

2025

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 15.217-2024

[12 de marzo de 2025]

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 1º, INCISO
SEGUNDO, DE LA LEY Nº 18.216**

MIGUEL ÁNGEL SOTO IBÁÑEZ

EN EL PROCESO PENAL RIT Nº 9886-2023, RUC Nº 2300238052-8, SEGUIDO
ANTE EL JUZGADO DE GARANTÍA DE PUERTO MONTT, EN CONOCIMIENTO DE
LA CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT, POR RECURSO DE
APELACIÓN, BAJO EL ROL Nº 122-2024 (PENAL)

VISTOS:

Que, con fecha 15 de febrero de 2024, Miguel Ángel Soto Ibáñez ha
presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad
respecto del artículo 1º, inciso segundo, de la Ley Nº 18.216, en el proceso penal
RIT Nº 9886-2023, RUC Nº 2300238052-8, seguido ante el Juzgado de Garantía de
Puerto Montt, en conocimiento de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, por
recurso de apelación, bajo el Rol Nº 122-2024 (Penal).

Precepto legal cuya aplicación se impugna

El texto del precepto legal impugnado señala:



Ley N° 18.216

Artículo 1°. *La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas:*

[...]

No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley, tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142, 150 A, 150 B, 361, 362, 363, 365 bis, 366 incisos primero y segundo, 366 bis, 372 bis, 390 390 bis, 390 ter, 391 y 411 quáter del Código Penal; o de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2° y en el artículo 3° de la ley N°17.798, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del mismo Código. Tampoco procederá respecto de aquellos delitos contra la vida y la integridad física de funcionarios de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones y Gendarmería de Chile. Asimismo, tampoco procederá respecto de los funcionarios de las Fuerzas Armadas y servicios de su dependencia, en cumplimiento del deber, exclusivamente, en el marco de funciones de resguardo del orden público, tales como las que se ejercen durante estados de excepción constitucional, en protección de la infraestructura crítica, resguardo de fronteras y funciones de policía, cuando correspondan o cuando se desempeñan en el marco de sus funciones fiscalizadoras.

[...].”

Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Refiere la actora que el 1 de febrero de 204, en audiencia de procedimiento abreviado, el Juzgado de Garantía de Puerto Montt lo condenó a la pena de 541 días de presidio menor en grado medio como autor del delito de abuso sexual a persona mayor de catorce años, previsto y sancionado en el artículo 366 del Código Penal.

Relata que su defensa solicitó la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, pero que el tribunal desestimó su petición aplicando la norma impugnada en autos, por lo que presentó un recurso de apelación, el cual



ingresó a la Corte de Apelaciones de Puerto Montt bajo el Rol N° 122.2024 (Penal).

Como conflicto constitucional, la requirente alega en primer lugar que el precepto legal impugnado infringe los artículos 1 y 19 N° 2, en relación con los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que amparan el principio de no discriminación e igualdad ante la ley.

Argumenta que la norma cuestionada consolida una evidente arbitrariedad, puesto que el legislador ha privado a ciertos delitos de determinadas prerrogativas establecidas con carácter general para todos los demás delitos, y al hacerlo, está derechamente contraviniendo el mandato del constituyente, en orden a no discriminar.

Agrega que el cumplimiento de la pena corporal, sin posibilidad de que ella sea sustituida por una pena sustitutiva, cumple una función de prevención general negativa, cuyo fin no sería idóneo en nuestro sistema, que consagra la reinserción social del penado como objetivo primordial de la pena, de acuerdo a la Ley N° 20.603.

Por ello, recalca que la aplicación del precepto legal impugnado no logra sobrepasar con éxito el test de igualdad, pues la diferencia de trato no se funda en criterios razonables ni objetivos.

En segundo término, la requirente reclama que la norma en examen vulnera el artículo 19 N° 3, inciso sexto, de la Carta Fundamental, pues, a su juicio, no resulta justo y racional un proceso en que el tribunal vea severamente limitada su capacidad jurisdiccional para actuar con justicia, según las características del caso y del sujeto penalmente responsable. De ello, concluye que se vulnera el principio de proporcionalidad, pues se establece una rigidez legal que limita al tribunal en el cálculo de ponderación en el proceso de aplicación de la pena.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por resolución de la Primera Sala, el 20 de febrero de 2024, a fojas 63, y se ordenó la suspensión del procedimiento, y fue declarado admisible por resolución de la misma Sala, el 12 de marzo de 2024, a fojas 99.

Conferidos los traslados de fondo a todas las partes de la gestión pendiente y a los órganos constitucionales interesados, no hubo presentaciones.



Con fecha 12 de abril de 2014, a fojas 159 fueron traídos los autos en relación.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 27 de junio de 2024 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, y los alegatos del abogado Andrés Martínez Ramírez, por la parte requirente, y se adoptó acuerdo, conforme fue certificado por la relatora de la causa.

Y CONSIDERANDO:

I. EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO

PRIMERO: Que, como consta en la parte expositiva de este fallo, la gestión pendiente de autos consiste en el recurso de apelación deducido por el requirente en contra de la parte de la sentencia definitiva condenatoria dictada en su contra por el Juzgado de Garantía de Puerto Montt en el proceso penal RIT N° 9886-2023, RUC N° 2300238052-8, que rechazó la aplicación de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, y que se encuentra en actual conocimiento de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, bajo el Rol N° 122-2024 (Penal).

SEGUNDO: Que, el requirente solicita a este Tribunal la declaración de inaplicabilidad del artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, en la medida que dicho precepto prescribe la improcedencia de la sustitución de la pena respecto de la figura penal de abuso sexual del artículo 366 inciso primero del Código Penal en virtud de la cual fue condenado por el Juzgado de Garantía de Puerto Montt.

