativas involucradas, informando a esta Iltrma. Corte el resultado de dichos sumarios, una vez afinados; e) Se ordene a Policía de Investigaciones de Chile adoptar las medidas necesarias para impedir que se repitan actos que importen atentados a la libertad personal y a la seguridad individual de las amparadas.

Acompañó: Documento denominado FIJACIÓN DE LUGAR DE DETENCIÓN AMPARADAS (NIÑA Y ADULTAS) Y LUGAR DE HECHOS VIDEO 1 RECURRIDA PDI (Plantilla Google Earth); Documento denominado “Fotografías comparativas hechos video 1 vs lugar detención”, muestra una fotografía captada de video acompañado por la recurrida al recurso de amparo N° 2-2021 de ésta Corte; Audio descargado de redes sociales que da cuenta de la detención de la adolescente A.B.C.C. de 17 años de edad-

Que informó don DOMINGO SILVA SANDOVAL, Jefe de la Región Policial de la Araucanía, Director General de la Policía de Investigaciones de Chile y expuso que:

1. El día 7 de enero pasado, la Brigada Antinarcóticos y Contra el Crimen Organizado Angol, con el apoyo de funcionarios de otras Regiones Policiales, sumando un total de 850 funcionarios, dieron cumplimiento a ocho órdenes judiciales de entrada y registro en la comunidad Temucucui, comuna de Ercilla, que facultaban el ingreso

para treinta viviendas, en investigaciones incoadas en 8 investigaciones que indica, por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas, todas de la Fiscalía Local de Collipulli.

2. Alrededor de las 11:00 horas, salieron desde la ciudad de Angol hasta la comunidad de Temucuicui. En ese contexto, resultaron lesionados 11 oficiales policiales y resultó fallecido, en el cumplimiento del deber, el Subinspector Luis Alberto MORALES BALCAZAR, de dotación de la Brigada Antinarcóticos y Contra el Crimen Organizado Iquique, por traumatismo encéfalo craneano abierto/homicidio por arma de fuego, según consta en certificado de defunción.

3. En circunstancias que el funcionario herido de muerte era trasladado hasta el CESFAM Ercilla, alrededor de las 14:30 horas, a su llegada se originaron protestas por parte de personas que se encontraban en dicho lugar, quienes de forma violenta, comenzaron a proferir insultos en contra de los funcionarios policiales; luego, comenzaron a arrojar piedras de gran tamaño, impactando tanto a los funcionarios que se encontraban resguardando el cuerpo del fallecido subinspector, como poniendo en peligro la integridad física de los profesionales de la salud que se encontraban asistiéndolo.

4. Se solicitó cooperación a diferentes carros policiales. En estas circunstancias los funcionarios policiales observaron un vehículo que era parte de los disturbios, desconociendo la cantidad e identidad de sus ocupantes. Dicho vehículo, ante la presencia policial, intentó darse a la fuga, lo que fue impedido por el carro blindado de Carabineros de Chile, el que logró impedir su paso. Lo anterior, permitió que los funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, solicitaran a sus ocupantes que descendieran del vehículo, petición a la cual se negaron, lo que motivó por parte de un policía, la fractura del vidrio del copiloto, con el objeto de que las personas descendieran del automóvil, desconociendo que se encontraba una menor de edad.

5. Una vez que las personas descendieron del móvil y fueron reducidas conforme la práctica común policial, en ese momento advirtieron la presencia de una menor de edad, ante lo cual la Comisaria Ingrid IBÁÑEZ MATUS, apartó a la menor con el objeto de resguardar su integridad, trasladándose con ella hasta una plaza que se encontraba a pocos metros del lugar, donde la funcionaria policial la contuvo emocionalmente.

6. Respecto las adultas, abuela materna y madre, respectivamente de la menor, fueron reducidas al descender del vehículo, detenidas y trasladadas hasta la Subcomisaria de Carabineros de Ercilla a las 15:03 horas, para posteriormente ser dejadas en libertad conforme a las instrucciones impartidas por el Fiscal.

