

CONADI
Ministerio de
Desarrollo Social
y Familia



OFICIO N° 828
MAT: Evacua Informe

TEMUCO, 31 de Agosto de 2020

DE : SR. IGNACIO ANDRES MALIG MEZA
DIRECTOR NACIONAL
CORPORACION NACIONAL DE DESARROLLO INDÍGENA
A : SEÑORES TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EVACUA INFORME

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

IGNACIO ANDRÉS MALIG MEZA, Director Nacional de la requerida, Cédula de Identidad N° 13.818.096-4, domiciliado para estos efectos en calle Vicuña Mackenna N° 399, de la comuna y ciudad de Temuco, en representación de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en autos sobre requerimiento por inconstitucionalidad formulado por el Juzgado de Letras y Garantía de Rapa Nui- Isla de Pascua, en el proceso penal RUC N° 19-0-1075741-2, RIT 426-2019, seguido ante el Juzgado de letras y Garantía de Rapa Nui Isla de Pascua, correspondiente al ingreso del Tribunal Constitucional ROL N° 8792-2020, a V.S.E. respetuosamente digo:

Que, encontrándome dentro del plazo, vengo en evacuar informe requerido mediante Resolución de fecha 13 de agosto de 2020, dictada por este Excmo. Tribunal, que señala lo siguiente: "1.- Requírase a Conadi, para que informe en el plazo de 10 días, acerca de si el artículo 14 de la Ley N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua, guardaría o no relación con el cumplimiento de los estándares derivados de lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en relación al derecho chileno, en específico, a la etnia Rapa Nui.", en atención a los fundamentos que se exponen a continuación:

1. Consideraciones previas

Se ha requerido a esta institución informar sobre la compatibilidad o cumplimiento de estándares del artículo 14 de la ley N° 16.441, de 1966, que creó el Departamento de la Isla de Pascua (en adelante, "Ley Pascua") con el artículo 10 del Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, promulgado por decreto N° 236, de 14 de octubre de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores y en el decreto supremo N° 66 (en adelante, "Convenio N° 169").

Sin perjuicio de dar cumplimiento a dicho requerimiento, el organismo que represento considera necesario ampliar su pronunciamiento a la compatibilidad de los artículos 13 y 14 con el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Lo anterior, en cuanto el requerimiento de inconstitucionalidad sometido a vuestro conocimiento incluye ambas disposiciones; y por cuanto este organismo considera necesario aportar antecedentes técnicos para su análisis.

El análisis se realizará en tres capítulos: en primer lugar, me referiré a la Mesa Social para Rapa Nui y el proceso de consulta indígena que fue iniciado en su seno. En segundo lugar, realizaré una breve exposición de los orígenes de la Ley Pascua y del contenido y alcance de los artículos 13 y 14 en análisis. En tercer lugar, abordaré la compatibilidad de dichas disposiciones con el ordenamiento jurídico nacional e internacional, estableciendo un marco jurídico en el cual deben interpretarse ambos artículos. A su vez, este último acápite considerará elementos de universalidad y multiculturalismo que han sido estudiados a nivel doctrinario.

2. Sobre la Mesa Social para Rapa Nui y la consulta indígena iniciada.

Con fecha 15 de junio de 2018, en reunión plenaria de la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua (CODEIPA), el pueblo Rapa Nui, a través de sus autoridades representativas, consultó la posibilidad de poder constituir una Mesa de Trabajo en materias de desarrollo social, tales como violencia intrafamiliar, adulto mayor, y juventud, entre otros.

En respuesta a dicha solicitud, el Ministerio de Desarrollo Social y Familia instauró la “Mesa Social para Rapa Nui”. Esta mesa de trabajo intersectorial tiene como objetivo identificar soluciones en los ámbitos señalados, considerando la condición geográfica de aislamiento de la isla y el enfoque intercultural y comunitario, con el objeto de mejorar las condiciones de vida de la población de Rapa Nui.

Dicha Mesa está constituida por el Subsecretario de Servicios Sociales; la Gobernadora Provincial de Isla de Pascua; los Comisionados electos de CODEIPA; el Presidente Consejo de Ancianos; el Director del Hospital Hanga Roa; representantes de la Conadi; representantes del Departamento Social Gobernación y Coordinación SIPS; y representantes del Equipo Dideco de la Municipalidad de Isla de Pascua; entre otros.

