



OFICIO N° 466/2020-cjd

Mat: Remite Requerimiento

Rapa Nui-Isla de Pascua, 04 de junio de 2020

PARA: SRA. MINISTRA MARÍA LUISA BRAHM BARRIL
PRESIDENTA
EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SANTIAGO

DE: SR. ALEX MAURICIO GUZMÁN MANRÍQUEZ
JUEZ TITULAR
JUZGADO MIXTO DE RAPA NUI-ISLA DE PASCUA

En autos de la competencia de Garantía de este Juzgado Mixto de Rapa Nui-Isla de Pascua, RUC 19-0-1075741-2, RIT 426- 2019, caratulados **“MINISTERIO PÚBLICO con DALTON DANIEL PAOA ARAKI”**, por el delito de violación propia, se ha ordenado oficiar a vuestro Excelentísimo Tribunal Constitucional, a fin de remitir el requerimiento de inaplicabilidad acompañado al presente oficio, se adjunta copia autorizada de los antecedentes de esta causa y copia del registro de audio de las audiencias celebradas en la misma, a fin que se pronuncie sobre la inaplicabilidad de los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441 que crea el Departamento de Isla de Pascua.

Dios guarde a S.S. Excma.

ALEX MAURICIO GUZMÁN MANRÍQUEZ
JUEZ TITULAR
JUZGADO MIXTO DE RAPA NUI-ISLA DE PASCUA



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.

A contar del 05 de abril de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>

Rapa Nui-Isla de Pascua, junio tres de dos mil veinte.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I.- **De la motivación del presente requerimiento oficioso:**

Primero: Que en estos antecedentes RIT O-426-2019, RUC 1901075741-0, seguidos ante este Juzgado Mixto de Rapa Nui-Isla de Pascua, en su competencia de Garantía, se llevó a efecto la audiencia de preparación de juicio oral, en la que se debatió sobre la constitucionalidad del artículo 13 y 14 de la Ley 16.441 –Ley Pascua-, escuchados los intervinientes y sin perjuicio de lo resuelto en la audiencia, se determinó dictar el presente auto motivado a fin de requerir al Excmo. Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la inaplicabilidad de las normas referidas por una eventual inconstitucionalidad de las mismas, atendidos los fundamentos que se esbozarán en su oportunidad.

II.- **De la causa en que incide el requerimiento de inaplicabilidad:**

Segundo: Que, en la presente causa, seguida en contra de Dalton Daniel Paoa Araki, cédula nacional de identidad número 19.129.595-1, el imputado ha sido formalizado por el presunto delito de violación propia, previsto y sancionado en el artículo 361 del Código Penal. Cerrada la investigación respectiva, el Ministerio Público, representado por el Fiscal Jefe de Rapa Nui-Isla de Pascua, dedujo acusación en contra del encartado sobre los siguientes antecedentes:

“1.- Los Hechos:

El día 06 de octubre del año 2019, en horas de la madrugada, alrededor de las 04:00 hrs. AM, en circunstancia de que la víctima, mayor de edad, se encontraba compartiendo en la discoteque de nombre de fantasía Pikano, ubicada en calle Hotu Matua s/n, Isla de Pascua, al salir de ésta, fue abordada por el acusado DALTON DANIEL PAOA ARAKI 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

Alex Mauricio Guzman Manriquez
Juez de garantía
Fecha: 03/06/2020 22:07:48



XXQBPVYQYX

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, concordante con el relato de la víctima, según informó el médico perito legista del Servicio Médico Legal.

2.- Calificación Jurídica, grado de desarrollo y participación criminal:

Los hechos así relatados son constitutivos del siguiente delito: VIOLACIÓN PROPIA, previsto y sancionado en el artículo 361 N° 1 del Código Penal, cometido en grado de ejecución consumado, y en el que le cupo participación culpable al acusado en calidad de autor ejecutor, según lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del mismo código.