7. La menor, fue trasladada en el menor tiempo posible hasta la Subcomisaria de Ercilla, haciendo su ingreso al Cuartel de Carabineros alrededor de las 15:30 horas, sólo para efectos de reunirla con su madre, manteniéndola en todo momento en el estacionamiento del citado recinto al lado de sus familiares, facilitándosele toallas húmedas, galletas y agua.

8. Finalmente, la menor fue entregada a su abuelo M. C. Q., con la debida autorización de su madre K., retirándose ambos a las 16:30 horas aproximadamente, sin que el señor C. hiciera algún tipo de reclamo, negándose a su vez a firmar el Acta de Entrega de Menor, esto en presencia de su abogado.

Acompañó registros de video, captados el día 07.ENE.021, por las Cámaras GoPRo institucionales: Video 1: Que registra el momento del ataque al CESFAM, motivado por la llegada del funcionario fallecido; Video 2: Que registra el momento en que la menor amparada abraza a una funcionaria de la Policía de Investigaciones de Chile; set de imágenes; 5 archivos, que contienen los registros de audio, por los cuales se solicita cooperación para hacer frente a los disturbios en el CESFAM de Ercilla, el día 07.ENE.021; registro de audio con transcripción, captado por una funcionaria de la Policía de Investigaciones de Chile, el día 07.ENE.021, mientras la menor amparada era trasladada a la Subcomisaría de Ercilla en el vehículo de la Policía de Investigaciones de Chile; Oficio N° 21, de 13.ENE.021, del Jefe de la Brigada de Delitos Sexuales Temuco, que remite antecedentes ante posible vulneración de derechos al Tribunal de Familia de Collipulli; Orden N° 22, de 14.ENE.021, del Jefe de la Región Policial de la Araucanía, que dispone practicar investigación sumaria respecto de los hechos del presente amparo; Actas de constatación de salud de las amparadas adultas; instrucción particular de fecha 14.ENE.021, de Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Angol, dirigida a doña CAROLINA NAMOR ESBRY, Subprefecta Jefa de la Brigada Investigadora de Delitos contra Derechos Humanos de la Policía de Investigaciones de Chile, por la cual se instruye investigar los hechos que son objeto de la presente acción constitucional de amparo.

Se trajeron los autos en relación.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, de conformidad con el artículo 21 de la Constitución Política de la República, el recurso de amparo puede ser deducido a favor de toda persona que se hallare arrestada, detenida o presa con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, a fin de que se guarden las formalidades legales y se adopten de inmediato las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. El mismo recurso y, en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual.

SEGUNDO: Que, el hecho denunciado por las amparadas, dice relación con el actuar de personal de la Policía de Investigaciones el día 7 de enero de 2021 en Ercilla, alrededor de las 14:30 horas, consistente en la detención de la menor de iniciales G.P.C.A., de siete años de edad, de su madre K. Y. A. S. y, de su abuela paterna, T. G. M. M. quienes se encontraban al interior de un vehículo particular, del que fueron sacadas haciendo uso de fuerza desmedida, lo que afectó especialmente a la citada menor, la que, igual sucedió a su madre y abuela, habría sido arrojada contra el pavimento y presionada contra dicha superficie por a lo menos un funcionario policial. Que el informe de la Policía de Investigaciones relata que los hechos del recurso, sin perjuicio de disentir en la forma en que se desarrollaron, habrían tenido lugar en momentos en los que, aproximadamente a dos cuadras del lugar, en las afueras del CESFAM de Ercilla, tenían lugar disturbios entre civiles y personal de la misma Institución Policial.

TERCERO: Que, del informe evacuado por la Policía de Investigaciones, no es posible extractar hechos diversos a los precisados en el motivo anterior, ya que, en mayor medida, se extiende en el relato de circunstancias de contexto relacionados con un operativo que, el mismo día, se había realizado por un gran contingente policial en la comunidad Temucucui y las consecuencias que de él se derivaron, que obligaron a trasladar al personal herido e, incluso un policía fallecido, hasta el CESFAM de Ercilla, lugar en el que fueron atacados con piedras y palos.