Tal solicitud se funda en dos argumentos. En primer lugar, se alega que la aplicación del precepto legal impugnado resultaría inconstitucional por infringir los artículos 1 y 19 número 2 del texto constitucional, como, asimismo, los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando que se configuraría una diferencia de trato arbitraria que daría lugar a una discriminación. En segundo lugar, se plantea que la aplicación del antedicho precepto vulneraría el racional y justo procedimiento de conformidad con el artículo 19 número 3 inciso sexto de la Carta Fundamental, en tanto limitaría la

capacidad del tribunal de actuar con justicia en atención a las características del asunto sometido a su conocimiento.

II. EL DELITO DE ABUSO SEXUAL

TERCERO: Que, como ha señalado esta Magistratura a propósito de la resolución de impugnaciones referidas al inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.216, para efectos de examinar su constitucionalidad, corresponde examinar las características del delito que se imputa al requirente (véase STC Rol N° 14.900, considerando 3°).

A este respecto, cabe recordar que este Tribunal ha resuelto desestimar requerimientos referidos al mismo precepto impugnado en atención a la gravedad del delito en cuestión. Por una parte, ha rechazado la admisibilidad de ciertos requerimientos por constatare un vínculo entre la dañosidad del delito en sí y la sanción prevista por el legislador a su respecto, debiendo considerar su especial forma de cumplimiento como parte integrante de dicha sanción (STC Roles N° 4.695 y 13.495). Por otra parte, resolviendo sobre el fondo, ha sostenido que establecer la improcedencia de las penas sustitutivas respecto de un delito “*resulta proporcional a la entidad del delito por el que fue condenado el requirente*” (STC Rol N° 9.433, considerando 17°).

CUARTO: Que, el delito en cuestión se establece en el artículo 366 del Código Penal, contenido en el Título VII de dicho cuerpo legal, denominado “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”. Dicho título fue modificado el año 2004, en virtud de la Ley N° 19.927, eliminándose la referencia a los simples delitos, e introduciéndose el concepto de “integridad sexual”.

Las figuras penales en virtud de las que el legislador busca tutelar la integridad sexual se identifican como “delitos sexuales”, y, en términos generales, importan conductas que atentan contra la libertad o indemnidad sexual de cualquier persona. Sin embargo, en los hechos, se cometen principalmente contra mujeres y niñas y niños; en su ejecución muchas veces se emplea fuerza física, presión o engaño; generalmente, tienen lugar en virtud de un proceso gradual (no se trata de un único evento) y los cometen personas vinculadas directa o indirectamente a la víctima, por lo que son difíciles de probar; a su vez, su comisión produce graves y prolongadas consecuencias para las víctimas, ya que, además de los eventuales daños físicos, producen secuelas psíquicas o mentales prolongadas en el tiempo, que afectan su vida sexual, de pareja, familiar y social (SILVA SILVA, Hernán. 2023. *Los delitos sexuales*. Editorial Libromar: Santiago de Chile, p. 25).

QUINTO: Que, en nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de abuso sexual alude al conjunto de delitos que consisten en actos de significación sexual distintos del acceso carnal. Esto, a diferencia de lo que se observa en otros ordenamientos jurídicos (como, por ejemplo, el español), en que se usa la noción de abuso sexual como categoría comprensiva del conjunto de delitos sexuales en que existe un aprovechamiento de la situación de superioridad del autor respecto de la víctima, siendo indiferente la forma en que se materializa la agresión (acceso carnal u otro acto).

SEXTO: Que, con anterioridad a la dictación de Ley N° 19.617 (1999), el delito de abuso sexual contemplado por nuestro Código Penal se denominaba ‘abusos deshonestos’ y castigaba a quien “*abusare deshonestamente de una persona de uno u otro sexo mayor de doce años y menor de veinte*” (que pasarían a ser 18 años luego de la modificación introducida por la Ley N° 19.221 de 1993), comprendiendo una acción sexual distinta del acceso carnal. La norma asimismo contemplaba una figura agravada, estableciendo que cuando “*concurriere alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 361 [delito de violación], se estimará como agravante del delito, aun cuando sea mayor de veinte años la persona de quien se abusa*”.

El delito de abusos deshonestos fue objeto de críticas, cuestionándose la falta de descripción de la conducta, lo que en opinión de la doctrina permitía una interpretación extensiva que podía incluir cualquier conducta que implicase “*un mal uso o uso indebido de la sexualidad, lo que incluiría perversiones sexuales, pero en general, se excluían las conductas que no implicaran un abuso de otra persona*”. Más aún, se consideraba que el bien jurídico protegido se encontraba en el “*límite entre aquellos cuya tipificación pretende proteger y reforzar la protección de la libertad sexual de las personas, de una parte, y aquellos cuyo objeto es el resguardo de la honestidad y las buenas costumbres de otra*” (WINTER ETCHEBERRY, Jaime. 2018. *Delitos contra la indemnidad sexual*. Santiago de Chile: DER Ediciones, pp. 39 y 15).

SÉPTIMO: Que, la Ley N° 19.617 dejó atrás las figuras de abuso deshonesto, estableciendo un tipo “*estrictamente jurídico, es decir, exento de connotaciones morales*” (RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. 2000. *Delitos sexuales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 26). La regulación actual establece varias hipótesis de abuso sexual como acción sexual distinta del acceso carnal.

