

**Inaplicabilidad y retroactividad de leyes penales
in malam partem (stc rol 8792)**

Tribunal	Tribunal Constitucional
Rol	8792
Fecha	29 de enero de 2021
Materia	Derecho Penal
Submateria	Violación propia
Procedimiento	Inaplicabilidad por inconstitucionalidad
Hechos	El requerimiento fue presentado por el Juzgado de Letras y Garantía de Rapa Nui-Isla de Pascua en atención a que los preceptos impugnados disponen la rebaja y sustitución favorable de la pena del delito de violación cuando es cometido en la isla por un natural de esta. A juicio del requirente, este beneficio para el violador configura una discriminación arbitraria e inconstitucional en contra de la mujer víctima del delito en la isla <i>vis-à-vis</i> las víctimas del mismo delito en Chile continental, cuyo gravísimo ultraje es castigado con una pena superior y efectiva.
Tema central discutido	¿Es inconstitucional la aplicación de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 que crea el Departamento de Isla de Pascua en el marco de un proceso penal seguido en el Juzgado Mixto de Rapa Nui-Isla de Pascua?
Considerandos relevantes	<p>UNDÉCIMO: (...) 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. (...) 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 (...).</p> <p>CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: (...) 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. (...) 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.</p> <p>QUINCUAGÉSIMO: (...) 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</p>

	<p>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. (...)</p> <p>QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: (...) 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. (...)</p> <p>SEXAGÉSIMO CUARTO: (...) 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.</p> <p>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. (...)</p> <p>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 (...)</p>
Decisión	Acogido.

<p>Acordada con el voto en contra del Ministro señor Juan José Romero Guzmán, quien estuvo por rechazar el requerimiento</p>	<p>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.</p> <p>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).</p>			
<table border="1"> <tr> <td data-bbox="203 785 480 879">Resumen del comentario</td> </tr> <tr> <td data-bbox="203 890 480 974">Jaime Arancibia Mattar</td> </tr> <tr> <td data-bbox="203 984 480 1068">Sentencias Destacadas 2020</td> </tr> </table>	Resumen del comentario	Jaime Arancibia Mattar	Sentencias Destacadas 2020	<p>Este comentario tiene por objeto la Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) en causa Rol No 8.792 que declaró la inaplicabilidad de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 de 1966, que crea el Departamento de Isla de Pascua, en el procedimiento penal por delito de violación propia cometido por un natural de dicha isla. La sentencia considera que el tratamiento penal más favorable al autor de ese delito discrimina arbitrariamente a las mujeres víctimas del mismo en el continente. El comentario comparte la calificación de los preceptos impugnados como inconstitucionales, pero discrepa de que el efecto práctico de dicha calificación sea la inaplicabilidad concreta de tales preceptos con efecto retroactivo y desfavorable, por afectar las garantías constitucionales de legalidad e irretroactividad de la pena.</p>
Resumen del comentario				
Jaime Arancibia Mattar				
Sentencias Destacadas 2020				