3.- Circunstancias Modificadorias de la Responsabilidad Penal:

A juicio del Ministerio Público, concurren respecto del acusado las siguientes circunstancias modificadorias de responsabilidad penal:

Circunstancias atenuantes: favorece al acusado la circunstancia prevista en el artículo 11 N° 8 del Código Penal, esto es, si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito.

Circunstancias agravantes: perjudican al acusado, la circunstancia agravante prevista en el artículo 12 N° 1 del Código Penal, en relación con el artículo 368 bis N° 1 del mismo cuerpo legal, esto es, alevosía; la prevista en el artículo 12 N° 12 del Código Penal, esto es, ejecutar el delito de noche o en despoblado; y la prevista en el artículo 12 N° 18 del Código Penal, esto es, ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por su sexo mereciere el ofendido, cuando no haya provocado el suceso.

4.- Pena Requerida:

Alex Mauricio Guzman Manriquez
Juez de garantía
Fecha: 03/06/2020 22:07:48



XXQBPVYQYX

Atendiendo a la pena asignada al delito y su naturaleza jurídica, el grado de ejecución, extensión del mal causado, circunstancias concurrentes y a lo establecido en los artículos 68 y 361 del Código Penal, el Ministerio Público solicita se condene al acusado DALTON DANIEL PAOA ARAKI a las siguientes penas: quince (15) años de presidio mayor en su grado medio, más las penas accesorias pertinentes establecidas en los artículos 370 bis y siguientes del Código Penal; más las penas accesorias previstas en los artículos 27 y siguientes del Código Penal que en derecho correspondan, particularmente las de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dura la condena, se proceda de igual forma, al registro de su huella genética para registro de ADN CODIS, el comiso de las especies incautadas y, finalmente, se le condene en costas”.(sic)

Tercero: Que, en la audiencia de preparación de juicio oral, la defensa expuso su teoría del caso, haciendo presente que la misma se sustentará sobre la aplicabilidad del artículo 13 y que en forma posterior en una eventual audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal solicitaría la aplicación del artículo 14, ambos de la Ley 16.441 que creó el departamento de Isla de Pascua, por ser su defendido miembro de la etnia Rapa Nui y haberse cometido el ilícito en territorio de la Isla de mismo nombre.

Hecho aquello y tras el debate sobre ofrecimiento de prueba de la defensa, el Ministerio Público solicitó la exclusión de prueba consistente en certificado de 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, Cedaw y artículo 5° inciso segundo de la Constitución.

El tribunal, sin pronunciarse sobre el fondo de constitucionalidad por entender que excede de sus competencias y al corresponderles a los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso el pronunciamiento respectivo, rechazó la solicitud Fiscal, sin embargo,

Alex Mauricio Guzman Manriquez
Juez de garantía
Fecha: 03/06/2020 22:07:48



ordenó se dictara el presente auto motivado y se realizara el requerimiento al Excmo. Tribunal Constitucional, de conformidad a lo que dispone el artículo 93 inciso undécimo en relación al numeral 6° del mismo articulado.

Se tiene presente, además, que el imputado se encuentra sujeto a la medida cautelar de prisión preventiva y que el auto de apertura de juicio oral no se encuentra firme y ejecutoriado al dictarse esta resolución.

III.- De los preceptos legales cuya inaplicabilidad por inconstitucionalidad, o por el contrario, cuya constitucionalidad, se pide declarar, para el caso concreto.

Cuarto: que, para el caso que el imputado sea condenado, la Ley 16.441, o Ley Pascua, establece en su artículo 13: ***“En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal, cometido por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables”.***

En tanto que a su turno, el artículo 14 del cuerpo normativo reseñado sostiene: ***“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.”***

Ambos preceptos forman parte de un cuerpo legal que se encuentra materialmente vigente, no obstante que muchas de sus normas han sido derogadas tácitamente al establecerse procedimientos e instituciones diferentes a las allí instauradas, o simplemente han caído en desuso; sin embargo, no existe un pronunciamiento ni ley alguna que modifique los artículos señalados, pese a que los mismos

Alex Mauricio Guzman Manriquez
Juez de garantía
Fecha: 03/06/2020 22:07:48



XXQBPVYQYX

parecen ser abiertamente contrarios a varios principios y normas de rango constitucional que se han dictado o incorporado en forma posterior a la dictación de la Ley, sea por el Constituyente original, por el constituyente derivado o por la incorporación de tratados internacionales al ordenamiento interno, los que, tratándose de Derechos Humanos, se entienden incorporados a nuestra Carta Fundamental.

