

INAPLICABILIDAD Y RETROACTIVIDAD DE LEYES PENALES *IN MALAM PARTEM* (STC ROL 8792)

JAIME ARANCIBIA MATTAR¹

RESUMEN. Este comentario tiene por objeto la Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) en causa Rol N° 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.

PALABRAS CLAVE. Inaplicabilidad, retroactividad, ley penal, discriminación, mujer, tratados internacionales.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Argumentos del requirente y de las partes en la causa. 3. La sentencia del Tribunal Constitucional. 3.1. La cuestión previa sobre “el ámbito del derecho del derecho convencional en la resolución del presente caso”. 3.2. Los preceptos impugnados son inaplicables por contravenir principalmente el principio de igualdad “en” la ley. 4. Comentario. 4.1. La sentencia infringe los principios constitucionales de ilegalidad e irretroactividad de la pena. 4.2. La sentencia impone al condenado la carga desigual de soportar los efectos de la dilación estatal en actualizar la legislación penal. 4.3. La sentencia se pronuncia sobre el contenido y no sobre los efectos de la norma, incurriendo así en una inadecuación del procedimiento de inaplicabilidad. 4.4. La sentencia discrimina arbitrariamente en el tratamiento de los instrumentos internacionales que tienen incidencia en el litigio. 4.5. La sentencia funda la inaplicabilidad de la norma legal en razón de antecedentes consuetudinarios que corresponde ponderar al legislador. 5. Epílogo. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Este comentario se refiere a la Sentencia del TC en causa Rol N° 8.792, de 29 de enero de 2021, que declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 de 1966, que crea el Departamento

¹ Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho Universidad de Cambridge.

de Isla de Pascua, en el procedimiento penal por delito de violación propia cometido por un natural de dicha isla².

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 rebaja³ y sustitución⁴ 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 *vis-à-vis* las víctimas del mismo delito en Chile continental, cuyo gravísimo ultraje es castigado con una pena superior y efectiva.

El Tribunal Constitucional acogió el requerimiento, principalmente, en base a la infracción de la garantía constitucional de igualdad ante la ley e igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

Nuestra posición comparte la calificación de los preceptos impugnados como inconstitucionales por discriminar arbitrariamente a las mujeres víctimas de violación, pero discrepa de que el efecto práctico de dicha calificación sea la inaplicabilidad concreta de tales preceptos con efecto retroactivo y en perjuicio de un sujeto que había cometido el delito anteriormente. Semejante solución protege un derecho constitucional a expensas de otros también fundamentales para un Estado de Derecho como lo son la legalidad e irretroactividad de la ley penal.

Para tal efecto, nuestro comentario se dividirá en tres secciones. La primera resumirá la posición del magistrado requirente de la inaplicabilidad y los argumentos de las partes y de los *amici curiae*. La segunda hará una síntesis de los argumentos de la sentencia del Tribunal Constitucional. La última sección estará dedicada al comentario crítico del fallo. En particular, sostendremos que la sentencia no es del todo destacable porque infringe los principios constitucionales de ilegalidad e irretroactividad de la pena; impone al condenado la carga desigual de soportar los efectos de la dilación estatal en

² Proceso seguido ante el Juzgado de Letras y Garantía de Rapa Nui, causa Rol N°426-2019, en actual conocimiento del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, causa Rol N°142-2020.

³ “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.”

⁴ “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”.

actualizar la legislación penal; se pronuncia sobre el contenido y no sobre los efectos de la norma, incurriendo así en una inadecuación del procedimiento de inaplicabilidad; discrimina arbitrariamente en el tratamiento de los instrumentos internacionales que tienen incidencia en el litigio; y funda la inaplicabilidad de la norma legal en razón de antecedentes consuetudinarios que corresponde ponderar al legislador. El texto finalizará con un epílogo breve y con una mención de las principales conclusiones.

2. ARGUMENTOS DEL REQUIRENTE Y DE LAS PARTES EN LA CAUSA

Según la sentencia del TC, el magistrado requirente adujo que los preceptos impugnados habían sido derogados tácitamente o caído en desuso por el establecimiento de procedimientos o instituciones diferentes. En particular, el juez sostiene que estas normas han sido derogadas en virtud de la aprobación por Chile de tratados internacionales de protección de los derechos de la mujer como el Pacto San José de Costa Rica, la Convención Belém do Pará, la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (CEDAW), y la Convención de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, entre otros.

Explica, además, que el trato penal más favorable para el autor de los delitos previstos en esas normas estaba fundado en la precariedad del apoyo brindado por el Estado de Chile al pueblo Rapa Nui, que impedía imponer mayores gravámenes a sus miembros. Esta razón original habría “*decaído*” con la *igualación del trato de los habitantes de la isla con los del continente, razón por la cual “estas acciones positivas deben ser abandonadas para dar protección a la comunidad en su conjunto”*.

El juez invocó también la supremacía constitucional de los principios de igualdad ante la ley, igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, e igualdad de toda forma de discriminación en contra de la mujer, reconocido en el tratado internacional del CEDAW, al que Chile debe respeto conforme a lo dispuesto en el art. 5 inciso 2° de la Constitución.

Por último, el magistrado requirente refiere a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para indicar que la rebaja de pena al autor del delito de violación en el caso concreto afectaba el derecho de la víctima a un “justo y racional resarcimiento” por el delito sufrido.

Los argumentos de infracción del principio de igualdad y de los tratados de protección a los derechos de la mujer fueron reiterados posteriormente por el Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género y por el Ministerio

Público, quienes se hicieron parte en la causa de inaplicabilidad. El mismo énfasis fue puesto por las instituciones que presentaron *amicus curiae* en la causa, como la Organización Comunitaria Funcional Rapa Nui Maroa, y la Asociación de Abogadas Feministas de Chile.