La mesa social comenzó a sesionar el 7 de agosto de 2018 y ha sesionado a la fecha en diez oportunidades (nueve en Rapa Nui y una en Santiago).

Uno de los elementos centrales que se ha dialogado en la Mesa Social ha sido la situación de violencia intrafamiliar y violencia sexual contra mujeres. En este sentido, uno de los requerimientos

Dirección Nacional
Vicuña Mackenna #399
Temuco, Chile
Tel: 800 452 727 – (45) 2207522
www.conadi.gob.cl

Gobierno de Chile

más importantes en esta materia ha sido la modificación y/o derogación de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua.

Luego de diversos diálogos sostenidos en la isla con autoridades locales, representantes del pueblo Rapa Nui, organizaciones sociales de mujeres, conversatorios con jóvenes, abogados de la isla, entre otros; se concluyó realizar un proceso de consulta indígena de acuerdo a lo establecido en el Convenio N° 169. De esta manera, el Ministerio de Desarrollo Social y Familia resolvió iniciar un proceso administrativo de consulta indígena mediante Resolución Exenta N° 074 de 31 de enero de 2020 “respecto de las medidas relativas a introducir modificaciones y/o derogaciones respecto de los artículos 13 y 14 de la ley N° 16.441”.

La propuesta normativa sometida al proceso de consulta indígena fue modificar el artículo 13 de la Ley Pascua, restringiendo su aplicación al delito de usurpación cometido por naturales de la isla en su territorio; y derogar el artículo 14 de la misma ley.

Esta consulta fue suspendida, por el plazo de 15 días hábiles, por Resolución Exenta N° 186, de 18 de marzo de 2020, del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, producto de la llegada a Chile de la pandemia provocada por el COVID-19.

Con posterioridad, se suspendió nuevamente la consulta mediante Resolución Exenta N° 279, de 18 de mayo de 2020, del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, por el período que se extienda la declaración del estado de catástrofe por calamidad pública, con el propósito de evitar la congregación y reunión de personas que expongan su salud a causa del brote COVID-19 y su posible contagio.

3. Sobre la Ley Pascua

3.1. Orígenes de la Ley Pascua

La Ley Pascua se dictó el año 1966 con el objeto de regularizar la situación jurídica y administrativa de la isla y sus habitantes. Su ratio legis era subsanar gradualmente cierta desigualdad en la que se encontraban los habitantes de Isla de Pascua, generado en gran parte por la escasa presencia del Estado de Chile y sus servicios en la Isla al momento de la dictación de la ley.

Con todo, transcurridos más de 50 años desde la Ley Pascua, la situación tenida a la vista a la fecha de la dictación de dicha ley es considerablemente distinta a la que existe en la actualidad. El diagnóstico basal que dio origen a esta ley ya no es el mismo que existe hoy: en estos 50 años las condiciones de los habitantes de Isla de Pascua han mejorado indudablemente, considerando que

uno de los objetivos de la Ley Pascua era la promoción de la llegada de servicios públicos y su consecuencial provisión para el territorio, lo cual en la actualidad ya se encuentra implementado. A su vez, en el país se ha ido modernizando el sistema de justicia y, dentro del ámbito de la justicia criminal, ha existido un desarrollo legislativo en materia de ejecución de penas y del uso de medidas alternativas a las penas restrictivas y privativas de libertad como forma de contribuir a la reinserción social de las personas condenadas por delitos.

Destaca en este contexto la dictación de la ley N° 18.216, de 1983, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, modificada, entre otras, por la ley N° 20.603, de 2012; legislaciones que establecen los casos y situaciones en las que resulta aplicable el régimen de penas alternativo al encarcelamiento. A su vez, destaca la ley N° 21.124, de 2019, que modifica el decreto ley n° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para los penados; la que reconoce que la libertad condicional es un beneficio que favorece la reinserción social a través del egreso anticipado y sujeto a supervisión de la autoridad para aquellas personas privadas de libertad que han demostrado avances en su proceso de intervención para la reinserción social.

Es posible concluir que las razones subyacentes a la regulación contenida en los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua ya no operan en la actualidad, puesto que, a 50 años de la Ley Pascua se ha producido un gran avance del pueblo Rapa Nui en las distintas esferas de la vida, cesando actualmente los fundamentos que sustentaban la vigencia de ambos preceptos.