Tres de dichas hipótesis se contemplan en el artículo 366 del Código Penal, a saber: (i) el cometido contra una persona mayor de catorce años con alguna de las modalidades propias del delito de violación del artículo 361 del Código Penal (inciso primero); (ii) el cometido con alguna de las modalidades propias del delito de estupro -artículo 363 del mismo Código-, cuando la víctima sea menor de edad, pero mayor de catorce años (inciso segundo); y (iii) el abuso

sexual por sorpresa, cuando el abuso consiste en el empleo de sorpresa u otra maniobra que no suponga consentimiento de la víctima, cuando ésta sea mayor de catorce años (inciso tercero). A su vez, el artículo 366 bis contempla la figura de abuso sexual cometido contra una persona menor de catorce años.

Luego, el artículo 366 ter del mismo cuerpo legal –también introducido por la Ley N° 19.617– establece que debe entenderse por acción sexual *“cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”*.

OCTAVO: Que, la historia de la Ley N° 19.617 da cuenta de que el informe de la Comisión Mixta del Congreso Nacional sostuvo que la expresión *“cualquier acto de significación sexual”* contemplado en el artículo 366 ter *“tiene el propósito de dejar entregado al desarrollo jurisprudencial lo que se ha de entender por acto de significación sexual, aunque es claro que no podrán considerarse como tales los accesos carnales constitutivos de violación, reduciéndose el alcance del tipo a los tocamientos o palpaciones del cuerpo de la víctima hechos con ánimo libidinoso”*.

Por otra parte, la relevancia del acto a que alude el precepto dice relación con *“la intensidad de la conducta de la significación sexual”* de manera tal que *“entendiendo que hay un gran número de conductas que objetivamente se vinculan a una actividad sexual, algunas de ellas no tienen la entidad suficiente para ser constitutivas de abusos sexuales”* (WINTER ETCHEBERRY, ob. cit., p. 42).

NOVENO: Que, en cuanto al bien jurídico protegido por los delitos sexuales, Luis Rodríguez Collao ha señalado que *“un examen global de los preceptos que tienden a la protección de los intereses sexuales del individuo permite concluir que ellos se orientan a la protección de más de un valor”* (RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. 2023. *Delitos sexuales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 174). Así, plantea el autor que los delitos sexuales importan la protección de (i) la libertad sexual, en las hipótesis en que el autor coarta la capacidad de autodeterminación de la víctima; (ii) la incolumidad o indemnidad sexual, en tanto se vea afectado el derecho del individuo a no sufrir daños o detrimentos en el ámbito de la sexualidad; (iii) la intangibilidad de la persona, en la medida se trate de conductas que importan una instrumentalización de la víctima que resulta contraria a su dignidad humana.

En este sentido, se utilizará el concepto de “integridad sexual” aludido por el Código Penal haciendo referencia a los bienes jurídicos recién descritos, en el sentido de que los delitos sexuales se orientan a la protección de uno o más de ellos.

III. IMPROCEDENCIA DE LA PENA SUSTITUTIVA RESPECTO DE LA FIGURA DEL ARTÍCULO 366 INCISO 1° DEL CÓDIGO PENAL

DÉCIMO: Que, en su redacción de 1982, la Ley N° 18.216 determinaba que la pena no podía exceder de los cinco años para, por ejemplo, optar a la pena sustitutiva de libertad vigilada, pero no contenía excepciones respecto de la procedencia de las penas sustitutivas a la privativa o restrictiva de libertad. En este sentido, no se establecían limitaciones vinculadas a determinados delitos, sino sólo a determinadas condenas.

El artículo 2 N° 1 de la Ley N° 19.617 reformó el artículo 1° inciso segundo de la Ley N° 18.216, dándole la siguiente redacción: “[n]o procederá la facultad establecida en el inciso precedente tratándose de los delitos previstos en los artículos 362 y 372 bis del Código Penal, siempre que en este último caso la víctima fuere menor de 12 años”. Así, se hizo improcedente la sustitución de la pena respecto de las personas condenadas por violación impropia -cometida contra persona menor de 12 años (que pasarían a ser 14 años en virtud de la Ley N° 19.927 de 2004)- y violación con resultado de muerte.

En virtud de la Ley N° 20.603 (2012), tal restricción se amplió a las personas condenadas por los delitos de violación propia (artículo 361), parricidio (artículo 390), y homicidio calificado (artículo 391 N° 1). Luego, al homicidio simple, a través de la Ley N° 20.779 (2014); a diversos delitos previstos en la Ley de Control de Armas -Ley N° 20.813 (2015)-; al delito de torturas (artículos 150 A y B) -Ley N° 20.968 (2016)-; al delito de femicidio (artículos 390 bis y 390 ter) -Ley N° 21.212 (2020)-; y a los delitos de estupro (artículo 363), abuso sexual agravado (artículo 365 bis), abuso sexual de mayores de 14 años (artículo 366 incisos primero y segundo), el abuso sexual de menores de 14 años (artículo 366 bis) y trata de personas (artículo 411 quáter) -Ley N° 21.523 (2022)-. A su vez, en virtud de la Ley N° 21.412 (2022), se modificaron las reglas sobre penas sustitutivas para los condenados en virtud de la Ley de Control de Armas. Finalmente, mediante la Ley N° 21.560 (2023), se estableció la improcedencia de la sustitución de la pena respecto de los condenados por delitos contra la vida y la integridad física de funcionarios de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones y Gendarmería de Chile; y de las Fuerzas Armadas y servicios de su dependencia, en cumplimiento de sus funciones.

DECIMOPRIMERO: Que, como se mencionaba, la referencia a los incisos 1° y 2° del artículo 366 del Código Penal fue incorporada al catálogo contenido en el precepto impugnado en virtud de la Ley N° 21.523, que modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales y evitar su revictimización. La idea matriz de la moción parlamentaria que dio origen a la tramitación del proyecto consistía en “proteger los derechos de las víctimas de delitos sexuales, brindándole apoyo

estatal para que conozcan y puedan ejercer adecuadamente sus derechos, protegiendo su integridad y privacidad en la investigación y el proceso penal, evitando su revictimización y, en definitiva, garantizando su derecho a una vida libre de violencia” (Historia de la Ley N° 21.523, p. 4; disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8099/>).

