

¿SIEMPRE TRATAR DESIGUAL A LOS DESIGUALES?

GASPAR JENKINS PEÑA Y LILLO*

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: BREVE ENTENDIMIENTO SOBRE LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL EN CHILE

La igualdad constitucional tradicionalmente ha sido una garantía que ha llamado la atención a los textos constitucionales chilenos. Ya la “Constitución Moralista” de 1823 consagraba, en su artículo 7º, una de las primeras reminiscencias a ella asegurando una sencilla igualdad ante la ley¹, que, posteriormente, la Constitución de 1833 recogería en su artículo 12 N° 1 inaugurando un mecanismo de protección constitucional que se reiteraría en las Cartas posteriores: “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 1º. La igualdad ante la lei. En Chile no hai clase privilegiada”.

Para Manuel CARRASCO ALBANO, con este reconocimiento la Constitución del 33 lograba una de sus más importantes conquistas sociales alcanzadas por la razón, combatiendo la ignorancia de la época caracterizada aún por las servidumbres, los fueros, los privilegios y los desórdenes provenientes de tiempos feudales, del despotismo y los títulos nobiliarios. Así, esta consagración no apunta a imponer una quimérica igualdad absoluta en los hechos², sino reconocer que “[...] la lei es la misma para todos, sea que proteja o que castigue. La igualdad no admite ninguna distinción de nacimiento, ninguna herencia de

* Profesor de Derecho constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo. Magíster en Derecho, LLM, Pontificia Universidad Católica de Chile, y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica del Norte. Correo electrónico: gjenkins@udd.cl. El autor agradece especialmente a sus ayudantes Cristián Rodríguez Gangale, María José Canessa Ferrer y Javiera Hernández Guerrero.

¹ Artículo 7º de la Constitución de 1823: “[t]odo chileno es igual delante de la ley: puede ser llamado a los empleos con las condiciones que ésta exige: todos contribuyen a las cargas del Estado en proporción de sus haberes: todos son sus defensores”.

² “Ante la naturaleza los hombres no son iguales: encuéntranse separados por diferencias profundas de carácter, de inteligencia, de educación, de un sinnúmero de accidentes de todo género. Estas diferencias ejercen sin duda influencia sobre la vida colectiva; pero la lei no tiene ningún dominio sobre ellas. Limitase a prohibir aquellas desigualdades que en otros tiempos dividían a la sociedad en clases, por razón del nacimiento, de los títulos de nobleza i de otras circunstancias”. ROLDÁN, Alcibiades. *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*. Santiago, Chile: Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona (1913), p. 145.

poderes”³. De esta manera, para este comentarista el triunfo constitucional se encontraba en consolidar un primer momento de la igualdad en Chile, heredera de las revoluciones de fines del siglo XVIII, dirigida a romper con desigualdades legales que la república había perpetuado a través de privilegios carentes de razón⁴. Esta idea es profundizada por Alcibíades ROLDÁN, para quien el principal aporte de la normativa será su expresión final, a través de la que se recogería la idea de “igualdad ante la justicia”: “La disposición según la cual no hai en Chile clase privilegiada, vino a afectar la existencia de los tribunales especiales que tenían los militares i los eclesiásticos, conforme a la lejislacion antigua, para el juzgamiento de las causas comunes u ordinarias en que eran parte. El fuero militar i el eclesiástico reconocian por oríjen consideraciones personales i colocaban a las clases favorecidas por ellas en una situación de escepcion”⁵.

En palabras de José Manuel DÍAZ DE VALDÉS, dicha forma de entender la igualdad constitucional es cercana a una noción formal de la misma, caracterizada por configurar una cláusula o mandato relativamente amplio dirigido al Estado –y, especialmente, al legislador– para que en su actuación, y más precisamente en la formación de la ley, no se reconozcan individuos, castas o colectivos privilegiados o desaventajados en consideración a los demás integrantes de la sociedad, lo que, visto desde el reconocimiento de un derecho de las personas, implica constatar la existencia de límites constitucionales a la discrecionalidad legislativa⁶. Por ello, José Victorino LASTARRIA recalca que “[c]on todo, la igualdad sancionada por la Constitución no está consultada en las leyes civiles, i el código fundamental quedará traicionado, mientras estas

³ CARRASCO ALBANO, Manuel. *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*, 2ª edición. Santiago, Chile: Imprenta de la Librería del Mercurio (1874), p. 42.

⁴ “Una de las consecuencias de la igualdad legal, es de que los mismos delitos sean castigados con las mismas penas, sin distinción de personas. Ahora bien, ¿no se conserva entre nosotros la pena de azotes tantas veces abolida i tantas veces establecida, que no se aplica sino a una clase de sociedad? Hé ahí otra contravención al principio jeneral. [...] Sin contar con estas i otras escepciones consagradas por la misma lei, cuántas violaciones i dificultades ha hallado i hallará ese principio en su aplicación, mientras esa igualdad escrita en nuestro código se encarne en nuestras costumbres, mientras haya diversidad en los estados sociales, mientras el hombre sea hombre! Entre tanto, foméntese la instruccion i esperemos de ella que nivelando las intelijencias, nivele hasta cierto punto las condiciones, estableciendo solo la aristocracia del talento”. CARRASCO ALBANO, ob. cit., pp. 42-45 (cita encontrada en pp. 44-45).

⁵ ROLDÁN, ob. cit., p. 146.

⁶ DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel. *Igualdad constitucional y no discriminación*. Valencia, España: Tirant lo Blanch (2019), pp. 37-43.

no deroguen los fueros, tribunales especiales i privilejios que existen en Chile para el clero, la clase militar i para otros casos”⁷.

De esta manera, es posible apreciar que un primer acercamiento sólido a la idea de igualdad constitucional la encontraremos en el mandato de que la legislación sea idéntica y única para todos los habitantes de la república, sin mayores excepciones que aquellas catalogadas por el propio texto constitucional: “la Igualdad ante la Ley debe ser tan perfecta, que ésta no puede reconocer diferencias entre unos y otros habitantes del Estado, por ningún motivo ni pretexto. He aquí por qué el artículo 57 de nuestro Código Civil establece que la Ley no reconoce diferencia alguna entre el Chileno [sic] y el extranjero en cuanto á la adquisición y goce de los derechos civiles que regla ese mismo Código”⁸.

Esta mirada formal de la igualdad constitucional se mantendría con la Constitución de 1925 y con la Constitución de 1980, puesto que ambas Cartas reconocerían explícitamente la igualdad ante la ley. La Constitución del 25, por su parte, consagró desde la versión original de su artículo 10 N° 1, el derecho de todos los habitantes de la República a “la igualdad ante la lei. En Chile no hai clase privilegiada”, reiterando el tenor de la cláusula del 33⁹, sin una mayor deliberación por parte de los redactores de la Constitución sobre el tenor de la norma o sus implicancias constitucionales¹⁰. Mientras que, por otra parte, la

⁷ LASTARRIA, José Victorino. *La Constitución Política de la República de Chile comentada*. Valparaíso, Chile: Imprenta del Comercio (1856), p. 35.