2.2. Disposiciones en análisis: artículos 13 y 14 de la Ley Pascua

2.2.1. Artículo 13 de la Ley Pascua

El artículo 13 de la Ley Pascua establece la rebaja en un grado a los delitos cometidos por naturales de Isla de Pascua y en el territorio de ella, respecto de delitos de carácter sexual o contra la propiedad. Dicha disposición señala:

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

El artículo en comento establece dos requisitos copulativos para la rebaja de la pena: que el delito se hubiere cometido por un natural de la isla, por un lado; y que se hubiere cometido en el territorio de la misma, por otro. Esto establece una diferenciación no menor: se distingue la pena aplicable respecto de una persona natural de la Isla de Pascua que haya cometido el delito en dicho

territorio, con aquella aplicable al resto de la población del país que haya cometido el mismo delito en el territorio de la isla o en el territorio continental.

2.2.2. Artículo 14 de la Ley Pascua

El artículo 14 de la Ley Pascua establece un sistema especial de ejecución de penas privativas de libertad en caso de ser impuestas. Dicha disposición señala:

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

El artículo 14 de la Ley Pascua expresa que para el caso que se determine una pena constitutiva de privación de libertad, el cumplimiento de dos tercios de la pena podrá ejecutarse fuera del establecimiento penitenciario, sujeto a un sistema de condiciones resocializadoras. Además, se debe considerar que la norma en comento no indica expresamente si la disposición se restringe a la participación punible de un natural de Isla de Pascua, en ese sentido, y, aplicando el aforismo jurídico “si el legislador no distingue no es lícito al intérprete distinguir” la aplicación de la norma procedería indistintamente si la persona es natural o no de Isla de Pascua.

3. Marco normativo aplicable: derecho internacional de los derechos humanos y ordenamiento jurídico nacional

3.1. Consideraciones generales sobre universalidad y multiculturalismo

Se llama multiculturalismo o pluralismo cultural al fenómeno de existencia de “muchas comunidades culturales con una comunidad mayor”. Conviviendo las comunidades minoritarias con la comunidad mayor, cabe analizar si existen discrepancias u oposiciones entre las costumbres ancestrales de los pueblos indígenas y las del Estado del que forman parte.

Los derechos humanos surgen como una forma de reconocer la dignidad humana sin distinción. Son inherentes a la persona humana, universales, inalienables, imprescriptibles. Se han conformado en cuerpos normativos internacionales luego de las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, y se han ido especificando en su contenido y alcance en tratados internacionales conforme al

reconocimiento de personas en situación de vulnerabilidad, como los pueblos indígenas, las mujeres, los migrantes, los niños, niñas y adolescentes, entre otros.

Respecto al caso sub lite, se estima que no se puede dejar de hacer una referencia, a propósito de las disposiciones en análisis, al equilibrio entre las costumbres de los pueblos indígenas y las normas propias de su derecho consuetudinario, con la universalidad que caracteriza a los derechos humanos.

En primer lugar, cabe señalar que el respeto a la dignidad humana es una exigencia universal, inherente a la persona humana por el hecho de ser tal. La igualdad en el disfrute de los derechos básicos “no puede reducirse al nivel de la mera igualdad formal o ante la ley, sino que comprende también una actuación de los poderes públicos encaminada al logro de la igualdad material”.

En el caso de los pueblos indígenas son necesarias medidas de diferenciación y de acción positiva para lograr la igualdad material en todos aquellos casos en que estas minorías partan de una situación previa de desigualdad. Con todo, “la igualdad en los derechos humanos básicos debe ser garantizada incluso frente a la propia comunidad cultural, lo que exige la erradicación de aquellas prácticas que -aun fundadas en tradiciones culturales- sean contrarias a las exigencias básicas de la dignidad humana”. De esta manera, desde la dimensión de igualdad y del reconocimiento de las diferencias subyacentes a la misma, resulta necesario destacar que el pluralismo cultural supone un grado de convivencia con otros sujetos que no necesariamente pertenecen a los pueblos indígenas protegidos con un estatuto diferenciado. Esto es, no puede invocarse un principio si resulta lesivo de otro.

La conciliación entre la universalidad de los derechos humanos y la interculturalidad resulta necesaria para efectos de este análisis. Tal conciliación consiste “en asegurar la más plena garantía de las identidades culturales de los diversos grupos sociales -garantía que no puede reducirse a un mero respeto pasivo, sino que implica la promoción activa de la diversidad (...)- teniendo en cuenta que la protección de la identidad cultural viene también demandada por la dignidad humana, y tiene por tanto como límite las restantes exigencias de esta misma dignidad”.