A su vez, aunque las pocas explicaciones que se encuentran en los registros de la tramitación legislativa relativas a las modificaciones que esta ley establece respecto de la Ley N° 18.216 son escuetas, de todas maneras, cabe destacar que la idea de evitar la impunidad respecto de quienes cometen delitos sexuales resultó recurrente durante la discusión parlamentaria.

Por otro lado, como antecedente relevante para efectos del presente caso, cabe tener presente que, a la hora de describir sus fundamentos, la moción también declaró lo siguiente:

“De acuerdo a lo establecido en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de Chile, resulta indispensable tanto para el Estado como para sus ciudadanos respetar y promover los derechos garantizados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en tal sentido, resulta fundamental resaltar lo establecido en la convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como ‘Convención Belém Do Pará’ donde se reconoce explícitamente la violencia contra las mujeres como ‘una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres’”.

DECIMOSEGUNDO: Que, este Tribunal ha sostenido que en virtud de la Ley N° 21.523, el legislador vino a completar el tratamiento del delito de abuso sexual “para contemplar un sistema de penas que impide, a quien resulte condenado como autor de él, acceder a alguna de las penas sustitutivas a que alude el inciso 2° del art. 1 de la Ley N° 18.216”, buscando “ser ‘reflejo de la identidad social, es decir, de la comprensión que una sociedad tiene de sí misma en un determinado momento histórico’ (Alex von Weezel (2023), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ediciones UC, p. 17) y teniendo presente la gravedad del delito” (STC Rol N° 14.900-23, considerando 18°).

IV. SOBRE LA ALEGACIÓN RELATIVA A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

DECIMOTERCERO: Que, como ya se mencionaba, el requirente alega la infracción de la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 número 2 del texto constitucional. En este sentido, plantea que la aplicación del precepto importaría una arbitrariedad por su carácter desproporcionado, alegando que la idoneidad en sede penal exige que la consecuencia jurídica sea apta para alcanzar los fines de la pena. Así, señala que la Constitución tiene por finalidad

en este ámbito la resocialización del condenado, incorporada a nuestro ordenamiento en virtud del artículo 5, inciso segundo de la Carta Fundamental, en relación con lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos.

DECIMOCUARTO: Que, la jurisprudencia asentada de esta Magistratura da cuenta de que, en virtud del derecho a la igualdad ante la ley, se garantiza que las reglas serán iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que están en situaciones diferentes, sin que puedan establecerse distinciones que constituyan discriminaciones.

De esta forma, el primer paso para determinar si podría verse afectado el derecho en comento, es constatar la existencia de una diferencia entre dos circunstancias comparables. En este sentido, si se identifican dos circunstancias que resulten efectivamente comparables respecto de las cuales se establece una diferencia (esto es, si una medida no se aplica a todas las personas que se encuentran en circunstancias comparables), será necesario evaluar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria.

DECIMOQUINTO: Que, del requerimiento se desprende que el requirente no identifica una o más situaciones similares a aquella en la que se encuentra, para efectos de establecer la comparación sobre la que debe asentarse una alegación de verse infringida la igualdad ante la ley, sin identificar un determinado *tertium comparationis* que afirme la necesidad de asimilar tales situaciones para efectos de su tratamiento jurídico. Sin perjuicio de ello, resulta posible construir tal ejercicio relacional para efectos de analizar si se verifica una infracción a la igualdad ante la ley por aplicación del precepto legal impugnado.

DECIMOSEXTO: Que, por una parte, se constata que el precepto impugnado se ajusta al estándar del artículo 19 número 2 de la Carta Fundamental en la medida que, en su virtud, la improcedencia de la sustitución de las penas privativas o restrictivas de libertad resulta aplicable respecto de todas las personas condenadas como autoras del delito consumado de abuso sexual del artículo 366 inciso primero del Código Penal, por el que fue imputado y sentenciado el requirente. Es decir: la improcedencia de la sustitución de la pena se aplica a todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias desde esta primera perspectiva.

DECIMOSÉPTIMO: Que, por otra parte, aunque en términos excesivamente vagos, el requerimiento alude al segundo tipo de ejercicio relacional que resulta pertinente analizar, cual es, la comparación entre la situación de quienes son condenados por el delito del artículo 366 del Código

Penal y la de quienes son condenados por otros delitos respecto de los que sí procede la sustitución de las penas privativas o restrictivas de libertad.

El requirente se limita a afirmar que por aplicación del precepto impugnado se consolidaría *“una evidente arbitrariedad, puesto que, no es solamente que el legislador haya privado a ciertos delitos, de ciertas prerrogativas establecidas con carácter general para todos los demás delitos, sino que al hacerlo, está derechamente contraviniendo el mandato del constituyente, en orden a no discriminar, puesto que por ley está estableciendo diferencias arbitrarias”* (fojas 6). En este sentido, se colige que el requirente considera que, siendo la procedencia de la sustitución de la pena la regla general, el establecimiento de excepciones respecto de dicha regla general importaría una discriminación.

DECIMOCTAVO: Que, la sola existencia de excepciones a la regla general en esta materia no puede, por sí misma, calificarse como discriminatoria, sino que deberá constatarse la existencia de dos circunstancias asimilables respecto de las cuales corresponda otorgar el mismo tratamiento jurídico (en este contexto: hacer procedente la sustitución de la pena), pero hayan sido objeto de tratamientos jurídicos diferenciados (en este contexto: en ciertos casos, hacer procedente la sustitución de la pena; y en otros, no).