Así las cosas y formando los artículos impugnados parte de una Ley, resultan ser preceptos legales, para los efectos del requisito previsto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República y en el artículo 84 N° 4 de la Ley N° 17.997, Ley Orgánica constitucional del Tribunal Constitucional.

IV.- **Carácter decisivo de las normas legales cuestionadas**

Quinto: Que, a objeto de fundar adecuadamente el presente requerimiento, resulta necesario revisar si es que las normas respectivas incidirán en la sentencia a la que necesariamente habrá de arribarse en la presente causa. En efecto, y tal como se ha particularizado previamente, el estado procesal de estos antecedentes corresponde a la dictación del auto de apertura y su posterior remisión al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso para la concreción del correspondiente Juicio Oral, el que decantará en una sentencia absolutoria o condenatoria según sea el caso.

Para el segundo de los eventos –sentencia condenatoria-, y en caso que no se recalificara a un ilícito diverso, estaríamos, según la acusación, en presencia de un delito de violación propia del artículo 361 del Código Penal que establece: *“La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.*

Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes:

1° Cuando se usa de fuerza o intimidación.

2° Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia.

Alex Mauricio Guzman Manriquez
Juez de garantía
Fecha: 03/06/2020 22:07:48



XXQBPVYQYX

3° Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima”

En ese orden de ideas, para la determinación de la pena respectiva debiese establecerse como pena *in abstracto* aquella determinada en el estatuto punitivo para el ilícito respectivo, es decir presidio mayor en su grado mínimo a medio (5 años y 1 día a 15 años de privación de libertad), sin embargo, si se hace aplicación del artículo 13 de la Ley Pascua, y atendido que la acusación señala que el ilícito fue cometido en Rapa Nui-Isla de Pascua, de modo que si luego de ello se determina que el imputado es, además, natural de la isla, deberá tenerse como pena *in abstracto* base la de presidio menor en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años de privación de libertad, lo que lógicamente incidiría en el *quantum* definitivo que se impondrá tras el análisis del resto de modificatorias de responsabilidad penal que correspondiese aplicar.

Sexto: Luego de ello, y efectuada la determinación de la pena por parte del Tribunal del fondo, corresponderá que este se pronuncie sobre la forma de cumplimiento. Así las cosas, para el caso hipotético que se aplicase la pena sin modificatorias que ponderar, procedería necesariamente la privación efectiva de libertad por no poder hacer aplicación de la Ley 18.216 al no cumplirse con los requisitos fácticos para otorgar pena sustitutiva el acusado, no obstante ello, si se hace aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 16.441, permitiría que el acusado pudiese cumplir su pena con hasta dos tercios de la misma en el medio libre, cuestión que sólo está permitida para quienes sean naturales de la isla y, además, hayan cometido el delito en territorio insular rapanui o pascuense.

De este modo, eventualmente podría estar haciéndose aplicación de normas de carácter inconstitucional, razón por la cual se ha decidido la dictación de la presente resolución a fin que sea sometida la decisión de su adecuación a la Carta fundamental, al Excmo. Tribunal Constitucional.