En consecuencia, existe un ejercicio de ponderación que supone revisar la compatibilidad de las tradiciones ancestrales con la dignidad humana propia de todos los seres humanos, entre los cuales se encontrarían las personas no pertenecientes al pueblo indígena que se ha visto favorecido por una regulación diferenciada. Las preguntas a responder serían: el establecimiento de un estatuto diferenciado para los pueblos indígenas, ¿vulnera otro derecho humano, de manera tal de hacerlo injustificable? ¿Existe una afectación al derecho a la igualdad y no discriminación, entendida la igualdad dentro de la diferencia? ¿Existe otra forma de reconocer la diversidad cultural de manera

Dirección Nacional
Vicuña Mackenna #399
Temuco, Chile
Tel: 800 452 727 – (45) 2207522
www.conadi.gob.cl

Gobierno de Chile

tal que no existan diferencias arbitrarias ni afectación de los derechos de otras personas, y particularmente, de grupos en situación de vulnerabilidad?

Finalmente, se debe tener presente que, en el marco de la costumbre y/o tradiciones ancestrales del pueblo Rapa Nui, no se justifica el ejercicio de delitos sexuales, los cuales constituyen una violación a los derechos humanos especialmente contra mujeres, niños y niñas. En ese sentido, se ha pronunciado el Presidente del Consejo de Ancianos Sr. Carlos Edmunds Paoa; institución representativa del pueblo Rapa Nui, en su presentación ante vuestro Excelentísimo Tribunal Constitucional de fecha 17 de agosto del presente año, en la cual se pueden destacar los siguientes puntos:

- “1. La normalización de la violencia contra mujeres, niñas o niños, NO es parte de la cultura Rapa Nui.
2. La violencia en el contexto de relaciones sexuales, ni las relaciones sexuales no consentidas tienen lugar en las prácticas culturales Rapa Nui, no son aceptables bajo ninguna perspectiva y no pueden ser objeto de ninguna justificación, ni contextualización. La llamada “fuerza grata” que se ha apuntado NO existe y su utilización a nombre de nuestra institución es INACEPTABLE.
3. La indemnidad sexual de nuestras niñas y niños es un derecho esencial, base de nuestra cultura, indubitado, es un derecho absoluto y el Consejo de Ancianos así lo reconoce.
4. Nuestros bailes y prácticas culturales, si bien tienen contenido sensual, como muchos de los bailes tradicionales en todas las culturas, NO consideran tocaciones sexuales, menos no consentidas y bajo ningún contexto pueden ser utilizadas para justificar el uso de la fuerza en contextos sexuales o eróticos. Menos aún, hacer mención de ello en fiestas culturales como la Tapatí Rapa Nui y Mahana o te Re’o.
5. Las mujeres Rapa Nui, Sí tienen amplio liderazgo político en nuestra comunidad. Desde Ava Rei Pua, hasta nuestros días, nuestra cultura ha reconocido un rol en los ámbitos públicos y políticos a las mujeres, lo que nos llena de orgullo como pueblo. Sólo a modo de ejemplo, hoy contamos con una Gobernadora, 3 comisionadas Electas Rapa Nui ante Codeipa, 3 concejales y una consejera regional, la participación política de nuestras mujeres es paritaria en la práctica, lo que da cuenta de una sociedad no machista, que valida profundamente a las mujeres en todas las esferas.”

De conformidad a lo expuesto, se evidencia que no forma parte de las tradiciones ancestrales y/o costumbre del pueblo Rapa Nui la justificación de acciones que den lugar a la constitución de delitos de carácter sexual, de conformidad a la normativa general, resultando totalmente

Dirección Nacional
Vicuña Mackenna #399
Temuco, Chile
Tel: 800 452 727 – (45) 2207522
www.conadi.gob.cl

Gobierno de Chile

compatible con el pueblo Rapa Nui la legislación penal aplicable a todos los ciudadanos. Por tanto, no existe un motivo razonable para establecer diferencias en esta materia destinadas al pueblo Rapa Nui, ni aún a pretexto de sus tradicionales ancestrales.