Ahora bien, dos circunstancias resultan asimilables para estos efectos en la medida que se identifique un elemento que tienen en común *-tertium comparationis-*, y que haga necesario que su tratamiento jurídico sea el mismo.

A este respecto, en primer lugar, es preciso desechar la posibilidad de que, para efectos del análisis que nos convoca, tal elemento en común pueda encontrarse en la penalidad asignada al delito. En efecto, esta Magistratura ha señalado que *“la circunstancia de que dos o más delitos compartan la misma penalidad no inhibe al legislador para establecer un tratamiento diferenciado en otros aspectos, siempre que en ello no exceda los límites constitucionales. En efecto, de la existencia de una misma penalidad no puede asumirse que en todo aspecto y bajo toda circunstancia el tratamiento debe ser idéntico. Bien podría el legislador, actuando dentro del marco constitucional, fijar, respecto de delitos que tienen idéntica pena, plazos de prescripción diversos, excluir ciertas atenuantes, establecer reglas especiales respecto a la determinación de la pena, sobre la reincidencia o medidas de protección, como también puede fijar una especial forma de cumplimiento de la pena”* (STC Rol N° 14.900, considerando 21°).

DECIMONOVENO: Que, cabe recordar lo planteado por este Tribunal en STC Rol N° 15.485-2024, pronunciándose sobre una solicitud de inaplicabilidad del mismo precepto que se impugna en estos autos asimismo en razón de la referencia en éste contenida al artículo 366 del Código Penal. En dicho fallo, se señaló que *“la limitación que el legislador ha establecido respecto a la aplicación*

de penas sustitutivas a los condenados por determinados delitos ha sido especificando el tipo penal y no mediante una determinación genérica, como podría ser la penalidad o quantum de la pena, siendo razonable y sin que resulte desproporcionado que dicha exclusión se realice en consideración de la naturaleza del delito, del bien jurídico protegido o de la condición de la víctima” (considerando 13°).

VIGÉSIMO: Que, como se explicó precedentemente, la figura por cuya comisión fue condenado el requirente en la gestión pendiente de autos es un delito sexual, que protege la integridad sexual de las personas. Sin embargo, no resulta plausible considerar que la sujeción de estos delitos a regímenes diversos, en lo relativo a la sustitución de la pena, constituya una discriminación, en la medida que resulte posible distinguirlos para estos efectos desde la perspectiva de su gravedad o dañosidad.

Así, es preciso enfatizar que la ponderación legislativa de la gravedad o dañosidad del delito puede dar lugar a diversas consecuencias normativas. En este sentido, podrá expresarse tal ponderación en la pena asignada al delito, pero también, por ejemplo, en los plazos de prescripción y las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal aplicables, así como en el régimen relativo a la forma de cumplimiento de la pena.

De este modo, que la sustitución de la pena resulte improcedente sólo respecto de algunos delitos sexuales, se explica en la medida que el legislador ha estimado dichos delitos sexuales como particularmente graves. Así, en el caso del artículo 366 del Código Penal, las figuras contempladas en los incisos 1° y 2° se incluyen en el catálogo de delitos establecido en el precepto legal impugnado; mientras que la figura del inciso 3° (abuso sexual por sorpresa) no se incluye, resultando procedente la sustitución de la pena. De ello no se sigue la existencia de una discriminación, en la medida que, en atención a lo dicho, la distinción fue establecida por el legislador haciendo uso del margen de discrecionalidad con que cuenta para establecer diferenciaciones razonables en el tratamiento punitivo de las figuras delictivas.

VIGESIMOPRIMERO: Que, el requerimiento reprocha el precepto impugnado en tanto considera que su finalidad no resulta constitucionalmente admisible, lo que asimismo daría lugar a una infracción del artículo 19 número 2 de la Carta Fundamental. En este sentido, argumenta que no corresponde que el precepto en cuestión se oriente hacia la prevención general negativa, puesto que en nuestro sistema se habría establecido la reinserción social del condenado como objetivo primordial de la pena. Ello, puesto que en virtud del artículo 5 inciso segundo del texto constitucional, se afirmaría el imperativo de que las penas privativas de libertad tengan como finalidad la reinserción social,

de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

VIGESIMOSEGUNDO: Que, no resulta constitucionalmente admisible plantear que el único fin legítimo de la pena deba ser la resocialización, proscribiéndose la posibilidad de que la prevención o la pura retribución tengan cabida en la política criminal; y, en cualquier caso, el reproche de la finalidad del precepto cuya inaplicabilidad se solicita en estos autos no resulta atendible en los términos planteados, en la medida que se tematiza como concerniente a la finalidad de la pena.

Desde la perspectiva constitucional, el análisis del fin de la medida legislativa respecto de la que se alega la infracción de la igualdad ante la ley no puede asimilarse con aquel relativo al fin de la punición que tiene lugar en el ámbito disciplinar del derecho penal. Es decir: la finalidad de la medida no se identifica por referencia a lo que, desde la teoría de la pena, pueda concebirse como el fin de las penas en general, sino más bien, por referencia a los derechos o intereses individuales o colectivos que se busca tutelar en virtud del precepto impugnado.

De este modo, desde la perspectiva del análisis constitucional que compete a esta Magistratura realizar, se constata la legitimidad del fin perseguido por el artículo 6 de la Ley N° 21.523, que vino a incorporar -entre otros- a los delitos de abuso sexual consagrados en los incisos primero y segundo del artículo 366 del Código Penal al grupo de ilícitos penales respecto de los que la condena en calidad de autor y en grado de consumado, hace improcedente la sustitución de las penas privativas y restrictivas de libertad.