CUARTO: Que, así las cosas, el hecho que debe ser atendido se limita a la detención de la menor, de su madre K. Y. A. S. y, de su abuela paterna, T. G. M. M., el que no se encuentra debatido por los intervinientes, encontrándose incluso graficado en fotografía acompañada en estos autos y no desvirtuada por los recurridos, como a las circunstancias en la que se produjo y, si se hizo uso de fuerza excesiva y desproporcionada, como si la detención de una menor de siete años está autorizada por nuestra legislación.

QUINTO: Que, establecido que se produjo la detención de la menor y, sin perjuicio de las medidas de contención que con posterioridad se desplegaron por personal policial para separarla del procedimiento que se llevaba a cabo respecto de las demás ocupantes del vehículo, con los antecedentes aportados, tanto por la recurrente como por los recurridos, se debe tener como cierto que la detención de la menor de iniciales G.P.C.A. se produjo el día de los hechos, a la hora y en el lugar señalado por las recurrentes, con uso excesivo y desproporcionado de la fuerza ejercida contra la menor, hecho que no se ve modificado ni porque el procedimiento contra la menor se hubiera extendido por breves instantes, ni por el lugar ni las circunstancias de contexto esgrimidas por la Policía de Investigaciones.

SEXTO: Que, respecto de la detención de doña K. Y. A. S. y de doña T. G. M. M., de los antecedentes tenidos a la vista con ocasión del conocimiento de este arbitrio constitucional, no se ha podido advertir actuaciones que se puedan haber desarrollado al margen de la normativa vigente, por no encontrarse suficientemente acreditadas las circunstancias de la detención de la que fueron objeto, desconociéndose, por ejemplo, si las amparadas se resistieron de algún modo a su detención u otros antecedentes relacionados.

Por estas consideraciones, visto además lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, SE ACOGE, el recurso de amparo deducido por Marcos Rabanal Toro, abogado, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, en favor de la menor de iniciales G.P.C.A. y en contra de la Policía de Investigaciones de Chile; representada por el Prefecto Inspector Jefe de la Zona La Araucanía de la Policía de Investigaciones de Chile, Sr. Domingo Silva Sandoval por la actuación de la policía recurrida en el procedimiento policial llevado a cabo en la comuna de Ercilla el día 7 de enero de 2021, sólo en cuanto SE



DECLARA que el actuar del personal de la Policía de Investigaciones de Chile que procedió a la detención de la menor sindicada, actuó con fuerza desproporcionada e ilegítima y, aun sin ella, vulneró los derechos constitucionales a la libertad personal y a la seguridad individual de la menor, con infracción de la Constitución Política de la República y de la Convención sobre los Derechos del Niño, ordenándose a la Policía de Investigaciones de Chile que, en lo sucesivo, se deber abstener de realizar cualquier acción arbitraria e ilegal respecto de la ni a ya inicializada y de cualquier otro menor que vulnere los derechos que amparan a todo menor, sometiéndose al estricto cumplimiento de lo establecido en las leyes, en la Constitución Política del Estado y en los Tratados Internacionales y, SE RECHAZA el recurso deducido en favor de doña K. Y. A. S. y de doña T. G. M. M. por no encontrarse acreditadas las circunstancias de sus detenciones.

Regístrese.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Roberto Fuentes Fernández.

Rol N ° Amparo-10-2021 (pvb).

Pronunciada por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, integrada por su Presidente Ministro Sr. Alejandro Vera Quilodrán, Ministra Sra. Cecilia Aravena López y abogado integrante Sr. Roberto Fuentes Fernández.

Se deja constancia que el Ministro Sr. Alejandro Vera Quilodrán, no firma la sentencia que antecede, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la presente causa, por encontrarse ausente.