3.2. Disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos aplicables al caso

En el marco del reconocimiento y preservación de las culturas indígenas y sus instituciones, existen distintos instrumentos internacionales que promueven el reconocimiento de los sistemas jurídicos propios de cada pueblo indígena, especialmente, en lo relativo a su derecho consuetudinario.

Es así como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en sus artículos 34 y 35, establece:

“Artículo 34

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

Artículo 35

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

El Convenio N° 169 recoge, en sus artículos 8 a 12, el tratamiento que se espera otorguen los Estados Parte al derecho consuetudinario y a los sistemas penales de los pueblos indígenas, esto es, la armonización de las normas penales nacionales con los métodos tradicionales de sanción de los pueblos indígenas, considerando su aplicación en la legislación general.

El Convenio N° 169, en sus artículos 8, 9 y 10, señala:

“Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema

Dirección Nacional
Vicuña Mackenna #399
Temuco, Chile
Tel: 800 452 727 – (45) 2207522
www.conadi.gob.cl

Gobierno de Chile

jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”

De esta manera, el Convenio N° 169 dispone, respecto del objeto de este análisis, lo siguiente: (1) Que, en general, el Estado debe tener en consideración las costumbres de los pueblos indígenas al aplicar la legislación nacional; (2) Que, en particular y en virtud de lo anterior, el Estado debe respetar los métodos que los pueblos indígenas utilizan tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros; (3) Que, en la aplicación de sanciones penales, debe el Estado tener en cuenta las características económicas sociales y culturales de dichos pueblos, dando preferencia a sanciones distintas al encarcelamiento; (4) Todo lo anterior, en la medida en que las costumbres de los pueblos indígenas no sean contrarias al ordenamiento jurídico nacional y a los derechos humanos reconocidos a nivel doméstico e internacional; y siempre y cuando los miembros de los pueblos indígenas asuman las obligaciones correspondientes establecidas para todos los ciudadanos.

Dirección Nacional
Vicuña Mackenna #399
Temuco, Chile
Tel: 800 452 727 - (45) 2207522
www.conadi.gob.cl

Gobierno de Chile

Respecto a la compatibilidad con el sistema jurídico nacional que dispone el artículo 9.1, la Organización Internacional del Trabajo ha señalado que “no se limita a la cuestión de la compatibilidad jurídica sustantiva sino que se extiende a la compatibilidad integral con el sistema de administración de justicia del país en cuestión”.

En la experiencia comparada, de acuerdo a la Organización Internacional del Trabajo, es posible ver que “muchos pueblos indígenas continúan aplicando sus métodos tradicionales para sancionar los delitos menores cometidos por sus miembros, sin que el estado interfiera en ello, mientras que para la sanción de delitos más graves sí se observan los procedimientos jurídicos nacionales correspondientes”. Esto es, los distintos ordenamientos jurídicos distinguen, en la aplicación del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, si se cometieron delitos de mayor o menor gravedad.

Con todo, las disposiciones citadas del Convenio N° 169 deben interpretarse según lo dispuesto en el artículo 34 del mismo, el que contempla una norma hermenéutica que permite comprender el alcance de la obligatoriedad de las disposiciones del mismo. En efecto, el artículo 34 indica que:

“La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”.

En el caso de las mujeres indígenas debe hacerse una lectura conforme a la intersectorialidad de los elementos propios de su condición: su género, su pertenencia a un pueblo indígena y, en el caso de las niñas, su edad. Esto supone un análisis conjunto entre el Convenio N° 169 y otros instrumentos internacionales aplicables que a continuación pasan a exponerse.

En primer lugar, es necesario observar, a propósito del caso sub lite, lo dispuesto en dos convenciones internacionales suscritas por Chile que protegen los derechos de la mujer a la no discriminación y a una vida libre de violencia:

- La Convención Para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, ratificada por Chile el año 1989 y promulgada por decreto supremo N° 789, del Ministerio de Relaciones Exteriores, en octubre del mismo año (en adelante, “CEDAW”).
- La Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer, convenida el 9 de junio de 1994, ratificada por Chile el año 1996 y promulgada por decreto supremo N° 1640, del Ministerio de Relaciones Exteriores en septiembre de 1998 (en adelante, Convención de Belem Do Pará).

Dirección Nacional
Vicuña Mackenna #399
Temuco, Chile
Tel: 800 452 727 – (45) 2207522
www.conadi.gob.cl

Gobierno de Chile

El Estado de Chile, de acuerdo al artículo 2 de la CEDAW, está obligado a adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; esto supone, entre otras acciones, el derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan una discriminación contra la mujer.