Los argumentos contrarios a la pretensión de inaplicabilidad estuvieron a cargo de la Defensoría Penal Pública que, en representación del imputado en la causa, sostuvo que el Juez de Garantía de Rapa Nui carecía de legitimación activa para pedir la inaplicabilidad de la norma porque recurrió al TC con posterioridad a su desasimiento de la causa, esto es, después de que el auto de apertura del juicio oral se encontraba firme y ejecutoriado. Además, alegó que los preceptos cuestionados corresponden el ejercicio de una potestad punitiva que corresponde a un juez distinto al que pidió el pronunciamiento.

De otro lado, el Consejo de Ancianos Rapa Nui-Mau Hatu acompañó un escrito de *amicus curiae* para defender la aplicabilidad de los preceptos, principalmente, porque así lo exige el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ratificado por Chile. Este convenio obligaría al Estado de Chile a considerar la costumbre de los pueblos indígenas en la aplicación de la legislación doméstica. En el caso concreto del pueblo Rapa Nui, las penas asignadas a los delitos sexuales admitirían una rebaja en atención a 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”. Además, el texto justificó el cumplimiento de la pena fuera del recinto carcelario prevista en el artículo 14 impugnado atendido que “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”.

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La sentencia del Tribunal Constitucional no se pronunció sobre la falta de legitimación activa del requirente, alegada por la Defensoría Penal Pública, y declaró la inaplicabilidad de los artículos 13 y 14 de la Ley N°16.441 en el caso concreto, por contravenir la igualdad ante la ley garantizada por la Constitución en sus artículos 19 N°2 y 19 N°3. Previo a esta declaración, el Tribunal se hizo cargo de la alegación de derogación tácita de los preceptos cuestionados por la aprobación posterior de tratados internacionales incompatibles, y de la eventual colisión entre los tratados de protección a los derechos de la mujer y aquellos de respeto a las costumbres e identidad de los pueblos indígenas.

3.1. La cuestión previa sobre “el ámbito del derecho convencional en la resolución del presente caso”

En primer lugar, el Tribunal desestimó que un precepto pueda ser derogado tácitamente por un tratado internacional, por cuanto “[e]n 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” (c. 11°). Además, el proceso de inaplicabilidad carece de la idoneidad para declaraciones derogatorias porque “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” (c. 11°).

A su vez, en opinión del Tribunal, la colisión entre los tratados internacionales de protección de los derechos de la mujer y aquellos de protección de las costumbres indígenas no es tal porque los preceptos impugnados no recogen, verdaderamente, una realidad consuetudinaria que corresponda respetar (c. 12°).

3.2. Los preceptos impugnados son inaplicables por contravenir principalmente el principio de igualdad “en” la ley

La sentencia explica que el problema de constitucionalidad en este caso no es tanto uno de igualdad “ante la ley”, o de igualdad “en la aplicación judicial de la ley”, ni de “igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”, porque estas hipótesis suponen la aplicación asimétrica de un mismo cuerpo legal. Aquí, en cambio, el problema es más bien de desigualdad “en la ley” o en la actuación del legislador, 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” (c. 47°). Este principio, que deriva del mandato constitucional de que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias” (art. 19 N°2), ha sido infringido en el presente caso atendida “la deficiencia de las condiciones esenciales de una igualdad motivada, razonable y no arbitraria” (c. 47°).

Expresado en materia penal, esta garantía significa que “[e]l 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” (c. 40°). En opinión del Tribunal, los preceptos impugnados no cumplen con este criterio 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” (c. 50°). De este modo, continúa el Tribunal, “*no tiene racionalidad y configura una diferencia arbitraria*” (c. 51°), y un atentado a la dignidad de las personas (c. 39°).

En particular, la falta de racionalidad de la ley, de la que se deduce una discriminación arbitraria en contra de mujeres víctimas de violación por naturales de Rapa Nui en la isla, está basada en los argumentos siguientes.

En primer lugar, el artículo 13 de la Ley N°16.441 carece de justificación porque no está vinculado a ninguna de las funciones penales que ameritan una rebaja “*legítima*” de los castigos: “*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*” (c. 51°). Más adelante, el fallo insiste en esta idea bajo una perspectiva más sustantiva, al sostener que la rebaja de pena del artículo 13 de la Ley N°16.441 no está orientada a ninguna de las finalidades del *ius puniendi*, como las de “*reducir el daño de un delito*”, “*compensación de delitos mutuos*”, “*calificar la participación delictiva*”, “*especificar el grado de consumación del delito*”, o “*prevenir, impedir o producir una cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos y a la identificación de los responsables*” (c. 37°).

Lo anterior permite concluir al Tribunal que “[e]l 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”. Este privilegio “*supone una determinada supremacía de género incompatible con la igualdad ante la ley y la dignidad de las personas*” (c. 38°).

Además, el fallo declara que este precepto es incompatible con el artículo 54 de la Ley N°19.253, que permite que la costumbre pueda ser hecha valer en juicio “*siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República*”.

Por su parte, si bien el artículo 14 de la Ley N°16.441, que permite cumplir la pena fuera del establecimiento carcelario, guarda coherencia con el Convenio N°169 de la OIT en cuanto a dar “*preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento*” (art. 10.2 del), esta consistencia no es verdadera porque la ley es anterior al Convenio (c. 57°). Tampoco podría atribuirse al Convenio el carácter de ley penal posterior más favorable, debido que no cumplen los requisitos que para tal efecto exige el artículo 19 N°3 de la Constitución: a) no reviste una naturaleza legal; y b) contiene un “*mandato*

grueso y sin matices” que impide identificar una pena más favorable al delito (c. 59°). Sin perjuicio de lo anterior, el argumento más relevante en contra de la aplicación del artículo 14 es el de derogación tácita por el artículo 1 de la Ley N° 20.603 de 2012, que impide la sustitución de la pena para el delito de violación, entre otros. Este argumento fue compartido incluso por la Defensoría Penal Pública (c. 60°).