En Temuco, a veintiocho de enero de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

**10. Corte de Apelaciones de Concepción concede libertad vigilada intensiva a mujer aplicando consideraciones de género ([Corte de Apelaciones de Concepción, 12.02.21 rol 74-2021](#))**

**Norma Asociada:** Ley 18216; Reglas de Bangkok; Reglas de Tokio

**Tema:** Libertad vigilada intensiva; enfoque de género.

**Descriptorios:** Penas sustitutivas; enfoque de género.

**SÍNTESIS:** Corte revoca sentencia de primera instancia que denegó la concesión de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, considerando que la sentenciada cumplía los requisitos para dicha pena sustitutiva, y porque además el historial de victimización y las responsabilidades de cuidado de otras personas que recaen en las mujeres, implica que los estados deben preferir aquellas formas de cumplimiento de penas que no sean privativas de libertad, tal como se indica en las Reglas de Bangkok y las de Tokio (considerando 8).

### **TEXTO COMPLETO**

Concepción, doce de febrero de dos mil veintiuno.

VISTO:

1.- Que en el escrito de apelación, la Defensora Penal Pública, doña Leslie Concha Esparza, por doña J. A. A. L. solicita que reuniéndose los requisitos previstos en el artículo 15 y 15 bis de la Ley N° 18.216, se le sustituya la pena principal de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo por la de libertad vigilada intensiva.

2.- Que el artículo 14 inciso 2 de la Ley N° 18.216 dice que la libertad vigilada intensiva consiste en la sujeción del condenado al cumplimiento de un programa de actividades orientado a su reinserción social en el ámbito personal, comunitario y laboral, a través de una intervención individualizada y bajo la aplicación de ciertas condiciones especiales.

3.- Que para decretar la libertad vigilada intensiva de conformidad con el artículo 15 bis de la Ley N° 18.216 resulta necesario que concurren los siguientes requisitos:

a) Que la pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia fuere superior a tres años y no excediere de cinco; y b) Que si se tratare de alguno de los delitos mencionados en el artículo 15 bis letra b) de la Ley N° 18.216, la pena privativa o restrictiva de libertad que se impusiere fuere superior a 540 días y no excediere de cinco años.

También, en ambas situaciones deber cumplirse: 1) Que el penado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito; y 2) Que los antecedentes

sociales y características de la personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitieren concluir que una intervención individualizada de conformidad al artículo 16 de la ley, parece eficaz en el caso específico, para su efectiva reinserción social.

Estos presupuestos deben concurrir en forma copulativa.

4.- Que para determinar si se concede o no la libertad vigilada intensiva , el juez habrá de resolver, sobre la base de una razonada ponderación de los antecedentes aportados al juicio por los intervinientes.

La necesidad y eficacia del tratamiento en libertad vigilada intensiva se enjuician en concreto, esto es, en el caso específico.

“Lo decisivo en el otorgamiento del beneficio es que aparezca eficaz y necesario para la readaptación y resocialización del sujeto” (Enrique Cury Urzúa. En Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. 1985. Página 369).

5.- Que aparece acreditado en los autos que J. A. A. L. condenada a la pena de tres años y un día, de presidio menor en su grado máximo, accesorias correspondientes, como autora del delito de robo con Violencia de especies de propiedad de don C. A. C. V., en grado de frustrado, cometido el día 09 de junio de 2020, en la comuna de Penco.

También se encuentra probado que la sentenciada, si bien registra condenas anteriores son por penas en concreto de falta prescritas y no por crimen o simple delito, lo cual no es óbice para conceder la pena de libertad vigilada intensiva.

6.- Que de otro lado, los antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, que emanan de la información aportada al juicio permiten concluir que una intervención individualizada de conformidad con la ley, ser eficaz para su efectiva reinserción social.

Tal información dice relación con su conducta anterior y posterior al hecho punible, aportada por un peritaje social realizado por la Asistente Social doña Stephanie Rodríguez Fabar y un informe psicológico emitido por el perito don César González,

de los cuales fluye que vivió varios años en la red institucional del SENAME, ha tenido diversos trabajos como recolectora de frutas de temporada, se encuentra afiliada a la AFP Modelo, pertenece al tramo A de FONASA, arrienda una pieza, tiene vinculaciones con su madre biológica, constituyendo un referente de apoyo en su situación actual.