Por su parte, la Convención de Belém do Pará, en su artículo 7°, obliga al Estado de Chile a “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”.

En segundo lugar, debe tenerse en consideración lo dispuesto en la Convención sobre los derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, ratificada por Chile el año 1990 y promulgada por decreto 830, de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores; que indica en sus artículos 19 y 34:

“Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 34

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

Dirección Nacional
Vicuña Mackenna #399
Temuco, Chile
Tel: 800 452 727 – (45) 2207522
www.conadi.gob.cl

Gobierno de Chile

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.

La suscripción y ratificación de Chile del Convenio N° 169, de la CEDAW, de la Convención Belém do Pará y de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha dado a lugar, desde su promulgación interna, a que estos instrumentos sean parte de nuestra legislación, de conformidad al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República.

3.3. Disposiciones del ordenamiento jurídico interno aplicables al caso

El artículo 1º de la Constitución Política de la República establece que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; y el artículo 19 N° 2 señala el derecho a la igualdad ante la ley disponiendo que “En Chile no hay persona ni grupo privilegiados” y que “Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

La discriminación arbitraria ha sido definida en la doctrina e invocada por vuestro Excelentísimo Tribunal Constitucional en sentencia pronunciada en causa Rol N° 2935-15 como “toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable”. Por tanto, y teniendo en consideración lo expuesto resulta fundamental que esta materia sea sometida a la normativa general, promoviendo el principio de igualdad ante la ley en el ámbito jurídico penal.

A su vez, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 que consagra el derecho de las personas a “[l]a igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

4. Sobre la compatibilidad de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua con el ordenamiento jurídico nacional e internacional

Debe analizarse la compatibilidad de los artículos 13 y 14 con el ordenamiento jurídico nacional y con el internacional, principalmente considerando lo dispuesto en el Convenio N° 169, en la CEDAW, en Convención Belém do Pará y en la Convención sobre los Derechos del Niño. Lo anterior, en cuanto los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua toman una especial connotación en el caso de los delitos sexuales cuando las víctimas fueren mujeres, niñas o adolescentes.

Dirección Nacional
Vicuña Mackenna #399
Temuco, Chile
Tel: 800 452 727 – (45) 2207522
www.conadi.gob.cl

Gobierno de Chile

4.1. Compatibilidad del artículo 13 con el ordenamiento jurídico nacional e internacional

En el presente capítulo, se analizará si la vigencia del artículo 13 de la Ley Pascua en el ordenamiento jurídico de Chile, vulnera normas contenidas en la legislación internacional y nacional, lo que supone comprender la disposición en análisis en conjunto con las disposiciones ya citadas del ordenamiento jurídico constitucional y las contenidas en la CEDAW, la Convención de Belém do Pará y la Convención sobre los Derechos del Niño, según corresponda.

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

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

Se evidencia una colisión de derechos entre los beneficios que la ley ha entregado al autor de un delito cometido bajo esas circunstancias, por el hecho de pertenecer a un pueblo indígena, de aquellos inherentes a la mujer, niña o adolescente.

Robert Alexy afirma que “Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas”. Así, en caso de colisión de principios debe realizarse un ejercicio de ponderación. Señala el autor que la ponderación es una parte de un principio más amplio, el de proporcionalidad; que a su vez se compone de tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Afirma que estos principios expresan la idea de optimización.

Señala que “Los subprincipios de adecuación y necesidad se tratan de una optimización relativa a las posibilidades materiales”. Así, el subprincipio de adecuación “excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven”. Por su parte, el subprincipio de necesidad supone que se deben elegir aquellos medios que intervienen menos intensamente, siendo igualmente adecuados, mejorando la

Dirección Nacional
Vicuña Mackenna #399
Temuco, Chile
Tel: 800 452 727 – (45) 2207522
www.conadi.gob.cl

Gobierno de Chile

posición de una parte sin originar costos a la otra. “La ponderación es objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, el de proporcionalidad en sentido estricto; este subprincipio dice lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas”. La regla de ponderación diría “Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro. La ley de ponderación expresa que optimizar en relación con un principio colisionante no consiste en otra cosa que ponderar. La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro”.