Alex Mauricio Guzman Manriquez
Juez de garantía
Fecha: 03/06/2020 22:07:48



XXQBPVYQYX

V.- **Existencia de una gestión pendiente ante un Tribunal Ordinario o Especial.**

Séptimo: Como se ha señalado anteriormente, el imputado de los presentes antecedentes, se encuentra formalizado y posteriormente acusado por el presunto delito de violación propia, manteniéndose actualmente privado de libertad en Centro Penitenciario de Rapa Nui-Isla de Pascua. En este procedimiento se encuentra pendiente la ejecutoriedad del auto de apertura y su posterior remisión al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso para la realización del Juicio Oral y contradictorio, de modo que los preceptos eventualmente inconstitucionales podrían ser aplicados por el Tribunal ya señalado en la sentencia definitiva que resuelva la acusación, en caso de arribar a un veredicto condenatorio.

VI.- **Inexistencia de pronunciamientos previos:**

Octavo: Que los preceptos legales cuya constitucionalidad se encuentra en entredicho, no ha sido declarado conforme a la Constitución por el Excmo. Tribunal Constitucional, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, toda vez que la ley sublite es previa a la instauración del ordenamiento Constitucional vigente, en tanto que no se tiene conocimiento, por este sentenciador, de algún pronunciamiento al respecto por parte del Excmo. Tribunal al que se ordenarán remitir los antecedentes respectivos.

VII.- **Fundamento plausible del presente requerimiento**

a.- **Antecedentes previos**

Noveno: que, previo al conocimiento pormenorizado de las normas eventualmente inconstitucionales cabe hacer presente que la Ley 16.441 que crea el departamento de Isla de Pascua fue promulgada el 22 de febrero de 1966, y publicada el 01 de marzo del mismo año. Cabe reseñar que hasta ese entonces no existía un reconocimiento legal ni material de la calidad de ciudadanos chilenos respecto de los miembros de la etnia rapanui que habitaban la isla, lo que provocó un levantamiento de sus componentes, llamado la revolución pacífica. Esta revolución, fue liderada por el profesor Alfonso Rapu. Este, era

Alex Mauricio Guzman Manriquez
Juez de garantía
Fecha: 03/06/2020 22:07:48



XXQBPVYQYX

conocedor de la situación continental y de los derechos que eran reconocidos, garantizados y ejercidos por el chileno de la época, por lo que exigió al estado chileno la igualdad respectiva, reconociéndoseles consecuentemente la misma y estableciendo mediante dicha ley una nueva institucionalidad y orden en la isla, que hasta entonces se encontraba en poder de la armada de Chile, la que por años infligió abusos sistémicos a los componentes de la etnia (abusos que habían sido perpetrados en forma anterior por las empresas concesionarias – Brand, Williamson Balfour- así como por los Bornier en forma previa). Es en dicho escenario, contexto social, cultural y económico de un pueblo que hasta entonces no tenía ni siquiera inscritos sus nacimientos en el Registro Civil, con una escasa comunicación con Chile continental y exiguas vías de comunicación (prácticamente sólo la marítima), es que se suscribe la norma en comento.

Con el paso de los años y en forma posterior, diversos instrumentos internacionales han sido aprobados por Chile, dentro de los que se encuentra el Pacto de San José de Costa Rica, Convención de Belén do Pará, la Convención de la CEDAW, la Convención de Derechos de niños, niñas y adolescentes, por mencionar a algunos, todos estos instrumentos que ponen en el Estado obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, las que se incorporan al bloque de constitucionalidad de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución. En tal escenario, 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 tras la suscripción de los instrumentos internacionales señalados.

Décimo: De otra parte, no debe olvidarse la *ratio legis* tenida a la vista para establecer los artículos en comento, la cual obedecía principalmente a la deprivación cultural en la que se encontraba el pueblo Rapa Nui por la negligencia del Estado de Chile en el cumplimiento de sus obligaciones para con los ciudadanos de esta insula. De este modo, parte de sus normas sustantivas pueden

Alex Mauricio Guzman Manriquez
Juez de garantía
Fecha: 03/06/2020 22:07:48



XXQBPVYQYX

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 esta isla. Sin embargo, con el pasar de los años y tras la llegada de los servicios públicos, de la educación, del avance económico y cultural de la comunidad Rapa Nui, así como aquellos migrantes vecindados en ella, permiten sostener que la razón de la ley original ha decaído, lo que significa que estas acciones positivas debiesen ser abandonadas para dar protección a la comunidad en su conjunto, más aún cuando se ha alcanzado el objeto inicial que era equiparar la situación procesal de naturales de Rapa Nui con el resto de la población ubicada en Chile continental.