Concluyendo la profesional que la condenada dentro de las situaciones de vida que le ha tocado vivir se encuentra actualmente con arraigo familiar, social y también con capacidades laborales para enfrentar la vida.

El informe psicológico señala que en la actualidad muestra competencias autorreflexivas de los hechos sucedidos y para corroborar tal conclusión se programó una triangulación metodológica de los instrumentos psicológicos, los que determinaron una habilidad para procesar la interpretación de la realidad de manera equilibrada en su locus de control interno, esto quiere decir su percepción e interpretación de los hechos, logró comprender los efectos de sus propias acciones y asumir su responsabilidad para reasignar una reflexión positiva en producir un cambio de esta acción en un aprendizaje experiencia, o sea, se basa en lo vivenciado extrayendo de lo sucedido un aprendizaje de ensayo y error para producir una reflexión sobre la actitud que debe tomar en el futuro. Añadiendo a esto, se evaluó con la prueba de simulación de síntomas que estableció una categorización de no presentar simulación o exageración de respuestas.

En la situación de la condenada existen antecedentes tanto sociales como psicológicos favorables, tomando en consideración, asimismo, que solo concurre la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, el grado de desarrollo frustrado del delito, y que ya ha estado largo tiempo en prisión preventiva, lo que permite tener por cumplido este requisito.

La intervención individualizada de la sentenciada conlleva a presumir que no volverá a delinquir.

7.- Que es de suyo importante tener presente que la finalidad de excluir a los condenados de un efectivo cumplimiento de la pena impuesta, no es otra que permitirles la posibilidad de readaptarse y reintegrarse a la sociedad mediante un

tratamiento intensivo y personalizado, cuya vigilancia, control y orientación está entregado a un delegado de libertad vigilada intensiva.

8.- Que es necesario tener presente, asimismo, en este caso han de considerarse las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, contenidas tanto en las Reglas de Bangkok como en las de Tokio que ponen de relieve que, al dictar sentencia o decidir medidas previas al juicio respecto de una mujer, se debería dar preferencia a medidas no privativas de la libertad, de ser posible y apropiado. Es así que orienta que en el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, se deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la condena en prisión, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas.

9.- Que, en la situación en estudio, ponderados en su conjunto todos los elementos de juicio existentes en autos, a juicio de estos sentenciadores, concurren los requisitos que el artículo 15 bis de la ley N° 18.216 exige para hacer procedente la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva.

Tal pena aparece como eficaz y necesaria para lograr una efectiva readaptación y resocialización de la sentenciada.

Por estas reflexiones, y lo previsto en los artículos 15 bis y 37 de la Ley N° 18.216, se declara:

Que SE REVOCA, en su parte apelada, la sentencia de fecha diecinueve de enero de dos mil veintiuno, pronunciada por don Iohan León Espinoza, Juez Titular del Juzgado de Garantía de Concepción, y en su lugar se decide que, reuniéndose en este caso los requisitos del artículo 15 bis de la Ley N° 18.216, SE SUSTITUYE a la sentenciada doña J. A. A. L. cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, por la pena de Libertad Vigilada Intensiva a cargo de Gendarmería de Chile, por el plazo de tres años y un día, debiendo el delegado respectivo proponer al tribunal a quo un plan de intervención individual para la condenada, dentro de plazo legal.

La sentenciada deberá, asimismo, dar cabal cumplimiento a las condiciones previstas en el artículo 17 de la Ley N° 18.216.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Ministro señor Juan Clodomiro Villa Sanhueza.

Rol 74 -2021-Penal.

RIT 7618-2020. RUC 2010035394-7. Juzgado Garantía Concepción.

Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Concepción integrada por los Ministros (as) Juan Villa S., Carola Rivas V. y Fiscal Judicial María Francisca Duran V.

Concepción, doce de febrero de dos mil veintiuno.