El bien jurídico afectado, en el primer caso, sería el derecho de los pueblos indígenas a obtener una rebaja punitiva en los delitos contemplados en la Ley Pascua, más, en el segundo, sería el derecho a una vida libre de violencia (vida e integridad personal) y al derecho de acceso a la justicia que permita obtener una reparación por el daño sufrido.

Como se ha expresado, el Convenio N° 169 restringe la aplicación de las disposiciones citadas a su compatibilidad con el ordenamiento jurídico interno y los derechos humanos universalmente garantizados. En la especie, se evidencia en la forma como el artículo 13 de la Ley Pascua genera una contrariedad entre lo dispuesto en la Constitución Política de la República en sus artículos N° 1 y 19 N° 2 y 3, la CEDAW, la Convención Belém do Pará y la Convención sobre Derechos del Niño. En ese sentido, la vigencia del artículo 13 de la Ley Pascua vulnera la aplicación del Convenio N° 169.

4.2. Compatibilidad del artículo 14 con el ordenamiento jurídico nacional e internacional

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

El artículo 10 del Convenio resulta no auto ejecutable y, por tanto, debe atenderse a la legislación nacional que permita la implementación de la norma. Lo anterior, en la medida en que el artículo 19 N° 3 de la Constitución exige no sólo la determinación legal del tipo penal, sino también de la pena aplicable. El artículo 10.2 del Convenio que señala “deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”, por sí solo carece de suficiente densidad normativa para que su aplicación resulte conforme a las exigencias de determinación del artículo 19 N° 3 de la

Dirección Nacional
Vicuña Mackenna #399
Temuco, Chile
Tel: 800 452 727 – (45) 2207522
www.conadi.gob.cl

Gobierno de Chile

Constitución. La disposición no distingue el tipo de delitos, las penas alternativas deseables ni los requisitos para su procedencia. De ahí que el Tribunal Constitucional, al momento de resolver la constitucionalidad de la norma, la declaró conforme a la Carta Fundamental en el entendido que la misma se entendía aplicada a través de la ley N° 18.216.

Así también, sobre el artículo 10 del Convenio N° 169, vuestro Excelentísimo Tribunal Constitucional se ha pronunciado en esta materia en sentencia de causa Rol N° 309-00, del año 2000, señalando lo siguiente:

“Que en cuanto a lo dispuesto por el artículo 10° que establece que cuando se impongan sanciones previstas en la legislación general a miembros de dichos pueblos, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, ello no hace otra cosa que confirmar los principios que inspiran el proceso penal, que gira en torno al establecimiento del hecho punible, a la determinación de los participantes y a las circunstancias que puedan extinguir, aumentar o atenuar su responsabilidad en el mismo, todas las cuales conforman la convicción del juzgador”.

“Que, finalmente, en cuanto el artículo 10°, N° 2º, del Convenio dispone que los tribunales, al sancionar a miembros de los pueblos indígenas, deberán dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento, debe entenderse dicha norma dentro de lo que estrictamente la Constitución y la ley ponen en la esfera de la competencia del juez. A propósito de ello, debe reiterarse lo dispuesto por el artículo 19, N° 3º, de la Carta Fundamental, en cuanto expresa que: "Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado"

“Que la ley penal, en lo que interesa, establece la penalidad de los delitos, las circunstancias que la modifican y las atribuciones que, en general, le corresponden a los jueces en su aplicación y, especialmente, en los casos de delitos que se sancionan con penas alternativas o flexibles, materias que son del todo compatibles con las que se mencionan en el Convenio. Por lo demás en la actualidad los jueces pueden imponer, cuando la ley los autoriza, penas no privativas de libertad o decidir sistemas de cumplimiento alternativo.”

En el mismo sentido se ha pronunciado la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de fecha 13 de agosto de 2020, en causa Rol 94.210-2020, relativa a la aplicación del artículo 10 del Convenio N° 169, teniendo presente que:

“el numeral segundo del precepto (10. N°2) no puede interpretarse en el sentido de que dicha preferencia es de carácter absoluto, puesto que ello llevaría al absurdo que en todo los casos en que se juzgue a un miembro de un pueblo indígena por la comisión de un delito, por grave que sea,

Dirección Nacional
Vicuña Mackenna #399
Temuco, Chile
Tel: 800 452 727 – (45) 2207522
www.conadi.gob.cl

Gobierno de Chile

su pena no la cumpliría privado de libertad en un establecimiento estatal”, y que esta aplicación “que no puede ser ajena a los principios y normas universales del derecho penal, como el principio de legalidad de las penas”.