Segundo, la aplicación de los preceptos impugnados no está basada en la costumbre pascuense, razón por la cual no es posible invocar los tratados internacionales que resguardan la validez jurídica de las prácticas étnicas. Ni la historia de la Ley N°16.441, ni la autoridad rapanui lo consideran así. En este punto, el fallo dedica algunos pasajes a cuestionar aspectos de mérito del procedimiento de tramitación de dicha ley, como la falta de participación de nativos y autoridades de la isla, o de intelectuales expertos en el tema; así como la existencia de opiniones parlamentarias divergentes en cuanto al contenido de la costumbre indígena y la ausencia de menciones a delitos sexuales (c. 24°). Esto lleva al Tribunal a concluir que *“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”* (c. 24°).

En cuanto a la interpretación de la norma por las autoridades, el Tribunal desestimó la defensa de la aplicabilidad de los preceptos por parte del Consejo de Ancianos Rapa Nui-Mau Hatu, sobre la base de que habían sido contradichos por su presidente y por un informe de la Comisión Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Concluye al efecto que *“... siendo dudoso que [la rebaja y conmutación de pena] 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”* (c. 29°).

A juicio del Tribunal, incluso aunque fuera una costumbre indígena, tampoco gozaría de la protección de los tratados porque estos sólo protegen aquellas costumbres que no contravienen los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de un país. En particular, el Convenio 169 de OIT dispone 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”* (art. 8.2) (c. 18°). Asimismo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por Chile el 12 de septiembre de 2007, señala que estos pueblos tienen derecho a promover, desarrollar y mantener... cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos” (art. 34)

(c. 19°). Además, según la sentencia, “*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*” (c. 64°).

Tercero, los preceptos contravienen los tratados internacionales de protección de los derechos de la mujer ratificados por Chile (c. 42° y ss.).

Cuarto, el presente no es un caso de ley penal más o menos favorable, porque ninguna ley ha sido dictada con posterioridad a la perpetración del hecho, sino que uno de inaplicabilidad de una ley penal que configura un privilegio desigual e inconstitucional (c. 61° y ss).

Finalmente, este privilegio afecta doblemente la tutela judicial ante la comisión de delitos penales, porque protege en menor medida a las mujeres y al interés público comprometido en el reproche y disuasión del delito de violación cometido en la isla *vis-a-vis* el mismo delito cometido en contra de mujeres del continente (c. 64°).

4. COMENTARIO

El énfasis en la protección de los derechos fundamentales de la mujer, en particular de su dignidad, integridad e igualdad frente a discriminaciones arbitrarias o violencia ejercida en contextos sociales influidos por el machismo, es uno de los avances culturales más notables de la civilización humana en las últimas décadas. La sentencia que comentamos se inscribe en esta tendencia, como también lo hacen los diversos informes, estudios, sentencias y tratados internacionales citados en sus considerandos. Sin perjuicio de esta noble finalidad, que compartimos, nos parece que el instrumento elegido en este caso –inaplicabilidad de la ley penal *ex post facto* en un caso concreto– es errado, por atentar en contra de otro derecho constitucional fundamental de la cultura occidental como lo es la legalidad e irretroactividad de la pena.

Pensamos que la interrogante jurídica más relevante de este caso no es si la aplicación de una pena más grave al violador permite proteger mejor los derechos de la mujer garantizados por tratados internacionales *ad hoc*, así como robustecer el efecto represivo y disuasivo de la pena, que respondemos afirmativamente. Tampoco si la asignación de una pena más baja al delito de violación cometido por un natural de Rapa Nui en esa isla discrimina arbitrariamente a las víctimas del mismo delito en Chile continental, idea que también compartimos. En nuestra opinión, la pregunta clave es si, una vez cometido un delito, es posible omitir la pena especial que tiene asignada por ley vigente y permitir así la imposición de otra más grave y genérica sin mediar voluntad del legislador.

La formulación de la pregunta en esos términos, así de abstractos, nos permitirá abordar el problema jurídico con mayor objetividad y demostrar que el abandono de principios largamente asentados con tal de proteger intereses precitados puede dar paso a mayores arbitrariedades que las que se intenta corregir.

4.1. La sentencia infringe los principios constitucionales de legalidad e irretroactividad de la pena

En nuestra opinión, el Tribunal Constitucional respondió a la pregunta anterior de modo positivo. Esto significa que el autor de un delito ya perpetrado podría recibir una pena incluso mayor a la asignada por ley vigente si el Tribunal Constitucional estima que dicha norma envuelve un privilegio injustificado en relación con sujetos regidos por una ley distinta. En consecuencia, la pena impuesta finalmente al delito no será aquella que fijó el legislador, según el viejo aforismo *nulla poena sine legge*, reconocido en la Constitución⁵ y en el Código Penal⁶, sino aquella que el juez penal decida que es más conforme con la Constitución. A su vez, la pena que el sujeto esperaba recibir por su delito no es aquella fijada por ley antes de perpetrarlo, como lo exige la Constitución⁷ y el Código Penal (art. 18), sino aquella que resulta de una elección judicial entre distintos estatutos punitivos después de cometido.

En este sentido, cabe considerar que el principio de legalidad de la pena no obedece a un mero tecnicismo jurídico o a una mera reserva de materias al legislador, como podría suceder con otras regulaciones. Puesto que la pena comunica el reproche ético de una sociedad –no de un tribunal– a la conducta cometida, su legalidad en un régimen democrático es garantía del carácter social de la represión causada. Por tanto, cualquier sustitución del legislador en el ejercicio de esta función redundaría en una pérdida del carácter social y democrático de la pena que se procura infligir.

Esta infracción de los principios constitucionales de legalidad e irretroactividad de la pena, con el fin de proteger derechos constitucionales especialmente valorados, es inconsistente con el modo que la propia Constitución prevé para solucionar estas tensiones, que no es otro que la dictación de una nueva ley penal. Los tribunales no pueden, “ni aún a pretexto de circunstancias ex-

⁵ Constitución Política de la República: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley...” (art. 19 N° 3 inciso 8°), “Ninguna ley podrá establecer penas...” (art. 19 N° 3 inciso final).

⁶ Código Penal, artículo 18: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”.