Esta situación se hace más lógica cuando, en forma posterior, el Estado de Chile suscribe los acuerdos internacionales que se han referido en el considerando antecedente y con ello reconoce a la mujer, niños, niñas y adolescentes un estatus diferente y se obliga a brindarles una protección particular frente a hechos que atenten contra aquellas y aquellos.

b) Normas Constitucionales y de Tratados Internacionales que eventualmente serán infringidas por la aplicación del caso concreto de los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441

Undécimo: A juicio de este sentenciador, eventualmente podrían encontrarse vulneradas las siguientes disposiciones:

b.1.- Normas constitucionales y de tratados internacionales ratificados por la República que consagran el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley de las Mujeres:

1.- Artículos 1º, 5, 6, 19 N°2, 19 N° 3, de la Constitución Política de la República.

2.-.Convención de Belém do Pará, Artículos 1, 2, 3, 4 b) c) e) f), 6, 7, 8, 9.

3.- CEDAW, artículos 1, 2, 3, 4, 5,

4.- Artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos.

5.- Artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos

Alex Mauricio Guzman Manriquez
Juez de garantía
Fecha: 03/06/2020 22:07:48



XXQBPVYQYX

Humanos.

B.2.- Normas constitucionales que consagran el principio de supremacía constitucional.

1.- artículos 5, 6 y 19 N° 26 de la Carta Fundamental.

c.- Desarrollo de las causales de impugnación:

c.1.- **Principio de no discriminación y la igualdad ante la ley de las Mujeres:**

Duodécimo: Que, el principio de igualdad y no discriminación ha sido reconocido como un valor que se debe alcanzar, respecto de todos los derechos y deberes que los sistemas normativos internacionales han instituido, así como la propia normativa interna de cada país. En tal sentido y habiendo Chile suscrito sendos instrumentos internacionales, nuestro país ha asumido compromisos concretos vinculados a garantizar los derechos de las mujeres, a través de la ratificación de tratados vinculantes en la materia como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Belém do Pará)¹.

Décimo tercero: En tal sentido, la CEDAW proscribiera la existencia de actos que atenten contra la mujer de forma discriminatoria o, en este caso, arbitraria, estableciendo 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 un natural de Rapa Nui.

Décimo cuarto: A su turno, ya en el preámbulo de la Convención de Belém do Pará se sostiene 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 mujeres, la cual es un reflejo de relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. Esta convención conceptualiza este tipo de violencia como “cualquier acción o conducta basada en su género, que

¹ Política de Igualdad de Género y No Discriminación, Poder Judicial de Chile, Pag. 14
Alex Mauricio Guzmán Manriquez
Juez de garantía
Fecha: 03/06/2020 22:07:48



XXQBPVYQYX

cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”².

Más adelante, el mismo cuerpo normativo expresa que los Estados deben actuar con la debida diligencia, para prevenir, investigar y sanción la discriminación y la violencia contra las mujeres, que ocurre tanto en espacios públicos como privados, dentro del hogar o de la comunidad, y que se perpetrada por individuos o agentes estatales³. Esta norma de carácter internacional, que debe incorporarse al bloque de derechos constitucionales, impone al estado la obligación de 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 mujeres⁴.