⁸ HUNEEUS, Jorge. *La Constitución ante el Congreso*, tomo I, 2ª edición. Santiago, Chile: Imprenta Cervantes (1890), p. 103.

⁹ Por ello Mario BERNASCHINA, en sus comentarios sobre la Constitución de 1925, explicaría la cláusula de igualdad en un tenor similar al dado por los comentaristas de la Constitución del 33: “Esta expresión hay que tomarla en el sentido de exclusión de privilegios, interpretación que se refuerza con la segunda frase del N° 1, del art. 10. No se debe aplicar en sentido literal estricto, porque es un anhelo del legislador, o, mejor dicho, es un consejo imperativo del Constituyente al legislador. [...] Esta disposición es de carácter político-social y general, comprensiva de todos los demás números del art. 10. Nosotros diríamos –repetiendo– es un principio jurídico de carácter doctrinario, al cual deben, en lo posible, ajustarse las leyes para la determinación y reconocimiento de los derechos individuales; pero, la Constitución, en caso alguno, ha podido reglamentar la igualdad político-social de todos los habitantes de la República, porque a ello se opone la naturaleza misma de las cosas, que el legislador no puede desentender”. BERNASCHINA GONZÁLEZ, Mario. *Síntesis del Derecho Constitucional chileno*. Santiago, Chile: Seminario de Derecho Público de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (1944), p. 46. En un mismo sentido, RAVEAU, Rafael. *Tratado elemental de Derecho Constitucional chileno y comparado*, 2ª edición. Santiago, Chile: Editorial Nascimento (1939), pp. 450-451.

¹⁰ Así se comprueba de una lectura de las Actas Oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisión encargada del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política

Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (conocida como la “Comisión Ortúzar”) daría cuenta de la perspectiva formal de la igualdad ante la ley y la necesidad de mantenerla en el anteproyecto de propuesta constitucional. Por ello, y como constata EVANS DE LA CUADRA, es posible observar en la redacción del primer inciso del artículo 19 N° 2 de la Constitución del 80 la recepción de la perspectiva tradicional de la igualdad en Chile, reemplazando la expresión “clase privilegiada” por “persona o grupo privilegiado”¹¹, la que podría entenderse más amplia y correcta desde la perspectiva jurídica¹².

Al asegurar la Constitución a todas las personas “la igualdad ante la ley” y que “en Chile no hay personas ni grupos privilegiados” se consolida una interpretación de la garantía sustentada en la generalidad de la ley y su imperio por sobre todos los habitantes del país que se encuentren en una posición similar, repudiando de esta manera la posibilidad de que la ley cree favorecidos o tolere que existan personas en posición de inferioridad desde una perspectiva normativa¹³, manteniéndose de esta manera aquella mirada sociológica que ya detentaba la Carta del 33, en el sentido de entender que todas las personas, con independencia de su posición social u origen, se rigen por un mismo estatuto jurídico y han de ser vistos por la ley sin consideración a razas, ideologías, religiones u otras condiciones o atributos subjetivos¹⁴.

de 1925, en donde sólo se plasmó lo siguiente: “El señor Maza (don José), Ministro de Justicia, manifiesta que es un acuerdo anterior de la Comisión, dejar este número tal como se consigna en la Constitución de 1833. Se acordó mantenerlo”.

¹¹ Con dicho cambio el ordenamiento constitucional pareciera profundizar la prohibición dada al legislador para crear exenciones respecto de obligaciones generales o ventajas exclusivas o especiales sin que exista una razón objetiva para ello. Véase FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *Principio constitucional de igualdad ante la ley*. Santiago, Chile: LexisNexis (2001), p. 120.

¹² EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los derechos constitucionales*, tomo II, 3ª edición actualizada. Santiago, Chile: Subcomisión encargada del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de 1925, en donde solo se plasmó lo siguiente: “El señor Maza (don José), Ministro de Justicia, manifiesta que es un acuerdo anterior de la Comisión, dejar este número tal como se consigna en la Constitución de 1833. Se acordó mantenerlo”.

Con dicho cambio el ordenamiento constitucional pareciera profundizar la prohibición dada al legislador para Editorial Jurídica de Chile (2004), p. 124.

¹³ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo II. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile (1963), pp. 210-211.

¹⁴ VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derecho Constitucional*, tomo I, 2ª edición actualizada. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile (1999), pp. 214-215.

Sin embargo, y como un complemento a la igualdad formal comentada, la Constitución del 80 añadiría un segundo inciso al artículo 19 N° 2 a través de la que incluiría una segunda dimensión de la igualdad constitucional entendida como “no diferenciación arbitraria”¹⁵. Según consta en las actas del anteproyecto de nueva Constitución, el sentido formalista de la igualdad no ha de ser más que un primer sentido de entenderla, pero en ningún caso el único método de resguardar la igualdad constitucional, siendo necesario complementar la misma con la contemplación de una prohibición expresa a la posibilidad de que alguna autoridad, siquiera el legislador, pudiera realizar distinciones manifiestas y notoriamente arbitrarias o abusivas, sin base racional que la sustente¹⁶. De esta forma, la Constitución de 1980 innovaría en relación con sus antecesoras, y añadiría a la “igualdad ante la ley” la expresión: “[n]i la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Con dicha cláusula se consolida un mandato constitucional conferido a las autoridades y al legislador (creadores y aplicadores del Derecho), sustentado en el derecho que todos tendríamos a ser tratados por ellos de igual manera en el caso que estemos en iguales circunstancias y de desigual forma si nos encontramos razonablemente en posiciones diferentes¹⁷. Con lo anterior se garantiza lo que Alberto CODDOU denomina “principio de adecuación”, esto es, una aplicación de la ley de acuerdo con una “debida (o igualitaria) consideración y respeto de las personas involucradas en una instancia adjudicatoria”¹⁸. De esta manera, la Constitución prohibirá a las normas jurídicas y a los operadores jurídicos establecer toda diferenciación fundada en consideraciones irrelevantes.

¹⁵ Cabe destacar que la prohibición de diferencias arbitrarias no necesariamente será sinónimo de “discriminación”, ello debido a que, para parte de la doctrina moderna, la constatación de una discriminación requerirá, además de la diferenciación, una afectación a la dignidad de las personas o que ella se vincule directamente a la adscripción del afectado a un grupo determinado. Véase, entre otros, ESPARZA REYES, Estefanía. *La igualdad como no subordinación*. Ciudad de México, México: Tirant lo Blanch (2017), pp. 32-37 o FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo. “Igualdad y discriminación” en GONZÁLEZ, Felipe y VIVEROS, Felipe (editores), *Igualdad, libertad de expresión e interés público*. Santiago, Chile: Universidad Diego Portales (2000), p. 13.