⁷ Constitución Política de la República: “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”.

traordinarias”, sustituir una pena asignada por ley especial simplemente por estimar que carece de fundamento o es desigual a la pena establecida por una ley general. Ni siquiera en el caso de que la ley reemplazada sea más severa, porque la aplicación de la ley más favorable sólo opera como criterio de solución para la sucesión inter-temporal de leyes penales y no para la elección judicial entre leyes penales contemporáneas.

Para efectos de ejemplificar esta crítica, la doctrina asumida por el Tribunal en este caso permitiría cambiar la pena asignada al delito de aborto después de cometido y sin mediar voluntad del legislador. El Código Penal asigna una pena menor a la mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause “si lo hiciere para ocultar su deshonra” (art. 344 inciso 2º). De acuerdo a la doctrina del TC, bastaría con estimar que semejante beneficio es un privilegio que discrimina arbitrariamente a las víctimas de aborto sin *honoris causa* para declarar inaplicable la ley por vulnerar la igualdad en la Constitución y permitir que la mujer sea castigada con una pena mayor (art. 344 inciso 1º), todo ello después de cometido el delito y sin intervención del legislador penal democrático.

Adicionalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha extendido los criterios de irretroactividad incluso a los cambios de jurisprudencia en la interpretación de la ley penal ocurridos con posterioridad a la comisión del delito. Esta situación se configura, específicamente, cuando el giro es de tal entidad que el autor habría sido incapaz de anticiparlo en un grado razonable al momento de perpetrar el ilícito. En particular, lo infringido es el art. 7 N°1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que dispone que “no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”.

Por ejemplo, en el caso *Río Prada con España*⁸ de 2013, sobre cambio perjudicial en el cómputo de las redenciones incluso después de aplicada la pena a una mujer por actos terroristas de ETA, el Tribunal precisó que era necesario determinar si la nueva interpretación “...era razonablemente previsible para la interesada; es decir si se podía relacionar con una tendencia perceptible en la evolución de la jurisprudencia” (c. 112º); o si “era razonablemente previsible por la demandante [autora del delito] respecto al ‘Derecho’ aplicable en el momento de que se trataba”, entendiendo este “Derecho” “en el sentido material que tiene este término en el Convenio y que incluye también el derecho no escrito o jurisprudencial” (c. 115º). Al respecto, el Tribunal concluyó que el giro jurisprudencial había cambiado el derecho según “había sido aplicado de manera constante por las autoridades penitenciarias o judiciales a lo largo de numerosos años” (c. 115º).

⁸ Río Prada con España (2013).

Por lo mismo, “*nada indicaba la existencia de una tendencia perceptible en la evolución de la jurisprudencia que fuera en el sentido de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006. La demandante no podía por tanto esperar el giro efectuado por el Tribunal Supremo*” (c. 117°). En consecuencia, “*este giro jurisprudencial ha tenido como efecto la modificación, de forma desfavorable para la demandante, del alcance de la pena impuesta... De donde se desprende que ha habido violación del artículo 7 del Convenio*” (c. 117°).

Refiriéndose a esta jurisprudencia, que consideró antijurídica nada menos que su propia decisión, la Audiencia Nacional de España declaró posteriormente que “... *marca el canon o estándar internacional en el reconocimiento y protección de los derechos humanos fundamentales en Europa, con proyección a otros continentes, y constituye además el fiel de la balanza que sirve de referencia para calibrar la calidad del ‘Estado de Derecho’ de sus países... Separarse de ella no sólo implica una infracción de obligaciones jurídicas internacionales, [sino] también distanciarse de Europa y del sentido de su civilización*”⁹.

Esta tendencia, si bien resulta novedosa en el plano jurisprudencial europeo, ya había sido anunciada por Roxin dos décadas atrás, aunque de modo crítico, cuando se refirió a “una opinión minoritaria, pero creciente, pretende subsumir en el art. 103 II GG el supuesto de modificación de una jurisprudencia constante y que parecía garantizada; pues sostiene que el ciudadano confía en una jurisprudencia firme lo mismo que en la ley y no se puede defraudar esa confianza” (ROXIN, 1997, p. 166).

Ahora bien, sin perjuicio de sus bondades, la aplicación de esta doctrina en la justicia constitucional chilena enfrentaría el reparo razonable de que, si todo cambio de criterio desfavorable infringe la garantía de la irretroactividad penal, entonces la jurisprudencia favorable quedaría petrificada y el Tribunal atado de manos para nuevas interpretaciones. El efecto colateral de este congelamiento sería la imposibilidad futura de declarar la inaplicabilidad de un precepto y, de paso, su inconstitucionalidad en abstracto, que esta sólo opera respecto de preceptos declarados inaplicables previamente (art. 93 N° 7).

Al respecto, en ausencia de mecanismos de invalidación prospectiva (*prospective overruling*) que permitan sortear esta dificultad, compartimos con el fallo de *Río Prada con España* que la doctrina propiciada no consiste en una prohibición sino que en un *condicionamiento* de la interpretación judicial desfavorable a criterios de coherencia, accesibilidad y previsibilidad: “[e]l artículo 7 no podría interpretarse como una prohibición de la aclaración gradual de las normas de la

⁹ AAN 62/2013 (2013).

responsabilidad penal por la interpretación judicial de un caso a otro, a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia del delito y razonablemente previsible... La ausencia de una interpretación jurisprudencial accesible y razonablemente previsible puede incluso conducir a una constatación de violación del artículo 7 respecto de un acusado... Si fuese de otra forma, no se atendería al objeto y el objetivo de esta disposición – que pretende que nadie sea sometido a actuaciones judiciales, condenas o sanciones arbitrarias-” (c. 93º).