Es así, que en el contexto nacional, a la época de la promulgación de la Ley Pascua, el sistema penal no contemplaba la posibilidad de que las personas condenadas a penas privativas de libertad, pudieran cumplir su condena en un medio libre, alternativa que actualmente se encuentra disponible a través de las siguientes normas:

- La ley N° 18.216, que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, y su reciente modificación integral por la ley N° 20.603 que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad.
- El decreto ley N° 321, modificado por la ley N° 21.124 que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad.

Estas legislaciones establecen los casos y situaciones en las que resulta aplicable el régimen de penas sustitutivo al encarcelamiento, estableciendo un contexto general de la política penal.

La ley N° 18.216, luego de sus modificaciones, establece un sistema de penas sustitutivas que, en términos generales, promueve la reinserción social del condenado, consagrando que las penas de reclusión o presidio bajo los 5 años de privación de libertad puedan ser cumplidas mediante el sistema de penas sustitutivas (remisión condicional de la pena, servicios en beneficio de la comunidad, reclusión parcial y libertad vigilada simple e intensiva, según corresponda), en la medida que se cumplan determinados requisitos que excluyen, a su vez, ciertos delitos.

La ley N° 21.124 que modificó el decreto ley N° 321 en el sentido de considerar la libertad condicional como un beneficio que se otorga previa evaluación en base a informes sobre el pronóstico de la reinserción social del condenado, aplicable, conforme a su artículo 2º a “[t]oda persona condenada a una pena privativa de libertad de más de un año de duración” que cumpla otros requisitos (que haya cumplido la mitad de la condena si no se tratare de los delitos establecidos en los artículos 3º, 3º bis y 3º ter del decreto, caso en que se deberán cumplir otros tiempos de condena). De esta manera, el otorgamiento del beneficio supone el cumplimiento de determinados supuestos, mucho más claros para orientar la determinación del juez.

El artículo 14 de la Ley Pascua no considera dichos informes ni requisitos para el otorgamiento del beneficio, dándole exclusivamente al juez la facultad de ponderar, luego de dictada la condena y sin

Dirección Nacional
Vicuña Mackenna #399
Temuco, Chile
Tel: 800 452 727 – (45) 2207522
www.conadi.gob.cl

Gobierno de Chile

ningún elemento que oriente su decisión, la posibilidad de que el condenado cumpla dos tercios de su pena en libertad.

La aplicación de penas alternativas a la privación de libertad en un recinto penitenciario ya posee una regulación en la normativa general, por lo que, a luz de estos tiempos, la regulación de esta materia en una normativa especial para Isla de Pascua carece de motivos que la fundamenten, atentando contra el principio de la igualdad ante la ley consagrado en los artículos 1 y 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, al haber cesado el fin que se tuvo a la vista para establecer una diferenciación en la ejecución de las penas; configurándose actualmente una “discriminación arbitraria”, lo cual se encuentra prohibida en nuestra Carta Fundamental.

Así, la combinación entre la regulación del artículo 14 de la Ley Pascua, la ley N° 18.216 modificada por la ley N° 20.603, el decreto ley N° 321 y el Convenio N° 169, teniendo presente además la CEDAW y la Convención Belém do Pará, daría cuenta que el artículo 14 de la Ley Pascua se ha transformado en el contexto actual en un resabio asistemático y anacrónico en el diseño general del legislador en la política penitenciaria, generando un incompatibilidad jurídica con el sistema de administración de justicia.

En suma, el artículo 14 de la Ley Pascua contraviene el ordenamiento jurídico interno, por cuanto existen otras regulaciones que han establecido mecanismos para la concesión de penas sustitutivas que contienen los criterios de especificidad necesarios, y porque establece distinciones arbitrarias prohibidas por nuestra Constitución Política de la República en sus artículos N° 1 y 19 N° 2.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto.

RUEGO A V.S.E. tener por evacuado el informe requerido.

Sin otro particular, se despide atentamente,



IGNACIO ANDRÉS MALIG MEZA
DIRECTOR NACIONAL
CONADI

IMM/FST/fst
Distribución:
Indicada
Fiscalía CONADI
Oficina de Partes

Dirección Nacional
Vicuña Mackenna #399
Temuco, Chile
Tel: 800 452 727 - (45) 2207522
www.conadi.gob.cl

Gobierno de Chile