¹⁶ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XI, 2ª edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile (2006), p. 99.

¹⁷ DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, ob. cit., pp. 44-47; DÍAZ GARCÍA, Iván. “Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamento y consecuencias”, en *Revista Ius et Praxis*, año 18, N° 2 (2012), pp. 37-40.

¹⁸ CODDOU McMANUS, Alberto. “Derecho a la igualdad ante la ley” en CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo y SALGADO MUÑOZ, Constanza (editores), *Curso de derechos fundamentales*. Valencia, España: Tirant lo Blanch (2021), pp. 256-258.

tes, no razonables o desproporcionadas, bajo apercibimiento de configurar un actuar inconstitucional y, por ende, carente de validez que debe ser perseguida y reprimida por el ordenamiento jurídico.

Pero, *a contrario sensu*, la Constitución no prohibiría, sino que obligaría distinguir siempre que dicha diferenciación se encuentre suficientemente justificada y sea necesaria para combatir aquellos atentados empíricos y relevantes que existen contra la igualdad y que adquieren la forma de exclusión o subordinación de determinados grupos sociales desaventajados¹⁹. Así, el legislador, como toda otra autoridad, estará mandado por el texto constitucional para abordar adecuadamente la necesidad de establecer y reconocer múltiples diferencias existentes entre las personas y entre grupos, sin que con ello se erosione el principio de generalidad característico de la ley²⁰, en miras de que, de esta forma, se respete y promueva la igualdad constitucional y la no discriminación en los términos del inciso segundo del artículo 5° de la propia Carta Fundamental²¹.

La mayor complicación de lo dicho se encontrará en la implementación de una *igualdad por diferenciación* (“tratar desigual a los desiguales”) en razón a la constatación de diferencias fácticas que, por su relevancia, exigirían el diseño de un estatuto normativo o un trato distinto en favor de aquellas personas afectadas por ella²². Esta complicación deriva de la dificultad inherente a la decisión respecto de cuáles diferencias se deberían considerar como “relevantes” y, por ende, dignas de un trato “desigual” para efectos de alcanzar su superación, especialmente cuando las personas de una misma sociedad suelen compartir y contraponerse en distintas circunstancias simultáneamente, tal como ejempli-

¹⁹ CODDOU McMANUS, ob. cit., pp. 258-259 y ESPARZA REYES, ob. cit., pp. 148-159. A juicio de esta última, ejemplos en este sentido serán las denominadas “acciones afirmativas”, la creación de autonomías o territorios especiales, representación garantizada o reservada en instituciones políticas, respeto de derechos lingüísticos o el reconocimiento de derechos “poliétnicos” para grupos étnicos o indígenas, entre otros.

²⁰ VERDUGO MARINKOVIC; PFEFFER URQUIAGA y NOGUEIRA ALCALÁ, ob. cit., p. 215.

²¹ “La igualdad ante la ley implica que la ley no puede *discriminar*, no que no pueda *distinguir*. Legiferar significa distinguir; si la ley no pudiese hacer distinciones sería inmóvil, cristalizada una vez para siempre, como los diez mandamientos. El caso en que *la ley distingue* es diferente de aquel en que *la ley discrimina*. ‘Distinguir’ es atribuir a cada quien lo que le corresponde; ‘discriminar’ es arrebatarles lo que les compete. El significado de la igualdad formal se expresa entonces en la siguiente regla: la ley no puede tratar de manera diferente a las situaciones iguales (por el contrario, no puede tratar del mismo modo a las situaciones diferentes)”. ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENO, Valeria y PALLANTE, Francesco. *Manual de Derecho Constitucional*. Lima, Perú: Zela Grupo Editorial (2020), p. 448.

²² FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, ob. cit., pp. 15-18.

fica FIGUEROA: “sería ‘injusto’ que los pobres no tuvieran los mismos derechos civiles y políticos que los ricos, o que tuvieran que pagar la misma cantidad de dinero nominal por concepto de impuestos personales”²³.

Por ello, la doctrina constitucional ha realizado significativos esfuerzos para idear mecanismos adecuados que permitan identificar cuándo “dar un trato distinto” legítimamente o, en su defecto, para enjuiciar la razonabilidad de aquellas diferenciaciones realizadas por el legislador u otras autoridades. Esto ha dado paso al denominado “juicio de razonabilidad”²⁴, entendido como aquel proceso de abstracción y examen que busca constatar de forma más o menos objetiva si la equiparación o la diferenciación realizada por la ley u otra autoridad es razonable o no y, por ende, constitucionalmente aceptable o no²⁵. Sin embargo, se debe reconocer que dicho control o juicio de razonabilidad es un “control invasivo, que comprende a todo el ordenamiento jurídico, necesario para impedir el arbitrio del legislador. Empero, este control también es peligroso porque puede abrir el camino a las valoraciones políticas y subjetivas (no jurídicas y objetivas) de la Corte Constitucional [o el Tribunal Constitucional en Chile], que se superponen al legislador. En efecto, lo que parece razonable a uno puede parecer irrazonable a otro, según las diferentes ideologías, opiniones, intereses, etc. Este punto es muy importante, porque la mayor parte de las leyes son controladas por [el Tribunal Constitucional] precisamente desde el punto de vista de su razonabilidad”²⁶.

Es debido a dicho riesgo que la identificación más o menos clara de los elementos y etapas que constituyen el juicio de razonabilidad, así como la relación entre ellos, serán relevantes para lograr un mayor acercamiento a un examen objetivo y, por ende, adecuado de las diferenciaciones planteadas dentro de un estándar constitucional. En este sentido, y siguiendo a José Manuel DÍAZ DE VALDÉS, es posible distinguir dos tipos de test: (i) uno compuesto por dos etapas,

²³ FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, ob. cit., p. 17.

²⁴ Utilizaremos la expresión “razonabilidad” puesto que también es común encontrar referencias a la “racionalidad”, sin perjuicio de que ambos términos no necesariamente son sinónimos para la doctrina nacional. Es posible afirmar –de forma sucinta– que el juicio o test de racionalidad sería un primer paso para lograr determinar si una diferenciación es constitucionalmente aceptada, en el sentido de que ella se dirigiría a dirimir si el trato distinto dado por la autoridad responde a una razón que excluya el mero capricho, mientras que la razonabilidad iría más allá de acuerdo a un estándar de exigencia del examen, enjuiciando dichas razones para determinar la capacidad de persuasión de las mismas o la efectividad de las medidas adoptadas por la autoridad. Véase DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, ob. cit., pp. 93-97.