En tal sentido, Rodríguez explica que la idea de coherencia interpretativa con el fundamento de la norma interpretada no es nueva, porque “coherencia con la esencia” y “respeto al tenor literal” de la ley penal “pueden fungir como una misma garantía” (RODRÍGUEZ, 2013, p. 286). El requisito de previsibilidad de los giros jurisprudenciales, en cambio, sería novedoso para los países de tradición continental, pero no para los del *Common Law*, en atención al respeto por los precedentes exigido por la misma Corte de Estrasburgo en *S.W. y C.R. c. Reino Unido*¹⁰. Con todo, sigue este autor, “a la jurisprudencia no se le pide que no cambie de manera perjudicial para el reo, sino que no lo haga de manera repentina (de manera que elimine cualquier tipo de posibilidad de representación en el sujeto de las consecuencias que puede tener su conducta). Esto supone un límite aceptable y todavía deferente con el Poder Judicial y su función. Lo que hace es simplemente evitar desmanes como el que se materializó en la STS 197/2006 sin anquilosar la aplicación del Derecho, encontrando un punto de equilibrio entre la operatividad y las mínimas garantías” (RODRÍGUEZ, 2013, p. 287). En nuestra opinión, sería un caso de respeto al principio de confianza legítima en el ámbito jurisprudencial.

Un buen ejemplo de este planteamiento es, precisamente, el caso *S.W. y C.R. c. Reino Unido* citado. Un sujeto que había sido condenado por la violación de su cónyuge en septiembre de 1990 reclamó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por habersele aplicado una interpretación retroactiva de ley penal, en atención a que el delito fue cometido cuando los precedentes jurisprudenciales indicaban que el esposo estaba excluido como autor de violación en contra de su cónyuge. El Tribunal reconoció que el artículo 7 de la Convención prohibía los cambios interpretativos de las normas penales, *inter alia*, cuando son razonablemente imprevisibles para el autor a la hora de perpetrar el delito. Sin embargo, en este caso concreto, la modificación sí era previsible porque al menos existía un precedente de julio de ese mismo año en que la máxima instancia judicial del Reino había confirmado que la interpretación del tipo penal no la inhibía de “*remove*

¹⁰ *S.W. y C.R. c. Reino Unido* (1995).

*una ficción del derecho común que se había vuelto anacrónica y ofensiva” y que “un violador permanece un violador sujeto a la ley penal, con prescidencia de su relación con su víctima”*¹¹. Por tanto, concluyó el Tribunal, “no había duda de que bajo la ley como regía el 18 de septiembre de 1990 que un marido que tuvo una relación forzada con su mujer podía, en varias circunstancias, ser hallado culpable de violación”¹².

Este precedente es interesante para el caso objeto de este comentario, particularmente por corresponder al mismo delito y evolución interpretativa de mayor protección de las víctimas. El Tribunal Europeo, sin embargo, justificó la aplicación del cambio interpretativo sobre la base de su previsibilidad para el autor. Nada de eso se aprecia en el fallo del Tribunal Constitucional. Tampoco podría atribuirse dicha justificación a la existencia en Chile de proyectos de ley destinados a derogar los preceptos impugnados. Antes bien, el sólo conocimiento de esas iniciativas legislativas podría señalar para el autor la vigencia más que la obsolescencia de las normas impugnadas.

4.2. La sentencia impone al condenado la carga desigual de soportar los efectos de la dilación estatal en actualizar la legislación penal

Por otro lado, la declaración de inaplicabilidad del precepto penal por falta de fundamentos *ab initio* u obsolescencia envuelve una suerte de invalidación o revocación de un acto estatal por parte del mismo Estado (juez) que, de ser perjudicial para el autor de un delito ya perpetrado, significaría hacerlo cargar con los errores o tardanzas del Estado (legislador) en enmendar o derogar sus propias leyes con efecto *ex nunc*. Esta verdadera *reformatio in peius ex post facto* del estatuto penal del delincuente, por causas imputables al Estado, infringe criterios de justicia básicos de antigua data según atestigua su formulación latina. En particular, los aforismos de que “no se escuche a quien alega su propia torpeza” (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), y “soporta la ley que tu mismo hiciste” (*patere legem quam ipse fecisti*).

4.3. La sentencia se pronuncia sobre el contenido y no sobre los efectos de la norma, incurriendo así en una inadecuación del procedimiento de inaplicabilidad

En este punto podría alegarse, sin embargo, que la función invalidatoria o revocatoria de la ley por vía de derogación corresponde no sólo al legislador, sino también al Tribunal Constitucional cuando la ley es contraria a la Constitución.

¹¹ S.W. y C.R. c. Reino Unido (1995) considerando 42º.

¹² *Ibid.*

Compartimos esta aseveración, sólo que esa función correspondería a una potestad, quórum, procedimiento y efectos distintos a la declaración de inaplicabilidad. Semejante declaración tendría por objeto la “inconstitucionalidad” de la ley en abstracto, está regulada en el artículo 93 N° 7 de la Constitución, y su efecto jamás sería retroactivo, precisamente, para evitar cambios legales en perjuicio de las personas.

Una distinción fundamental entre el proceso de inaplicabilidad concreta y el de inconstitucionalidad abstracta de las normas estriba en las cualidades de los preceptos impugnados. El primero supone el control de normas que gozan de validez general, carentes de vicios de constitucionalidad, razón por la cual sólo corresponde declarar su inaplicabilidad en casos singulares o excepcionales. Por eso que, de acuerdo a la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del TC, la sentencia “*deberá especificar de qué modo su aplicación en la gestión pendiente de que se trata resulta contraria a la Constitución*” (art. 89 Ley N° 17.997) y “*solo producirá efectos en el juicio en que se solicite*” (art. 92).

En cambio, los preceptos susceptibles de ser declarados inconstitucionales conforme al artículo 93 N° 7 de la Carta Fundamental son aquellos que se estima de invalidez general por un vicio de constitucionalidad intrínseco. La inconstitucionalidad aquí no deriva de la “*aplicación*” concreta del precepto, sino que de su contenido, razón por la cual la sentencia del TC que así lo declare produce un efecto derogatorio general y a futuro¹³.