Décimo quinto: Dicho, ello, resulta necesaria analizar la pena, sin embargo, referente al tema que nos convoca, no sólo se debe hacer un análisis restrictivo fundado únicamente en los efectos que la misma tiene para el sujeto activo del ilícito, puesto que el resultado del proceso penal y la adjudicación punitiva, también empece a la víctima. Así el profesor Raúl Carnevalli sostiene que la pena reduce el daño para la víctima que ha sido humillada por el delito, pues vuelve a creer en el Derecho, creencia que en su momento fue destruida por el autor al cometer el delito⁵. Existe así, una lucha contra la impunidad, que pretende satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia y con ello obtener su justo derecho al castigo del autor. En efecto, el propio Código Procesal Penal, al establecer la existencia de los acuerdos reparatorios y en las preguntas que el juez realiza a la víctima para el arribo del mismo, debe hacerle presente la facultad que tienen para rechazar el acuerdo que se encuentra generalmente negociado entre Fiscal y Defensa, y recordarle el derecho que tiene a que el imputado

² Art. 1 Convención Belém do Pará.

³ Art. 7 letra b) Convención Belém do Pará.

⁴ Art. 7 letra e) Convención Belém do Pará.

⁵ <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v9n18/art14.pdf>, pag. 39.



sea debidamente juzgado y que en caso de ser culpable, pueda tener la sanción que el derecho ha establecido en forma previa para el caso concreto.

No se trata aquí que la víctima busque un castigo como mera venganza o simple retribución. 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, entonces, de lo mismo se puede colegir un derecho genérico de la víctima a un justo y racional resarcimiento, exento de arbitrariedades y ajustado a la Constitución y las leyes.

Este sentenciador conoce que el derecho de la víctima a la sanción penal es una cuestión bastante cuestionada por la doctrina nacional, sin embargo, el propio Excmo. Tribunal Constitucional ha señala que “los ordenamiento jurídicos conciben a la pena como retribución estrictamente ajustada a la gravedad del hecho cometido, puesto que el objetivo resocializador supone diferenciar la determinación y la forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad para cada sujeto en términos que puedan modificar, de manera notable, su carga de penuria...” continuando en forma posterior, el mismo fallo, señalando: “Existen límites constitucionales del Derecho Penal, tales como el principio de legalidad como límite formal del *ius puniendi*, y el principio de proporcionalidad como límite constitucional material y fundamental que condiciona la legitimidad de la intervención penal atendiendo su gravedad.”

Así las cosas, la pena debería entenderse también como una garantía de protección para la víctima, de suerte que podríamos decir que una misma víctima tiene mayores garantías de protección penal estatal en el Chile continental que en el Chile insular, toda vez que si el mismo imputado del caso que nos ocupa hubiese cometido el ilícito en territorio continental y no en Rapa Nui-Isla de Pascua, el remedio punitivo sería aquel establecido en forma genérica en el artículo 361 del Código Penal.

Alex Mauricio Guzman Manriquez
Juez de garantía
Fecha: 03/06/2020 22:07:48



XXQBPVYQYX

Entonces, resulta lícito preguntarse si a estas alturas del desarrollo de la comunidad que habita el territorio de Rapa Nui-Isla de Pascua, se justifica la rebaja punitiva de un delito de violación de una mujer mayor de 14 años, es decir, si existe alguna razón debidamente fundamentada para subpreciar la libertad o la indemnidad sexual (según la teoría a la que se adscriba para entender el delito de violación propia) de una mujer, niña, niño o adolescente que habite, resida, o visite Rapa Nui-Isla de Pascua, la respuesta pareciera ser: que no la hay.

Este escenario fáctico, nos permite entender, luego de revisado el enunciado normativo del artículo 13 de la Ley 16.441, que éste pareciera ser arbitrario, toda vez que al día de hoy, es decir más de 54 años después de dictada la norma, la razonabilidad de hacer una aplicación diferenciada al hechor de una violación que sea rapanui y cometa el ilícito en la isla respecto del mismo rapanui que comete el ilícito en el continente, o por el contrario, a un no miembro de la etnia que comete idéntico ilícito en tierras rapanuis. Pareciera ser, a juicio de este juez que la motivación o *ratio legis* ha decaído y, además, se han dictado normas de rango constitucional, posteriores a la norma cuestionada, que inciden y aumentan la arbitrariedad que por esta resolución se denuncia.