²⁵ DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, ob. cit., pp. 93-95; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 213; ZAGREBELSKY; MARCENO y PALLANTE, ob. cit., pp. 448-449.

²⁶ ZAGREBELSKY; MARCENO y PALLANTE, ob. cit., p. 449.

concentrándose la primera en la relación existente entre la diferencia realizada y los objetivos o fines que se desean alcanzar con la misma; mientras que, en un segundo momento, se presta atención a la relación entre la diferencia y la desviación a la igualdad general; y (ii) un segundo tipo de juicio en el que se examinará la relación entre tres elementos: la diferencia de trato, los afectados, y la finalidad que se persigue con la diferenciación²⁷.

II. EL TEST DE RAZONABILIDAD SEGÚN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: COMENTARIOS AL FALLO ROL N° 12.415

Lo comentado anteriormente repercute de manera profunda en la actualidad, especialmente en consideración al último fallo emitido por el Tribunal Constitucional en ejercicio de la potestad para declarar la inconstitucionalidad de una ley, conforme al artículo 93 N° 7 de la Constitución Política.

Con fecha 24 de noviembre del año 2021, el pleno del Tribunal Constitucional decretó oficiosamente la apertura de un examen de constitucionalidad respecto de determinados artículos de la Ley N° 16.441 (dictada en 1966), a través de la cual se creó el Departamento de Isla de Pascua, y que entre sus normas estableció una serie de beneficios o privilegios en favor de los habitantes de Rapa Nui como gratificaciones zonales y excepciones estatutarias para los empleados públicos que allí se desempeñasen, reducciones de tarifas para naves que viajen a la isla, reglas especiales en materia judicial y electoral, exenciones tributarias y arancelarias, entre otras²⁸.

Sin embargo, en esta oportunidad la atención del Tribunal se centró en los privilegios penales que la Ley establecía en favor de “los naturales de la Isla” y de aquellos que cometiesen ciertos delitos en territorios de Rapa Nui. En específico, el Tribunal sometió a deliberación la constitucionalidad de dos normas: los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441²⁹. Por una parte, el artículo 13 contempla un beneficio respecto de la pena a imponer en caso de que un imputado fuese considerado culpable de un crimen contra la familia y la integridad sexual (entre ellos, la violación, el estupro o el rapto) o contra la propiedad (como el

²⁷ DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, ob. cit., pp. 94-95.

²⁸ Causa rol N° 12.415-21-INC sustanciada por el Tribunal Constitucional, caratulado “Proceso de inconstitucionalidad de oficio respecto de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, que Crea el Departamento de Isla de Pascua”, cuyo fallo fue emitido en fecha 5 de abril de 2022.

²⁹ Cabe mencionar que, en fecha 28 de mayo de 2022 (posterior al fallo en comento), se publicaría la Ley N° 21.451, a través de la cual, mediante un artículo único, se derogan completamente los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441.

abigeato, el robo o el hurto), consagrando que: “[e]n los delitos contemplados en los Títulos VII [que actualmente trata los crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual] y IX [sobre los crímenes y simples delitos contra la propiedad] 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”.

A su vez, el artículo 14 de la Ley N° 16.441 complementa lo anterior creando un privilegio especial, ya no solo para los “naturales de la Isla”, pero sí para aquellos que cometan delitos en su territorio, consistente en la posibilidad de cumplir la pena en un régimen distinto al encarcelamiento. Señala dicha norma que: “[e]n 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”.

Como bien se sabe, el artículo 93 N° 7 de la Constitución Política confiere al Tribunal Constitucional su potestad principal, consistente en una revisión de determinados preceptos legales con la finalidad de dirimir, mediante un control abstracto, la legitimidad o validez de la normativa utilizando como estándar de control el contenido del texto constitucional vigente, produciendo el efecto de expulsar del ordenamiento jurídico aquellas normas consideradas contrarias a la Constitución, con efectos *erga omnes* y *ex nunc*³⁰. En palabras del propio Tribunal Constitucional, “la atribución conferida a esta Magistratura, en el artículo 93 inciso primero N° 7 de la Carta Fundamental, es análoga a la prevista en Europa y Estados Unidos en su capacidad para revisar una ley según su compatibilidad con la Constitución en ‘(...) un control de constitucionalidad de la norma independientemente de la aplicación de la misma a un caso concreto’”³¹.

Sin embargo, y aunque la Constitución permite que dicho control abstracto de constitucionalidad pueda ser iniciado de oficio, aquel no dejará de

³⁰ ZÚÑIGA URBINA, Francisco. *Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre temas procesales*. Santiago, Chile: Abeledo Perrot, LegalPublishing (2010), p. 147; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El Tribunal Constitucional chileno y perspectiva comparativa con Tribunales Constitucionales latinoamericanos*. Valencia, España: Tirant lo Blanch (2019), p. 309.

³¹ Tribunal Constitucional, 9 de enero de 2020, rol N° 4966-2018, considerando 6°.

mantener una estrecha vinculación con el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que previamente ha de ser acogido por el propio Tribunal Constitucional y que le servirá de antecedente para el inicio de un proceso de constitucionalidad. En el caso concreto, dicha inaplicabilidad será relevante, puesto que, además de ser una exigencia de procesabilidad, determinará el objeto normativo sobre el cual versará la revisión abstracta del juez constitucional, dando vida al principio de congruencia que unirá ambos procesos. Así lo reconocerá el propio fallo en comento, al señalar acertadamente que “es del caso recordar que el Título VII del Libro Segundo del Código Penal está referido a los ‘crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual’ y que el Título IX del mismo Libro está referido a los ‘crímenes y simples delitos contra la propiedad’”, y que es un dato que en el proceso y en la sentencia rol N° 8792-20-INA [la cuestión de inaplicabilidad resuelta anteriormente] no se abordaron cuestiones referidas a la inconstitucionalidad del trato punitivo de los delitos de contra la propiedad, sino solo las referidas a la desigualdad de trato en materia de delitos sexuales.

Es por ello que en la sesión de Pleno de 13 de enero de 2022, al deliberar y adoptarse el acuerdo en la presente causa se discutió si la declaración de inconstitucionalidad abstracta y *erga omnes* del artículo 13 de la Ley N° 16.441 debía referirse: a) a su texto completo, o b) solamente a la remisión que hace al Título VII del Libro Segundo del Código Penal, referido a los ‘Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual’.

En tal sentido, existiendo voto unánime para declarar inconstitucionalidad en el artículo 13, no se lograron 8 de ellos por la inconstitucionalidad del texto completo del artículo, por lo que el *quorum* de 4/5 de ministros en ejercicio para declarar inconstitucionalidad de normas del artículo 13 de la Ley N° 16.441 se cumplió solamente respecto de la remisión que en su inciso primero hace al Título VII del Libro Segundo del Código Penal, que está incluida tanto en la propuesta de inconstitucionalidad total como en la propuesta de inconstitucionalidad parcial. Así, respecto del aludido artículo 13 se declarará solamente la inconstitucionalidad de la expresión ‘VII’, excluyendo así de la rebaja de pena los delitos que tal título del libro segundo del Código Penal contempla, entre ellos los delitos sexuales”³².