De acuerdo con esta distinción, el Estado no podría valerse de un procedimiento de inaplicabilidad para remediar los vicios de inconstitucionalidad legal y atrasos del legislador en perjuicio de quien haya perpetrado un delito. En esto consiste, precisamente, el principio constitucional de irretroactividad de la ley penal, que también corresponde proteger. Ningún delincuente puede ser utilizado como medio para adoptar un agravamiento de la pena legal asignada a un delito con fines de adaptación cultural. Los medios previstos expresamente por la Constitución para tales fines son *de lege ferenda* necesariamente: la reforma legal de la ley penal y la declaración de inconstitucionalidad de la ley conforme al artículo 93 N° 7. De hecho, compartimos los argumentos del Tribunal que permiten considerar los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 como inconstitucionales. Sin embargo, semejante declaración no corresponde a un proceso de inaplicabilidad.

¹³ Sobre la base de esta distinción, en nuestra opinión, la restricción de que el proceso de inconstitucionalidad sólo procede respecto de preceptos declarados inaplicables (art. 93 N° 7) corresponde únicamente a una condición de seriedad de la acción, mas no a un presupuesto esencial de la misma. Las hipótesis normativas son diferentes.

Prueba de lo anterior es que, como indica el fallo, actualmente existen al menos tres proyectos de ley destinados a modificar la rebaja de pena establecida por la Ley N° 16.441¹⁴. Sin embargo, llama la atención que el mismo celo no haya inspirado al Tribunal Constitucional o a los partidarios del fallo de inaplicabilidad para incoar la tramitación de una declaración de inconstitucionalidad de los preceptos impugnados para asegurar la protección general inmediata de los derechos de las mujeres.

Con todo, aunque el procedimiento de inaplicabilidad permitiera al juez penal sustituir *ex post* una pena, no es tan claro que pueda aplicar aquella que se estima válida si es más grave; no si consideramos una aplicación analógica del principio de ultraactividad o preteractividad de la ley penal derogada formalmente. Como explican Matus y Ramírez, “la determinación acerca de si un hecho sancionado en una ley anterior formalmente derogada por una posterior puede seguir sancionándose después de dicha derogación formal depende principalmente de si la ley posterior derogatoria comprende entre sus disposiciones sanciones penales para hechos similares. Si es así, habrá que estarse a la ley más favorable para determinar la sanción aplicable” (MATUS y RAMÍREZ, 2015, p. 217).

4.4. La sentencia discrimina arbitrariamente en el tratamiento de los instrumentos internacionales que tienen incidencia en el litigio

Pasando a otra línea argumental, llama la atención que la sentencia haya dado un tratamiento totalmente opuesto a tratados internacionales de rango jurídico similar para favorecer la prevalencia de uno por sobre otro. En efecto, el fallo rechazó la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT por no ser “*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*” (c. 43°). Sin embargo, no manifestó el mismo reparo en relación con los tratados internacionales de protección de los derechos de la mujer que contienen la misma exigencia de mediación legislativa. Los mecanismos específicos de protección de los derechos exigidos por estos instrumentos son igualmente respetuosos de la potestad privativa del legislador doméstico en materia penal, pues los Estados quedan comprometidos, en el caso del CEDAW, a “*(g) derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer*” (artículo 2°, literal g); y, en el caso de la Convención de Belém do Pará, a “*a adoptar la normativa necesaria para investigar y sancionar la violencia contra la mujer*” (art. 7 c).

¹⁴ Boletín N° 10.787-06, Boletín N° 10.788-06, y Boletín N° 11.407-07.

El Tribunal Constitucional soslayó este mecanismo legislativo y atribuyó a tales instrumentos internacionales un efecto de supremacía inmediata sobre el legislador nacional, al punto de habilitar al tribunal del crimen para reemplazar penas de modo retroactivo, *in malam partem*, y sin esperar siquiera la finalización del procedimiento de consulta para modificaciones o derogaciones legislativas que afectan a los pueblos indígenas previsto en el propio Convenio (art. 6). De esta forma, en la práctica, reconoció a los tratados internacionales de protección de la mujer una cualidad de “autoejecutables” que había negado expresamente a los instrumentos de protección indígena, incurriendo así en una discriminación arbitraria entre tratados.

En relación con la Ley N° 16.441, esta aplicación directa de los tratados CEDAW y Belém do Pará infringió también el principio de irretroactividad de los tratados reconocido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “[l]as disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte...” (art. 28)¹⁵.

Una asimetría similar se observa en la incidencia atribuida a los tratados con respecto a la legislación doméstica. Por un lado, se sostiene que los mandatos del artículo 10 del Convenio de la OIT no resultan ajustables al artículo 14 de la Ley N° 16.441, *inter alia*, 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” (c. 59°). De los dos mandatos que contiene ese precepto del Convenio, el primero no es atingente al caso porque se refiere a sanciones penales “previstas por la legislación general”, en circunstancias que estamos frente a una ley especial. Luego, la calificación de “grueso y sin matices” sólo podría referirse al inciso 2°, que dispone únicamente que “deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”. En cambio, el Tribunal omitió estos calificativos respecto de los mandatos de los tratados internacionales de protección de la mujer, en circunstancias que su nivel de vaguedad era similar, al punto que su aplicación al caso concreto fue descoordinada con respecto a las garantías del mismo artículo 19 N° 3 de la Constitución relativas a la legalidad e irretroactividad de la pena.

Por último, si de respeto a tratados internacionales se trata, se echa en falta una mayor consideración de los tratados internacionales que protegen la legalidad e irretroactividad de la pena. La Convención Americana de Derechos Humanos establece que “[t]ampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito” (art. 9). En igual sentido, la Declaración

¹⁵ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

Universal de Derechos del Hombre estipula que “[t]ampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito” (art. 11 N°2). La atención que el Tribunal Constitucional prestó a los tratados internacionales en el fallo debió haber incluido también estas normas fundamentales.