Décimo sexto: Que, así las cosas, el artículo 2° letra g) de la CEDAW obliga al estado de Chile a “*derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer*”, lo que unido a lo estatuido en los diferentes articulados de la Convención de Belém do Pará, imponen la obligación estatal de realizar una atribución normativa exenta de arbitrariedades y soluciones idénticas para casos idénticos atendida el actual nivel de desarrollo que han experimentado los pueblos originarios, así como el resto de la población que habita la isla de Rapa Nui, así como todo el resto del territorio nacional.

Décimo séptimo: Sumado a lo anteriormente referido, no deben olvidarse un cúmulo de cuerpos internacionales que, si bien no resultan

Alex Mauricio Guzman Manriquez
Juez de garantía
Fecha: 03/06/2020 22:07:48



XXQBPVYQYX

suficientes *per sé* para los efectos pretendidos, lo cierto es que aumentan las obligaciones del Estado de Chile en relación con las mujeres, y dotan de mayor contenido ético, elevando a la categoría de *ius cogens* la obligación de no discriminación ni imposición de normas arbitrarias a dicho género. Así por ejemplo la declaración y Plataforma de acción de Beijing, que sostiene en su párrafo 9 el deber de “*garantizar la plena aplicación de los derechos humanos de las mujeres y las niñas como parte inalienable, integral e indivisible de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*; en tanto que en su objetivo estratégico 1.2 establece el de “*garantizar la igualdad y la no discriminación ante la ley y en la práctica*.”

Se adhiere a lo ya relacionado, que la Agenda 2030⁶ establece en su objetivo 5 el “*Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas*”, siendo parte de dicho objetivo el poner fin a todas las formas de discriminación contra todas las mujeres y las niñas en todo el mundo; eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado.

C.2.- Infracción al principio de supremacía constitucional.

Décimo octavo: Para efectos de dar contenido argumentativo al presente capítulo es necesario referir que el origen del constitucionalismo está dado por la búsqueda de la delimitación de los poderes del soberano, con lo que al día de hoy todas las funciones del poder estatal se encuentran subordinadas a la constitución, que a su vez se auto otorga un nuevo límite, cual es la debida observancia y respeto de los derechos fundamentales.

Dicho ello, este mínimo fundamental La Constitución está por sobre el poder y es en parte Derecho, por lo que sus preceptos deben primar sobre el Derecho producido por el poder (leyes, reglamentos y otras fuentes positivas). Así, la Constitución pasa a ocupar el lugar más importante en el sistema de Fuentes del Derecho positivo. Por tal motivo el Derecho infraconstitucional debe ajustarse a ella. Entonces,

⁶ Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015, con vigor a partir del 1° de enero de 2016.



existiendo una reconducción de la propia constitución a los Tratados Internacionales, hace que ésta misma, en virtud de su propia autonomía, se someta también a un límite otorgado por la eficacia directa de aquellas normas inherentes e inalienables de la persona humana.

De esta manera, la invocación de las normas contenidas en los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441, y su eventual aplicación, vienen a contrariar el espíritu del constituyente, quien hace eco de la importancia internacional otorgada a la protección de la mujer, con prescindencia de arbitrariedades y discriminación, a fin de fustigar al eventual hechor de un ilícito, cuyos efectos quedarán en el histórico vital de la víctima.