Y, por ende, es en el marco de este contexto, que el debate sostenido dentro del Tribunal se circunscribió específicamente respecto de la constitucionalidad

³² Considerando cuadragésimo cuarto.

de la reducción de pena cuando “un natural de la Isla”, esto es, las personas que hubieran nacido en Rapa Nui, fuese condenado por un crimen o simple delito contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y, lo que era relevante para el caso de inaplicabilidad previa, contra la integridad sexual; así como respecto de la posibilidad de disponer cumplimiento alternativo para penas de presidio, reclusión o prisión cuando ellos sean declarados por el Tribunal penal con asiento en la Isla.

Es aquí donde se hace relevante mencionar que, conociendo de la inaplicabilidad previa respecto de dicha normativa, el Tribunal Constitucional habría considerado dichas normas como “privilegios” de carácter penal en favor de un sector de la población nacional determinado (aquellos “naturales” de la Isla, en un caso, y los condenados por delitos cometidos en Rapa Nui, en el otro) a los que el resto de la ciudadanía no podría aspirar acogerse. Al efecto, el Tribunal sostuvo: “como se señalara en la sentencia rol N° 8792 que sirve de antecedente a este proceso, el artículo 13 aludido ‘crea un beneficio legal concebido como una especie de fuero personal para los pascuenses, en cuanto sujetos activos de delitos sexuales, que opera reduciendo en un grado el marco penal. En consecuencia, se trata de un elemento que ajeno a las consideraciones de la teoría del delito se desenvuelve en el ámbito de la punibilidad impidiendo al juez desarrollar alguna valoración sobre las conductas, los sujetos activos o determinadas tradiciones o que requiera algún régimen de prueba, sea para confirmarlo como para desvirtuarlo, sino que se impone como un hecho dado a aplicar” (cons. 32°). A su vez, entre los diversos efectos del artículo 14 en examen, en el caso concreto abordado en la sentencia rol N° 8792, se constata que “si la libertad sexual es el bien jurídico protegido en los delitos de violación y abuso, el sistema penal chileno minusvaloraría la libertad sexual de las mujeres Rapa Nui, al dar una respuesta penal menor frente a los atentados a tal bien jurídico, resultando en un verdadero sistema de discriminación por factores de territorio, sexo y etnia, relativizando además los deberes de erradicación y sanción efectiva de la violencia sexual contra las mujeres, establecidos en el derecho internacional convencional”³³.

De esta manera, el Tribunal Constitucional reconoce que la normativa cuestionada configuraría un régimen penal especial (un “privilegio” o, a lo menos, daría cuenta de una habilitación legal para dar un “trato privilegiado” por parte del juez) que debe ser objeto de revisión constitucional especialmente en consideración a la garantía de igualdad constitucional contemplada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política. Frente a ello, un primer análisis

³³ Considerando vigésimo sexto.

sería acogerse a la mirada formal de la igualdad que ha caracterizado a las Constituciones chilenas a lo largo de nuestra tradición constitucional, la que, desde sus primeros reconocimientos ha prohibido la existencia de “clases” o “grupos” privilegiados³⁴. Dicha expresión, especialmente en los términos explicados al inicio de esta presentación, podrían permitir fácilmente un cuestionamiento del estatuto en observación, sin embargo, y como bien se comentó, la Constitución de 1980 complejizó el análisis de la igualdad y la no discriminación al reconocer la posibilidad de dar un trato distinto cuando aquello está justificado, tal como lo reconocería el Tribunal en el fallo en comento: “[q]ue, reiterada y sostenidamente, este Tribunal ha razonado que la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad. [...] Así, debe tenerse presente que la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos [...]”³⁵.

Esto obligó al Tribunal Constitucional analizar detalladamente si dicha diferencia de trato se encuentra justificada o no y, en razón de ello determinar si debe ser admitida y, por ende, defendida dentro de un estándar de constitucionalidad deseado. Para ello, los jueces optaron por la realización de un test o juicio de igualdad para someter a escrutinio el trato diferente que plantea la Ley N° 16.441 y, siguiendo a los profesores José Manuel DÍAZ DE VALDÉS y Estefanía ESPARZA, optan por un test de razonabilidad que “no se situará en la dimensión de las exigencias máximas de la igualdad, sino que se refiere, más

³⁴ Cabe mencionar, eso sí, que en el considerando trigésimo noveno se da cuenta de un razonamiento particular de los ministros Aróstica, Letelier y Vásquez en profundización a este ámbito de la igualdad. A juicio de los Ministros, según su voto de prevención realizado en la sentencia de inaplicabilidad, la Ley N° 16.441 habría creado dos privilegios en materia penal a un grupo determinado de personas configurando una contradicción a la expresión “en Chile no hay persona ni grupo privilegiado” (artículo 19 N° 2 de la Constitución), puesto que al utilizar señalar que “no hay” se crearía por el constituyente un mandato prohibitivo y atemporal al Estado para no crear privilegios, pero también para eliminar aquellos que existan.

³⁵ Considerando trigésimo séptimo.

bien, a la deficiencia de las condiciones esenciales de una igualdad motivada, razonable y no arbitraria”³⁶. Así, el Tribunal Constitucional decide realizar un enjuiciamiento con base en la identificación de una finalidad constitucionalmente lícita para justificar la diferencia y si existe o no un grado de arbitrariedad respecto del grado de afectación que aquella desigualdad de trato plantea a la cláusula de igualdad constitucional³⁷.

Respecto del primer elemento, el Tribunal –citando el fallo de inaplicabilidad previamente emitido– determina que no existiría mayor justificación del trato diferenciador luego de revisar la historia de la ley (de 1964), ni tampoco tendría mayor raigambre en las costumbres del pueblo Rapa Nui³⁸,

³⁶ Considerando trigésimo octavo.

³⁷ Considerando trigésimo octavo.