Ello, en tanto la finalidad legítimamente pretendida por la ley consiste en la protección de los derechos de las víctimas de delitos sexuales, tal como se dio cuenta en el considerando decimoprimer al referir a la historia de la ley. A tal conclusión se arriba teniendo presente que, de conformidad con lo señalado precedentemente, la referencia al artículo 366 del Código Penal contenida en el precepto legal impugnado, fue incorporada en virtud del artículo 6 de la Ley N° 21.523. En este sentido, con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, el artículo 1 inciso segundo de la Ley N° 18.216 hacía improcedente la sustitución de las penas privativas y restrictivas de libertad sólo respecto de tres delitos sexuales -violación propia, violación impropia y violación con resultado de muerte (artículos 361, 362 y 372 *bis* del Código Penal, respectivamente)-. Así, a partir de la Ley N° 21.523, la sustitución resulta asimismo improcedente respecto del delito de estupro del artículo 363 del Código Penal, y de las figuras de abuso sexual previstas en los artículos 365 *bis*; 366 incisos primero y segundo; y 366 *bis* del Código Penal.

VIGESIMOTERCERO: Que, a mayor abundamiento, y atendidas las consideraciones particulares del caso concreto, se advierte que el fin perseguido por el precepto en la parte impugnada se encuentra en plena concordancia con las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile en virtud de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante, Convención Belém Do Pará).

En este sentido, es preciso considerar que en virtud del precepto legal que se reprocha en estos autos, el Estado de Chile busca dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención Belém Do Pará, en que los Estados Partes convienen *“adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar”* la violencia contra la mujer, la cual, de acuerdo con las definiciones contenidas en los artículos 1 y 2 del instrumento en comento, comprende las acciones o conductas de violencia sexual, y específicamente, el abuso sexual.

Asimismo, en virtud del mismo precepto, el Estado de Chile se compromete a *“actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”; “incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”; 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”* (letras “b”, “c”, y “e”, respectivamente, del artículo 7 de la Convención Belém Do Pará).

Así las cosas, el objetivo de la norma legal cuya inaplicabilidad se solicita, en tanto busca proteger los derechos de las víctimas de delitos sexuales, se corresponde, en el caso concreto de autos, con el cumplimiento del deber de adoptar medidas que se orienten a la prevención, investigación, sanción, y erradicación de la violencia sexual contra las mujeres. Con ello, además de darse cumplimiento por parte del Poder Legislativo del deber constitucional de los órganos del Estado de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención Belém Do Pará, a su vez permite propender a la efectiva igualdad entre hombres y mujeres que declara expresamente el artículo 19 número 2 de nuestro texto constitucional, al consagrar el derecho de igualdad ante la ley, sobre todo si se tiene presente que, en atención a lo dispuesto por el artículo 5 de la antedicha Convención, la violencia contra la mujer *“impide y anula”* el ejercicio sus derechos.

VIGESIMOCUARTO: Que, a su vez, es preciso recordar que el requirente fue condenado a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, además de las penas accesorias establecidas para el efecto, *“por su*



*responsabilidad en calidad de autor directo, culpable, material e inmediato en grado de desarrollo consumado en un delito de abuso sexual de mayor de 14 años, previsto y sancionado en el **artículo 366 inciso 1º** con relación 361 N°2 ambas normas del Código Penal, hecho acaecido en la madrugada del día 20 de enero de 2023 al interior del domicilio de calle Moisés Morales N°1305 comuna de Cochamó, y en perjuicio de la indemnidad sexual de **la menor de edad** a esa fecha de iniciales O.P.C.S”, en virtud de la sentencia definitiva dictada por el Juzgado de Garantía de Puerto Montt con fecha 1 de febrero de 2024, según consta en los antecedentes remitidos por dicho tribunal (fojas 154-155).*

Así, siendo la víctima menor de edad, el precepto que se impugna en estos autos asimismo responde a la necesidad de protegerla en su calidad de tal respecto de la violencia, y en particular, del abuso sexual, que puedan cometerse en su contra, en atención a las obligaciones de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para conseguirlo que pesan sobre el Estado de Chile en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 19 y 34).

Además, la propia Convención Belém Do Pará exige que, tratándose de mujeres menores de edad, la actuación del Estado tenga en especial consideración este factor, en razón de la situación de vulnerabilidad a la violencia que importa la intersección de la condición de mujer y la de menor de edad (artículo 9). De este modo, para efectos del control de constitucionalidad que ejerce esta Magistratura en virtud de la facultad establecida en el artículo 93, número 6, de la Constitución Política, es menester incorporar un enfoque interseccional, que considere en el escrutinio de la norma impugnada, los acervos normativos y los estándares constitucionales e internacionales desarrollados para otorgar especial protección a los sujetos que forman parte de grupos en situación de vulnerabilidad, como lo son las mujeres y las niñas.

Por lo dicho, las conclusiones esbozadas precedentemente se ven reforzadas en atención a las características del caso concreto de autos, toda vez que el precepto que resulta actualizado en su concretización como norma decisoria, responde no sólo al objetivo de protección de los derechos de las víctimas de delitos sexuales, sino que, además, al deber de prevenir, investigar, sancionar, y erradicar la violencia sexual contra mujeres y niñas, lo que fundamenta el deber del Estado de prestar especial atención a tales circunstancias, y adecuar su acción en consecuencia, evitando así su desprotección.

IV. SOBRE LA ALEGACIÓN RELATIVA AL DEBIDO PROCESO

VIGESIMOQUINTO: Que, la parte requirente reclama además que la aplicación del precepto impugnado daría lugar a una infracción del inciso sexto

del artículo 19 número 3 de la Constitución. Sin embargo, como se explica a continuación, la argumentación de la parte requirente se construye sobre una premisa errada, a saber, que *“en la individualización judicial de la pena **deben** añadirse reglas que permitan bajo ciertas circunstancias sustituir la pena privativa de libertad por otra en el medio libre, es decir, que deben considerarse las normas contempladas en la Ley 18.216”* (fojas 8).