En Concepción, a doce de febrero de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

---

*INDICES*

---

<i>Tema/Descriptor</i>	<i>Ubicación</i>
Arresto domiciliario	<a href="#">p.142-144</a>
Causa indígena	<a href="#">p.45-142</a>
Costumbre	<a href="#">p.45-142</a>
Delitos contra la salud pública	<a href="#">p.13-19</a>
Derecho a la igualdad ante la ley	<a href="#">p.45-142</a>
Detención ilegal	<a href="#">p.13-19</a> ; <a href="#">p.144-153</a>
Encubrimiento	<a href="#">p.7-9</a>
Enfoque de género	<a href="#">p.7-9</a> ; <a href="#">p.9-13</a> ; <a href="#">p.13-19</a> ; <a href="#">p.19-25</a> ; <a href="#">p.25-42</a> ; <a href="#">p.42-45</a> ; <a href="#">p.45-142</a> ; <a href="#">p.142-144</a> ; <a href="#">p.144-153</a> ; <a href="#">p.153-158</a>
Estado de necesidad	<a href="#">p.25-42</a>
Excepcionalidad privación de libertad	<a href="#">p.19-25</a>
Expulsión	<a href="#">p.9-13</a>
Penas sustitutivas	<a href="#">p.153-158</a>

Porte de armas	<a href="#">p.19-25</a>
Prisión preventiva	<a href="#">p.19-25</a> ; <a href="#">p.25-42</a> ; <a href="#">p.42-45</a>
Recursos - Recurso de amparo	<a href="#">p.142-144</a>
Suspensión imposición condena	<a href="#">p.142-144</a>
Sustitución de medidas cautelares	<a href="#">p.25-42</a> ; <a href="#">p.42-45</a>
Tráfico ilícito de drogas	<a href="#">p.7-9</a>
Violencia contra la mujer	<a href="#">p.9-13</a> ; <a href="#">p.13-19</a> ; <a href="#">p.19-25</a> ; <a href="#">p.25-42</a> ; <a href="#">p.42-45</a> ; <a href="#">p.45-142</a> ; <a href="#">p.142-144</a> ; <a href="#">p.144-153</a>
Violencia contra menores	<a href="#">p.144-153</a>

<i>Norma</i>	<i>Ubicación</i>
CADDHH art. 5 N° 2	<a href="#">p.144-153</a>
CBDP	<a href="#">p.9-13</a> ; <a href="#">p.42-45</a> ; <a href="#">p.45-142</a>
CDN	<a href="#">p.144-153</a>
CEDAW	<a href="#">p.45-142</a>
COIT169	<a href="#">p.45-142</a>
CP art. 10 N° 11	<a href="#">p.25-42</a>
CP art. 17	<a href="#">p.7-9</a>
CP art. 30	<a href="#">p.7-9</a>
CP art. 318	<a href="#">p.13-19</a>
CP art. 361	<a href="#">p.45-142</a>
CPP art. 129	<a href="#">p.13-19</a>
CPP art. 130	<a href="#">p.13-19</a>
CPP art. 140	<a href="#">p.19-25</a>
CPP art. 149	<a href="#">p.19-25</a>
CPP art. 155	<a href="#">p.25-42</a> ; <a href="#">p.142-144</a>
CPR art. 1	<a href="#">p.45-142</a>
CPR art. 19 N° 3	<a href="#">p.9-13</a> ; <a href="#">p.45-142</a>
CPR art. 19 N° 7	<a href="#">p.144-153</a>
L16641	<a href="#">p.45-142</a>
L17798	<a href="#">p.19-25</a>
L18216	<a href="#">p.9-13</a> ; <a href="#">p.153-158</a>
L19253 art. 54	<a href="#">p.45-142</a>
L20066	<a href="#">p.13-19</a>
RBANGKOK	<a href="#">p.42-45</a> ; <a href="#">p.142-144</a> ; <a href="#">p.153-158</a>
RTokio	<a href="#">p.42-45</a> ; <a href="#">p.142-144</a> ; <a href="#">p.153-158</a>