³⁸ Interesante es el documento que el Consejo de Ancianos Rapa Nui-Mau Hatu presentaría durante la tramitación de la causa de inaplicabilidad, analizado en los considerandos vigésimo quinto y siguientes de dicho fallo, y que defendería la reducción de pena frente a crímenes de orden sexual: “[s]in pretensión de justificación alguna del caso concreto que motiva el requerimiento, lo cierto es que las relaciones entre hombres y mujeres en la cultura Rapa Nui están lejos de ser subordinadas como en la cultura continental. La mujer en la cosmovisión Rapa Nui representa la belleza, la fertilidad y la vida. El hombre debe cuidar de la mujer y otorgarle las condiciones para su desarrollo espiritual, para el fortalecimiento de la familia y la vida en comunidad. Ambos están en una posición de igualdad, si bien las mujeres no tienen el liderazgo político, cumplen un rol central como autoridad moral, ejercen el control sobre el dinero de la familia y la disposición de los bienes de la comunidad, además, de guiar la crianza de la cultura ancestral para el mantenimiento de la lengua Rapa Nui en todos los niños y niñas que forman parte de la colectividad. Así, durante la seducción y el ejercicio de la sexualidad, puede tener lugar un juego equitativo de roles donde ambos pueden asumir la iniciativa sexual y responder a la falta de interés explícito del otro con violencia o con una ‘fuerza grata’ necesaria para vencer la oposición del otro al acto sexual como demostración de erotismo, sensualidad, fortaleza y decisión. Lógicamente, que esta forma de entender las relaciones sexuales en un plano de igualdad, donde el ejercicio de ciertos grados de violencia por parte de ambos sexos resulta ser tolerado, no coincide con la forma de entender la violencia en el mundo continental, en la medida que el Código Penal chileno parte de la base que el único sujeto pasivo de la violación es la mujer como destinataria de la fuerza física ejercida por un varón. De esa forma, la norma resulta ser justificada desde el punto de vista de sus fundamentos, no resulta ser contraria a la protección del género ni es una discriminación a la mujer, ya que su fundamento está en la necesidad de reconocer la cosmovisión propia del mundo Rapa Nui donde la sodomía, los ultrajes al pudor, la edad de consentimiento sexual, el contenido de los actos de significación sexual, la homosexualidad y el erotismo tienen todavía una clara diferencia con el mundo continental”.

Cabe mencionar que, posteriormente, el Presidente del Consejo de Ancianos de Rapa Nui realizaría una presentación a título individual señalando: “no puedo más que oponerme, retirar y refutar de manera enfática y categórica todos los pasajes del documento en los que se justifica la violencia en contextos sexuales, se insinúa la normalización de la iniciación sexual

dando a entender de esta manera que la justificación ha de ser un componente constatable en elementos extranormativos –el contexto histórico, la intención del legislador o, como se aprecia en este caso, la cultura y cosmovisión de un pueblo indígena–. Sin embargo, en el examen realizado por el juzgador constitucional no habría sido posible encontrar o acreditar la explicación detrás de la diferenciación, declarándose que “la fuente de fundamentación diferenciadora resultó un ejercicio interpretativo de algunos parlamentarios que pudieron constatar *in situ*, determinadas realidades que no describen, no expresan y que la entienden como un cierto fundamento antropológico o ancestral de la cultura rapanui, pero que tiene algunas verificaciones en el ámbito de la propiedad, mas no en el ámbito de este caso [referido a un delito de violación]”. De esta manera, la eventual justificación de la normativa sustentada en una supuesta costumbre o cosmovisión de un pueblo indígena no se sostendría por no ser posible su acreditación a través de antecedentes fidedignos o testimonios confiables³⁹.

Sobre el segundo elemento del test, el Tribunal observaría la importancia de la garantía contemplada en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, que exige una igual protección en el ejercicio de los derechos, y su relación con una diferencia que podría brindar una menor protección a un determinado grupo de mujeres –aquellas que se encuentren en Rapa Nui– respecto de otras –las que no lo estén–. “En efecto [señala el Tribunal], la ley penal protege de mejor manera a las mujeres agredidas sexualmente por chilenos en el continente que a las mujeres agredidas sexualmente en Isla de Pascua por personas de la etnia rapanui, dado que, en el primer caso, se sanciona con una pena más alta y, en el caso de la violación, se veda el acceso a una pena sustitutiva. Esta mayor

desde los 9 o 12 años, se habla de tocaciones y se contaminan actividades culturales tan queridas por nuestra comunidad rapa nui como la Tapati y Mahana o te Re’o, y se limita el rol de las mujeres rapa nui a las esferas domésticas. [...] 1. La normalización de la violencia contra mujeres, niñas o niños, NO es parte de la cultura Rapa Nui. 2. La violencia en el contexto de relaciones sexuales, ni las relaciones sexuales no consentidas tienen lugar en las prácticas culturales Rapa Nui, no son aceptables bajo ninguna perspectiva y no pueden ser objeto de ninguna justificación, ni contextualización. La llamada ‘fuerza grata’ que se ha apuntado no existe y su utilización a nombre de nuestra institución es inaceptable. 3. La indemnidad sexual de nuestras niñas y niños es un derecho esencial, base de nuestra cultura, indubitado, es un derecho absoluto y el Consejo de Ancianos así lo reconoce”.

³⁹ Conclusión profundizada por la consulta indígena realizada sobre esta temática (considerandos cuadragésimo noveno a quincuagésimo primero) que concluiría que el 52% de los participantes quería derogar la reducción de pena salvo para el caso del delito de usurpación, mientras que 42% eliminaría el beneficio penal respecto de todo tipo de delito. Sobre el artículo 14 de la Ley N° 16.441, el 58% de los participantes optó por su derogación, y solo un 9% por mantenerla.

protección de la ley se considera tanto desde el punto de vista de la valoración que el legislador hace de la conducta (reproche penal) como de la potencialidad disuasoria que la imposición de la sanción genera en la sociedad”⁴⁰.

Este análisis motivaría al Tribunal Constitucional a arribar a la conclusión de que, desde una perspectiva abstracta, los artículos 13 (respecto de los delitos de carácter sexual) y 14 de la Ley N° 16.441 no satisfacen el estándar impuesto por la igualdad constitucional consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, precisamente por constituir un privilegio penal indebido e injustificado, discriminatorio respecto de las mujeres de Rapa Nui y los bienes jurídicos protegidos por el Título VII del Libro Segundo del Código Penal.

Sin embargo, cabe mencionar que el test utilizado por el Tribunal Constitucional en este caso no necesariamente es el mismo utilizado en casos anteriores. El caso más interesante al respecto lo podremos encontrar en la sentencia rol N° 2935-15 (control preventivo de constitucionalidad)⁴¹, cuyos considerandos trigésimo sexto y siguientes elaboran un examen de razonabilidad mucho más profundo⁴², que, en vez de identificar dos elementos para la elaboración del juicio de igualdad, distinguiría tres: (i) cuál es la finalidad declarada por el legislador; (ii) cuál es la diferencia de trato implementada y los grupos que emanan de ello; y (iii) cuál es el criterio de diferenciación utilizado por la ley.