VIGESIMOSEXTO: Que, el inciso sexto del artículo 19 número 3 de la Constitución, invocado por el requirente para estos efectos, consagra el instituto que comúnmente se identifica con el nombre de debido proceso, que corresponde a un entramado normativo de rango legal, cuya subsistencia institucional es garantizada por la Constitución.

Así, la Carta Fundamental no asegura un contenido específico y determinado del debido proceso, sino que garantiza la subsistencia del instituto a nivel legal -aunque su fisionomía pueda ser objeto de modificaciones-; y, frente a dichas modificaciones, garantiza ciertos elementos de continuidad, como estándares mínimos que conforman su racionalidad y justicia. Así, la Constitución requiere que, al diseñar un procedimiento, el legislador establezca mecanismos que permitan asegurar su racionalidad -en términos de configuración lógica y carente de arbitrariedad- y justicia -en el sentido de permitir el resguardo de los derechos de los participantes en un proceso- (véase STC Rol N° 1838-10, considerandos 9° y 10°).

Ahora bien, la disposición en comento establece una garantía normativa de cara a la configuración de los procedimientos jurisdiccionales. En cuanto a la actividad de juzgar, lo que se garantiza sólo dice relación con la decisión judicial en tanto conclusión del proceso, en la medida que se requiere que la actividad de juzgar, y la sentencia como su producto, deben fundarse en un proceso previo tramitado de conformidad a la ley.

VIGESIMOSEPTIMO: Que, no resulta entonces pertinente fundar la existencia de un derecho constitucional a la sustitución de la pena, ni tampoco un deber constitucional de establecerla en el inciso sexto del artículo 19 número 3 de la Constitución.

La determinación de las penas como respuesta estatal frente a la comisión de un delito es objeto de regulación constitucional en virtud del artículo 19 número 3 incisos octavo y noveno de la Carta Fundamental. Las exigencias constitucionales a este respecto son tres: (i) las penas deben establecerse por ley; (ii) para poder establecer una pena, la conducta sancionada asimismo debe tipificarse expresamente por ley; (iii) las leyes que determinen las penas sólo pueden regir para lo futuro, con la excepción de los casos en que la nueva ley favorezca al afectado.



En tanto hipótesis de intervención de la libertad personal, las penas privativas y restrictivas de libertad son reguladas constitucionalmente en virtud del literal b del artículo 19 número 7 del documento constitucional, estableciendo una reserva legal respecto de los “casos y forma” en que pueden tener lugar. En cuanto a los casos, se produce una superposición con la reserva legal del inciso octavo del artículo 19 número 3 de la Constitución. En cuanto a la forma, además de la reserva legal señalada, el literal d de la citada disposición constitucional establece a nivel constitucional ciertos estándares mínimos sobre cómo ha de llevarse a cabo la intervención tratándose de penas privativas de libertad.

Así las cosas, los deberes constitucionales que pesan sobre el legislador en cuanto a la determinación de la pena asignada a un delito son sólo aquellos de que se dio cuenta precedentemente, y, por tanto, no resulta aceptable lo planteado por el requirente, en el sentido de señalar que el legislador debe establecer reglas que permitan sustituir la pena privativa de libertad. Más aún, si este Tribunal decidiera acoger la solicitud de inaplicabilidad, estaría invadiendo la competencia constitucionalmente reservada al legislador para determinar las sanciones aplicables a los ilícitos penales.

VIGESIMOCTAVO: Que, tampoco puede considerarse que establecer la improcedencia de la facultad que el artículo 1 inciso primero de la Ley N° 18.216 entrega al tribunal de sustituir las penas privativas o restrictivas de libertad respecto de los autores de ciertos delitos en grado de consumados importe un vicio de constitucionalidad por limitar su “*capacidad jurisdiccional para actuar con justicia según las características del caso y del sujeto penalmente responsable*” (fojas 8).

El ejercicio de la jurisdicción que -en los términos del artículo 76 de la Constitución- “*pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley*”, está sujeto a la misma regla general que rige respecto del contenido de todos los órganos del Estado, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental. En este sentido, salvo en aquellos casos en que el propio ordenamiento jurídico excepcione al tribunal de esta regla general (como sucede, por ejemplo, respecto de los árbitros arbitradores; o en aquellos casos en que se permite recurrir a los principios de equidad como fuente supletoria del derecho), rige a su respecto el principio de juridicidad en su faz sustantiva o material: el contenido de sus decisiones debe ajustarse a derecho -esto es, debe someterse “*a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella*” (artículo 6 inciso primero del documento constitucional)-.

Desde esta perspectiva, el artículo 1 inciso segundo de la Ley N° 18.216, impugnado en estos autos, es una normativa de rango legal que delimita las



posibilidades de actuación ajustada a derecho de que dispone el tribunal a la hora de determinar la pena aplicable al caso concreto.

VIGESIMONOVENO: Que, a su vez, el requerimiento de autos plantea que la aplicación del precepto legal impugnado resultaría inconstitucional por transgredir el principio de proporcionalidad que, según se argumenta, debe regir el cálculo de ponderación en el proceso de aplicación de la pena, señalando que tal principio se garantizaría en virtud del derecho consagrado en el artículo 19 número 3 inciso sexto, segunda parte, de la Constitución. En palabras del requirente, dicho principio de proporcionalidad de las penas *“asegura que el juez no se vea severamente limitado en su capacidad de actuar con justicia según las características del caso y del sujeto penalmente responsable, en relación a la decisión de conceder una pena sustitutiva”* (fojas 8).