El recoger estas disposiciones y hacerlas aplicables al caso que nos ocupa, podría significar una vulneración al principio ya señalado, desde que desoye los tratados internacionales en materia de protección de la mujer y la niña. Si tal orden internacional se mantuviera, efectivamente, como "externo", probablemente el asunto no pasaría de ser un debate doctrinario, pero cuando ese orden internacional se "internaliza" por la vía de la suscripción, ratificación e incluso entrada en vigencia de tratados internacionales como ley de la República, el problema se hace presente, supera a la doctrina y se transforma en un conflicto auténtico para jueces, hombres de Derecho y lo que es más grave, para los administrados, para los que solicitan la resolución de sus casos por parte de los tribunales de justicia.⁷

Décimo noveno: El gran problema que se nos presenta en la presente causa, no es sólo la cuestión de la aplicación de los tratados internacionales que protegen a la mujer, toda vez que de otra parte, también encontramos una vertiente internacional de normas que protegen al componente de un pueblo originario como es el caso del

⁷ Vivanco Martínez, Ángela. La supremacía de la Constitución en relación con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. El caso Chileno.



imputado de marras, ello en relación al Convenio 169 de la OIT y las normas relativas a las formas de punición de los miembros de dichos pueblos.

Vigésimo: En tanto que en un sentido diverso, pero coadyuvando a la complejización de la causa, aparece también el principio *pro reo* y las derivaciones interpretativas que de él devienen, el que también tiene vertientes internas y externas que vienen a dotarle de contenido conceptual y a su vez a infligir en aquél, el carácter de norma internacional de derechos humanos.

Vigésimo segundo: Entonces, volvemos a la revisión del artículo 5° inciso segundo de nuestra Carta Fundamental en consonancia con el artículo 6° de la misma y en especial con la norma de clausura que establece el artículo 19 N°26 de la Constitución, que asegura que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece, o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer, condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Se genera, entonces, una necesidad en torno a que la Justicia Constitucional dirima entre estos preceptos y los valores y principios que inundan nuestro orden jurídico. Es lícito preguntarse por el valor que le debe dar el juez del caso a las normas dubitadas y si éstas se condicen con el pleno respeto y garantía de los derechos que emanan de la persona humana. Como lo ha señalado el profesor Juan Colombo, citando a Cappelletti: El fin de la Constitución radica más en la realización de valores que en la ordenación de procedimientos.⁸

De tal modo, si existen derechos fundamentales, tanto para la víctima como para el imputado, resulta necesario decidir sobre la limitación legítima de algunos de ellos en pos de la realización de otros. Parece ser, entonces, que las normas de protección de la mujer son más recientes, y además, tienen un fin mucho más universal que aquellas destinadas a las personas que han sido objeto de la persecución penal,

⁸ Colombo Campbell, Juan. Diplomado sobre recurso de protección, dogmática y jurisprudencia para Ministros de Cortes de Apelaciones y Relatores.



por ende, podemos entender que existe un interés público de carácter imperativo comprometido –protección de la mujer y eliminación de toda forma de discriminación de ésta, prevención del delito, protección de los derechos y libertades ajenas-, de modo que su inaplicación, vendrá a reforzar la idea de proporcionalidad que el propio delito ya reconoce en su tipificación abstracta del artículo 361 del Código Penal, en relación al monto de la pena establecida en éste, por lo que subpreciar la libertad o indemnidad sexual de la víctima en el caso que nos ocupa, pareciera encontrarse en contradicción con las normas y principios constitucionales que nos unifican e inspiran como sociedad.

Por lo razonado, normas citadas y lo dispuesto en los artículo 93 inciso 11° en relación al numeral 6° del mismo articulado, 79 y siguientes de la Ley 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, remítanse copia autorizada de los antecedentes de esta causa, incluidos los audios de la misma, al Excelentísimo Tribunal Constitucional, a fin que se pronuncie sobre la inaplicabilidad de los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441 que crea el Departamento de Isla de Pascua. Oficiese al respecto.

Téngase por cumplido con lo ordenado en audiencia de 29 de mayo del año corriente.

Notifíquese a las partes por correo electrónico.

Dictada la presente resolución por don Alex Mauricio Guzmán Manríquez, Juez Titular del Juzgado Mixto de Rapa Nui-Isla de Pascua en su competencia de Garantía.

Alex Mauricio Guzman Manriquez
Juez de garantía
Fecha: 03/06/2020 22:07:48



XXQBPVYQYX