En aquel caso, el Tribunal Constitucional logra identificar los tres elementos en circunstancias o normativas concretas y, luego de ello, elabora un examen sobre las relaciones existentes entre ellas para identificar la existencia de un vínculo justificado de forma suficiente. Esto obligaría, claramente, a realizar un examen profundo de cada criterio y la interacción de aquel con los otros dos, para así identificar las relaciones que permitirían entender una necesidad de aceptar el “trato desigual para los desiguales”. En caso de no encontrar un vínculo razonable entre todos los elementos identificados, será adecuado concluir que no existe una relación de igualdad y, por ende, se presencia una dis-

⁴⁰ Considerando trigésimo octavo.

⁴¹ Sentencia de fecha 21 de diciembre de 2015, a través de la que se resolvió la constitucionalidad respecto de las glosas presupuestarias de la Ley de Presupuesto para el año 2016, a través de las que se implementaba un mecanismo de financiamiento para asegurar el acceso gratuito a instituciones de educación superior (por ello el caso también es conocido como el caso sobre la “Ley de Gratuidad de la Educación”).

⁴² Algo similar se puede apreciar en el fallo rol N° 2664-14-INA, de 28 de mayo de 2015, sobre la inaplicabilidad de una parte del artículo 3° del Decreto con Fuerza de Ley que fija las normas sobre el Sistema Único de Prestaciones Familiares, considerandos vigésimo tercero y siguientes.

criminación arbitraria por carecer de razonabilidad tanto la finalidad declarada por el legislador como sus concreciones materializadas en tratos diferenciados inconstitucionales⁴³.

Lo dicho no deja de ser relevante, puesto que nos da cuenta de que la forma en que se debe identificar la razonabilidad o arbitrariedad de una diferencia para el Tribunal Constitucional no sería algo uniforme, existiendo distintas variantes del “juicio de igualdad” pero que comparten un punto común como estándar de control y de protección a la persona –más o menos– objetivo sustentado en las relaciones justificadas y coherentes entre los diversos elementos que sean sometidos a escrutinio, capaces de alcanzar el fin legítimo permitido⁴⁴. De esta forma, para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pareciera ser fundamental comprender, como señala José Manuel DÍAZ DE VALDÉS, el carácter relacional del test de razonabilidad, donde no será lo más importante la identificación de los elementos involucrados (sin que por eso ello deje de ser relevante), sino el vínculo y la intensidad de la relación que se da entre aquellos, debiendo ser esto algo “fácilmente apreciable, sin necesidad de recurrir a argumentaciones forzadas, o a relaciones o causalidades lejanas o laxas [excluyendo] también vinculaciones meramente accidentales o secundarias [y manifestándose] con cierta evidencia de forma que no dependa de la mera subjetividad de quién la analiza”⁴⁵.

III. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo revisado, podemos apreciar que el Tribunal Constitucional ha consolidado con este fallo una mirada respecto de la igualdad constitucional

⁴³ “[...] *De esta forma*, cuando el legislador configura una diferencia, su inconstitucionalidad dependerá de su arbitrariedad, revelada por su irracionalidad. Para determinar la irracionalidad, entonces, a este Tribunal corresponde identificar tres elementos, así como valorar la relación existente entre ellos. En primer término, debe singularizar la finalidad de la diferencia, vale decir, qué propósito o bien jurídico se pretende alcanzar mediante la imposición de la diferencia en estudio. En segundo lugar, debe identificar con claridad en qué consiste –y cuál es la naturaleza– de la distinción de trato que contiene la norma. Finalmente, en tercer término, ha de singularizar el factor o criterio que sirve de base a la distinción” (sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 2664-14-INA, de fecha 28 de mayo de 2015, considerando vigésimo tercero).

⁴⁴ MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Estudios Constitucionales*, año 9, N° 1 (2011), pp. 209-211.

⁴⁵ DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, ob. cit., p. 95.

que excede a un estándar meramente formal de la misma, avanzando a un análisis más sustantivo capaz de implementar y admitir como constitucionalmente lícito, cuando ello sea necesario, tratos diferenciados que la cláusula general pareciera tratar como “privilegios” en una primera lectura.

Sin embargo, el “tratar diferente a los diferentes” como parte del estándar de igualdad constitucional implica, como ha destacado el Tribunal en el fallo revisado, la posibilidad de realizar un enjuiciamiento sobre la justificación que está “detrás” de dicha opción normativa, ello en conformidad al principio de “frenos y contrapesos” que debe existir entre los órganos públicos que da vida a un Estado de derecho sano⁴⁶. Pero es en este punto donde el Tribunal ha demostrado tener una posición más o menos ambivalente, en el sentido de confirmar que, para evaluar la existencia de una *diferencia* o una *discriminación* (en los términos del profesor ZAGREBELSKY), se debe someter el “trato diferente” a un examen de razonabilidad que, conforme se ha podido mencionar, no posee una estructura uniforme o claramente definida por la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que en todas las variantes existe un punto de análisis común: el vínculo o relación existente entre los distintos elementos del test.

En el caso revisado, el Tribunal opta por la utilización de un test de razonabilidad sencillo, que pone en relieve dos elementos (el fin legítimo detrás de la distinción y la afectación que aquel implica para el principio de igualdad constitucional) y, sobre la base de ello, desarrolla un análisis que concluiría con la identificación de una discriminación normativa injustificada o arbitraria, inaceptable dentro de nuestro sistema constitucional, motivando una declaración de inconstitucionalidad de los dos preceptos impugnados (uno de ellos, eso sí, de forma parcial). El examen realizado pone énfasis en la inexistencia de una justificación acreditable que sirva de fundamento para legitimar la existencia de un estatuto penal privilegiado para “naturales” de Rapa Nui hoy en día, y recalca lo perjudicial que dicho régimen penal especial ha sido al crear dos grupos de personas (las mujeres de la Isla de Pascua y las mujeres del resto del país) diferenciadas por un ámbito de protección penal distinto entre ellas, a pesar de la comisión de un mismo delito.

Este examen pareciera ser el adecuado, no solo porque da cuenta de un estudio exhaustivo del Tribunal para lograr identificar claramente los motivos que dieron origen al estatuto penal diferenciado (en el fallo de inaplicabilidad se pueden comprobar revisiones a la historia de la ley, a las costumbres del pueblo Rapa Nui, declaraciones de autoridades ancestrales, audiencias públi-

⁴⁶ Véase el considerando trigésimo primero.

cas e, inclusive, una consulta pública realizada específicamente respecto de los artículos objetados), sino porque pone el énfasis en el elemento principal de todo test de razonabilidad, con independencia de su variante: la relación entre ambos elementos. Y es allí donde, en nuestra consideración, el Tribunal acierta, pues logra apreciar que no solo los elementos por sí solos darían cuenta de una arbitrariedad, sino que, además, al examinarlos de forma conjunta es posible constatar una desconexión entre el supuesto fin detrás de la norma y sus efectos, demostrándose una desproporcionalidad entre el daño realizado a la igualdad constitucional y los beneficios sociales que ello ha traído. Esta irracionalidad motivaría, en definitiva, una declaración de inconstitucionalidad de la ley puesto que “no solo no existe un fin constitucionalmente legítimo que [sustente el estatuto penal privilegiado], sino que afecta sensiblemente derechos constitucionales reconocidos en el artículo 19, en sus numerales 2° y 3° de la Constitución”⁴⁷.