4.5. La sentencia funda la inaplicabilidad de la norma legal en razón de antecedentes consuetudinarios que corresponde ponderar al legislador

La inaplicabilidad estuvo fundada también en la inexistencia de una costumbre indígena que justificara una pena especial según lo exigen los tratados internacionales respectivos. Pensamos que este argumento es una muestra más de la elusión del principio constitucional de legalidad de la pena por parte del Tribunal, dado que, según la sentencia, la falta de sustento consuetudinario sería causal suficiente para omitir la pena asignada por ley sin necesidad de cambio legislativo. Suscribimos aquí lo sostenido por Matus y Ramírez, en el sentido de que “*puesto que el respeto del principio de legalidad es, precisamente, uno de aquellos derechos constitucional e internacionalmente reconocidos, la supremacía de la Constitución en esta materia impone concluir que la costumbre de los pueblos originarios no es fuente de creación de delitos y penas...*” (MATUS y RAMÍREZ, 2015, p. 184); a lo que podríamos añadir, ni tampoco de supresión directa de los mismos. Por eso que ellos concluyen, a propósito del principio de legalidad de la pena, que “[e]special importancia como expresión anticipada de este reconocimiento y principios tiene entre nosotros la Ley N° 16.411 [sic], de 01.03.1966, que creó el Departamento de Isla de Pascua, donde habita la etnia Rapa-Nui...” (MATUS y RAMÍREZ, 2015, p. 184).

Además, las citas que hace el fallo de la Ley N°19.253 trasuntan una cierta confusión entre la costumbre en sede judicial y legislativa. Se declara que el artículo 13 de la Ley N°16.441 sería inaplicable por contener una pena basada en una costumbre contraria a la Constitución y, por tanto, incompatible con la ley indígena, que concede valor a la costumbre hecha valer en juicio “*siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República*” (art. 54). Sin embargo, este precepto sólo se refiere a la costumbre que “*pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad*” en el juicio. Por tanto, no guarda relación alguna con aquella que pudo servir de antecedente en el procedimiento *legislativo* de fijación de una pena que, por lo demás, es reglada para el juez. Sostener lo contrario significaría que el Tribunal Constitucional podría declarar inaplicable una ley penal de modo retroactivo cada vez que discrepe de sus fundamentos, sociología, fines dogmáticos o antecedentes legislativos, en abierta contravención al objeto del proceso de inaplicabilidad y a la reserva legal en materia penal.

Ya lo decía San Agustín en el siglo IV, “[l]o mismo en estas leyes temporales; aunque las discuten al establecerlas como normas, pero, una vez promulgadas y confirmadas, no es lícito al juez someterlas a nuevo examen, sino obrar conforme a ellas” (DE HIPONA, San Agustín, 1948, p. 141). A mayor abundamiento, esta inaplicabilidad basada únicamente en la ausencia de fundamentos de una ley vigente produce una discriminación arbitraria con respecto al resto de los sujetos que se vieron beneficiados por la misma ley después de cometer el delito¹⁶. Siendo la ley uno de los principales instrumentos de igualdad en una sociedad democrática, como lo enseña *inter alia* la Revolución Francesa¹⁷, su inaplicabilidad concreta por razones de contenido y no de efectos es fuente de mayores desigualdades que las que se trata de evitar. Esta es también la razón por la que Santo Tomás de Aquino, siguiendo a Aristóteles, prefiere que las penas sean establecidas por el legislador y no por los jueces¹⁸.

La idea anterior nos permite sostener también que no se observa contradicción alguna entre los preceptos de la Ley N°16.441 y la Ley N°19.253, que confirma su vigencia. El artículo 13 transitorio de esta última dispone que “[l]a ley N°16.441 y otras normas legales aplicables a Isla de Pascua mantendrán su vigencia en cuanto no sean contrarias a la presente ley”. Dado que, como vimos, los preceptos impugnados no guardan relación con el artículo 54 de esta ley sobre atenuantes y eximentes de responsabilidad, debemos concluir que no existe contrariedad entre ambas leyes; máxime cuando lo relevante aquí es que la pena especial ha sido fijada por el legislador nacional y no por la costumbre indígena.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene detenerse un momento también en el argumento de que la rebaja de pena prevista en el artículo 13 de la Ley N° 16.441 “[t]ampoco tiene racionalidad penal porque no está dispuesta al servicio de ningún procedimiento procesal penal”, más que nada porque la dogmática y la práctica penal indican que las funciones penales de reproche y ejecución de la pena pueden considerar argumentos de necesidad de la pena distintos a la culpabilidad y a la gravedad del injusto. Entre estos están la necesidad de la pena y la posibilidad de ejecutarla, sobre todo en situaciones donde no hay

¹⁶ Juan Alberto Nahoe Hereveri con Eduardo Noguera Olgúin (2003).

¹⁷ López (2011) pp. 121-134.

¹⁸ DE AQUINO, Santo Tomás (2013) pp. 165 y 166: “En primer lugar, porque es más fácil encontrar unos pocos sabios que basten para instituir leyes justas que los muchos que se requerirían para juzgar rectamente en cada caso particular. En segundo lugar, porque los legisladores consideran durante mucho tiempo lo que ha de imponer la ley, mientras que los juicios de los hechos particulares se formulan en casos que ocurren súbitamente; y el hombre puede ver más fácilmente lo que es rector después de considerar muchos casos que sólo tras el estudio de uno. Y, por último, porque los legisladores juzgan de asuntos presentes, asuntos en los que están afectados por el amor, el odio o cualquier otra pasión, y así se falsean los juicios”.

cárcel o la que existe está sobrepoblada. Por ejemplo, en Chile un condenado a cadena perpetua simple podría cumplir la pena en libertad habiendo cumplido un mínimo de ella y ello no ha sido objeto de reclamo de inconstitucionalidad. Además, si toda rebaja de pena no asociada a una función penal fuera inconstitucional, entonces el legislador quedaría privado de introducir causales legales absolutorias, como aquellas del artículo 489 del Código Penal, que no guardan relación alguna con el injusto ni con la culpabilidad.

En otras palabras, dado que el derecho penal se construye sobre la idea de castigar al autor de un delito, cualquier consideración del régimen de penas en relación con la igualdad de las víctimas, por noble que sea, debe ser analizada con especial cuidado porque determina el fin de las alternativas o diferencias de penalización en razón de consideraciones de política criminal legislativa. Todas pasarían a ser discriminatorias e inconstitucionales. De esta forma, el argumento de igualdad de las víctimas conduce a una uniformización de las penas sin posibilidades de considerar elementos como el merecimiento del castigo más allá de la declaración de culpabilidad, el indulto y las posibilidades de ejecución del mismo.