De esta forma, es posible afirmar que, de acuerdo con esta línea jurisprudencial, en Chile es lícito tratar “desigual a los desiguales”, pero no a todo evento, sino solo cuando aquello pueda ser sustentado en consideraciones razonables posibles de ser acreditadas en caso de que aquellas diferenciaciones sean objeto de control o revisión.

2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de artículos 13 y 14 de Ley N° 16.441, que Crea el Departamento de Isla de Pascua. Igualdad ante la ley. Establecimiento de privilegio penal indebido e injustificado en ley hace devenir su texto en discriminatorio y arbitrario respecto de las mujeres de la Isla de Pascua.

HECHOS

Se interpone requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de artículos 13 y 14 de Ley N° 16.441, que Crea el Departamento de Isla de Pascua. Tribunal acoge la solicitud.

⁴⁷ Considerando trigésimo octavo, párrafo final.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (Acogido).*

TRIBUNAL: *Tribunal Constitucional.*

ROL: *12415-2021, de 5 de abril de 2022.*

MINISTROS: *Sr. Juan José Romero G., Sr. Iván Aróstica M., Sra. María Luisa Brahm B., Sr. Gonzalo García P., Sr. Cristián Letelier A., Sr. Nelson Pozo S., Sr. José Ignacio Vásquez M., Sra. María Pía Silva G., Sr. Miguel Ángel Fernández González y Sr. Rodrigo Pica Flores.*

DOCTRINA

Que, sin embargo, es del caso recordar que el Título VII del Libro Segundo del Código Penal está referido a los “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual” y que el Título IX del mismo Libro está referido a los “Crímenes y simples delitos contra la propiedad”, y que es un dato que en el proceso y en la sentencia rol N° 8792-20-INA no se abordaron cuestiones referidas a la inconstitucionalidad del trato punitivo de los delitos de contra la propiedad, sino solo las referidas a la desigualdad de trato en materia de delitos sexuales. Es por ello que en la sesión de Pleno de 13 de enero de 2022, al deliberar y adoptarse el acuerdo en la presente causa se discutió si la declaración de inconstitucionalidad abstracta y erga omnes del artículo 13 de la Ley N° 16.441 debía referirse: a) a su texto completo, o b) solamente a la remisión que hace al Título VII del Libro Segundo del Código Penal, referido a los “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”. En tal sentido, existiendo voto unánime para declarar inconstitucionalidad en el artículo 13, no se lograron 8 de ellos por la inconstitucionalidad del texto completo del artículo, por lo que el quorum de 4/5 de Ministros en ejercicio para declarar inconstitucionalidad de normas del artículo 13 de la Ley N° 16.441 se cumplió solamente respecto de la remisión que en su inciso primero hace al Título VII del Libro Segundo del Código Penal, que está incluida tanto en la propuesta de inconstitucionalidad total como en la propuesta de inconstitucionalidad parcial. Así, respecto del aludido artículo 13 se declarará solamente la inconstitucionalidad de la expresión “VII”, excluyendo así de la rebaja de pena los delitos que tal título del Libro Segundo del Código Penal contempla, entre ellos los delitos sexuales; Que no resulta extraño circunscribir declaraciones de inconstitucionalidad a parte de las normas controladas, en lo que se llama entonces una inconstitucionalidad parcial,

práctica que es habitual en sede de controles preventivos y también en sede de inaplicabilidad; A su vez, dentro de los pocos procesos de inconstitucionalidad de precepto legal vigente que ha conocido y resuelto esta Magistratura, la práctica de la inconstitucionalidad parcial ya se verificó en el proceso rol N° 1254, en el que se planteó como petición principal la inconstitucionalidad del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales y como petición subsidiaria su inconstitucionalidad parcial. Es cierto que este es un proceso iniciado de oficio, pero la competencia del Tribunal está dada por la mantención o expulsión de las normas sometidas a control en el sistema jurídico, entendidas como objeto de control delimitado lo cual reconoce un inicio y un límite, estando la distinción y examen de elementos parciales de las normas dentro de dicho campo competencial, que se delimita en la resolución de apertura del proceso y en cuanto a sus fundamentos en las normas constitucionales que se declaran infringidas en las sentencias de inaplicabilidad que se citan en la misma resolución como antecedente; Que, en lo demás, hubo acuerdo unánime en la declaración de inconstitucionalidad total del artículo 14 sometido a control; Bastando la constatación de la infracción a la garantía de igualdad ante la ley y no discriminación del numeral 2° del artículo 19 de la Constitución, se declarara entonces la inconstitucionalidad de la expresión “VII” contenida en el artículo 13 y del artículo 14, ambas normas de la Ley N° 16.441, no siendo necesario entonces que este Tribunal se refiera al contraste de ellos con las demás normas constitucionales que se dieron por infringidas en la sentencia rol N° 8792-20-INA que sirve de antecedente y presupuesto necesario a este proceso (considerandos 44 a 48 de sentencia del Tribunal Constitucional). Es así que por todas las motivaciones ya expresadas, la unanimidad de los Ministros que concurren a la presente sentencia consideran que la garantía de igualdad ante la ley del artículo 19, numeral 2°, de la Constitución Política se ve vulnerada por los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, al establecer un privilegio penal indebido e injustificado, lo cual hace devenir su texto en discriminatorio y arbitrario respecto de las mujeres de la Isla de Pascua, pero a pesar de ello el quorum de 8 de 10 ministros para declarar la inconstitucionalidad abstracta y erga omnes del artículo 13 se logra solamente respecto de la remisión que se hace en él al Título VII del Libro Segundo del Código Penal procediendo entonces declarar la inconstitucionalidad de tal remisión y también del artículo 14; Que, lo razonado precedentemente no obsta, y deja a salvo además, todo lo que cada uno de los señores Ministros expresara en sus respectivos votos particulares de la sentencia rol N° 8792-20-INA, que declaró la inaplicabilidad

de los artículos 13 y 14 sometidos a control en este proceso, lo cual ha de entenderse también con los demás votos que se manifiesten en la presente sentencia, que por unanimidad declara las inconstitucionalidades que se señalan en lo resolutivo (considerandos 52 y 53 de sentencia del Tribunal Constitucional).

Cita online: CI/JUR/13426/2022

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 19 N° 2°, 93 de la Constitución Política de la República; 13 y 14 de la Ley N° 16.441.