Por lo mismo, nuestra opinión respecto de la inconstitucionalidad de las normas impugnadas no está basada en la igualdad de las víctimas, que es innegable, sino en el hecho de que las condiciones actuales de desarrollo en la isla hacen innecesario un tratamiento diferenciado del estatuto punitivo de sus delitos en relación con aquél que rige en el continente.

5. EPÍLOGO:

Una reflexión final nos lleva al punto de partida de este comentario. La necesidad de adaptar la legislación penal hacia las tendencias culturales o de mayor ponderación de bienes jurídicos es obra del legislador y no puede operar jamás con efecto retroactivo.

El sentido de estas condiciones es precisamente evitar que el entusiasmo por fines nobles lleve a afectar otros bienes sin quererlo. Roxin lo explica con palabras que, si bien están referidas al legislador, podrían aplicarse también a la judicatura: “[l]a prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad político jurídica por el hecho de que todo legislador puede caer 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. Pues bien, impedir que se produzcan tales leyes *ad hoc*, hechas a la medida del caso concreto y que en su mayoría son

también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho”.

6. CONCLUSIONES

Sobre la base de las consideraciones anteriores, podemos poner término a este comentario de jurisprudencia con las siguientes conclusiones relevantes:

Nos parece que la pregunta jurídica más relevante de este caso es si, una vez cometido un delito, es posible omitir la pena especial que tiene asignada por ley vigente e imponer otra más grave y genérica sin mediar voluntad del legislador. El Tribunal Constitucional respondió a la pregunta relevante de modo positivo. Esto significa que el autor de un delito ya perpetrado podría recibir una pena incluso mayor a la asignada por ley vigente si el Tribunal Constitucional estima que dicha norma envuelve un privilegio injustificado que amerita su inaplicabilidad.

Este comentario sostiene que esa decisión, no obstante plausible en sus fines, es inconstitucional por infringir los principios constitucionales de legalidad e irretroactividad de la pena. Al fallarse de este modo, la pena impuesta finalmente al delito no será aquella que fijó el legislador, según el viejo aforismo *nulla poena sine legge*, reconocido en la Constitución¹⁹ y en el Código Penal²⁰, sino aquella que el juez penal decida que es más conforme con la Constitución. A su vez, la pena que el sujeto esperaba recibir por su delito no es aquella fijada por ley antes de perpetrarlo, como lo exige la Constitución²¹ y el Código Penal (art. 18), sino aquella que resulta de una elección judicial entre distintos estatutos punitivos después de cometido.

Esta infracción de los principios constitucionales de legalidad e irretroactividad de la pena, con el fin de proteger derechos constitucionales especialmente valorados, es inconsistente con el modo que la propia Constitución prevé para solucionar estas tensiones, que no es otro que la dictación de una nueva ley penal, el procedimiento de inconstitucionalidad de las leyes o la adopción de cambios interpretativos previsibles por el autor del delito al momento de cometerlo.

¹⁹ Constitución Política de la República: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley...” (art. 19 N° 3 inciso 8°), “Ninguna ley podrá establecer penas...” (art. 19 N° 3 inciso final).

²⁰ Código Penal, artículo 18: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”.

²¹ Constitución Política de la República: “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”.

A mayor abundamiento, el fallo comentado no es destacable porque, en nuestra opinión, impone al condenado la carga desigual de soportar los efectos de la dilación estatal en actualizar la legislación penal; se pronuncia sobre el contenido y no sobre los efectos de la norma, incurriendo así en una inadecuación del procedimiento de inaplicabilidad; discrimina arbitrariamente en el tratamiento de los instrumentos internacionales que tienen incidencia en el litigio; y funda la inaplicabilidad de la norma legal en razón de antecedentes consuetudinarios que corresponde ponderar al legislador.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AUDIENCIA NACIONAL DE ESPAÑA, AAN 62/2013, 25 de octubre, FJ 5.

Código Penal de 12 de noviembre de 1874.

CONVENCIÓN DE VIENA sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, promulgada en Chile por Decreto N° 381, Ministerio de Relaciones Internacionales, de 22 de junio de 1981.

DE AQUINO, Santo Tomás (2013): Suma Teológica, tomo VI (Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1ª ed.).

DE HIPONA, San Agustín (1948): Obras de San Agustín, tomo IV (Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1ª ed.).

DECRETO SUPREMO N° 100, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 22 de septiembre de 2005, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.

NAHOE, Juan Alberto y NOGUERA Eduardo (2003): Corte Suprema, 3 de mayo de 2005 (querrela criminal).

Ley N° 16.441 del 1 de marzo de 1966, Crea el Departamento de Isla de Pascua.

LÓPEZ OLIVA, José (2011): “La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la Revolución Francesa de 1789”, Prolegómenos. Derechos y valores, vol. XIV, N° 28, julio-diciembre, 2011, Bogotá-Colombia, pp. 121-134.

MATUS A., Jean Pierre, y Ramírez G., María Cecilia (2015), Lecciones de Derecho Penal Chileno (Santiago, Thomson Reuters, 3ª ed.).

RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel (2013): “Nulla poena sine lege y retroactividad de cambios jurisprudenciales: modificaciones tras la SETDHa. Del Río Prada c. España (21/10/2013)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVI, pp. 251-292.

ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, traducción de la 2ª edición alemana (Madrid, Civitas, 1ª ed.).

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Caso Río Prada con España, Demanda N° 42.750/09, Sentencia de 21 de octubre de 2013. Traducción del Departamento Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía del Estado, Ministerio de Justicia de España. Disponible en www.mjusticia.gob.es

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, S.W. y C.R. c. Reino Unido, sentencia de 22 de noviembre de 1995, Serie A n° 335-B y 335-C.