A este respecto, basta con remitirse a la argumentación ya desarrollada en los considerandos precedentes para descartar la infracción que se reclama: del mismo modo que no procede fundar en la disposición constitucional del inciso sexto del artículo 19 número 3 un deber de que el legislador establezca la procedencia de la sustitución de la pena, tampoco procede fundar en la misma norma constitucional el principio de proporcionalidad de las penas, menos aún si se trata de un principio que -según explica el requirente- regiría la actividad de juzgar en el momento de la determinación concreta de la pena.

TRIGÉSIMO: Que, así las cosas, no es posible constatar la vulneración de ninguna de las disposiciones constitucionales cuya infracción se alega en virtud del requerimiento de autos, de manera tal que no puede ser acogido, y así se declarará.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- I. QUE SE **RECHAZA** EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO. OFÍCIESE.
- II. **ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS.** OFÍCIESE.

III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ y HÉCTOR MERY ROMERO, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, por las siguientes razones:

1°. Que, para entender el concepto de “*penas*” no basta con atenernos a lo prescrito por el Libro I título III del Código Penal. Las penas sustitutivas previstas en la Ley nro. 18.216 son también penas, y no dejan de serlo por no importar una efectiva privación de la libertad personal del encartado. Luis Miguel Araya Ávila sostiene que “... *en lo sustantivo, todos estos mecanismos punitivos responden a la idea de una consecuencia jurídico-penal negativa atenuada -una pena, en definitiva- en la medida que, en todos ellos, el sentenciado queda sujeto a una restricción efectiva de su libertad, cuestión con la cual nos alejaríamos de una simple figura de suspensión de la condena, al tenor, por ejemplo, de los artículos 398 del CPP o 41 de la Ley N° 20.084/2005*” (ARAYA ÁVILA, Luis Miguel, “Régimen de Penas Substitutivas. Revisión a la Ley N° 18.216, Ley N° 20.587 y Decreto Ley N° 321”, p. 31. Ediciones DER, Santiago 2023).

Así por lo demás, lo comprende también esta judicatura en STC 2.983, al razonar en el sentido que se dirá:

“VIGESIMOTERCERO: Que, por su parte, el principio de legalidad exige que una ley previa establezca no sólo la duración y el tipo de pena sino también las circunstancias de ejecución de la misma, es decir, las condiciones de cumplimiento.

Las penas alternativas también tienen el carácter de penas en cuanto restringen, en mayor o menor medida, la libertad personal y tienen por objetivo el control de las personas condenadas, coadyuvar a su reinserción social y evitar la reincidencia.

La Ley N° 20.603 sustituye la concepción que se tenía de las medidas establecidas en la Ley N° 18.216, reforzando su carácter punitivo y eliminando su denominación de alternativas para nominarlas “penas substitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad”.

El artículo 1° de la Constitución se extiende sin duda a la persona condenada, quien goza de los mismos derechos que las demás personas, con excepción de aquellos de los cuales fue privada mediante sentencia condenatoria;

VIGESIMOCUARTO: Que, de acuerdo a la nueva perspectiva compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las penas sustitutivas de aquellas de privación de libertad no constituyen "un beneficio" y su aplicación no puede ser sinónimo de impunidad. Tienen el carácter de pena, con una intensidad importante en casos como la reclusión parcial o la libertad vigilada intensiva.

Por otro lado, este tipo de pena favorece la reinserción social de los condenados, el uso racional de la privación de libertad y la mejor protección a las víctimas";

Una explicación adicional nos proporciona Van Weezel, quien sostiene que "(antes) de la reforma introducida por la Ley N° 20.603, se hablaba de medidas de cumplimiento alternativo, una especie de "beneficio" que se otorgaba a los condenados a penas de encierro, que cumplían ciertos requisitos. // A partir de 2012, en cambio, se puede afirmar que la ley contempla verdaderas penas sustitutivas. Y aunque en rigor únicamente la reclusión parcial y la prestación de servicios en favor de la comunidad tienen este carácter, sólo la caracterización de todas las instituciones previstas en la ley como penas sustitutivas permite explicar que, en caso de incumplimiento o quebrantamiento de cualquiera de ellas, se deje sin efecto la pena sustitutiva y se someta al condenado al cumplimiento del saldo de la pena de encierro, inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de la pena sustitutiva en forma proporcional" (art. 26 Ley N° 18.216" (VAN WEEZEL, Alex, "Curso de Derecho Penal. Parte General", p. 573 y 574. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 2023).

2°. Que, en consecuencia, de ningún modo puede sostenerse, a la luz de la preceptiva constitucional y legal tenida a la vista, que en las penas sustitutivas tratadas en la Ley nro. 18.216, nos encontremos frente a beneficios para el reo, ni se trata de modos de extinguir la responsabilidad penal del hechor, ni a algún equivalente a impunidad.

3°. Que, cualquiera que sea la posición que la doctrina y la judicatura adopten respecto del debate a veces interminable sobre la naturaleza y fin de la pena -si es prevención general, prevención especial o retribución-, conviene siempre tener presente que la finalidad de la pena debe relacionarse forzosamente con lo previsto en artículo 1° de la Carta Fundamental, en cuanto prescribe que el Estado está al servicio de la persona humana. No es lícito, por tanto, que el legislador se sirva de la pena para cumplir objetivos ligados con hacer frente a la sensación de temor que experimente la ciudadanía, por mucho que esta consideración sea frecuentemente invocada en el debate público.

4°. Que, despejadas las cuestiones precedentes, es oportuno preguntarse si la potestad que radica en el legislador para fijar la política criminal es absoluta, o bien debe reconocer ciertos límites. Para estos disidentes, la

respuesta es sin duda afirmativa. Tales límites son aquellos instaurados por los principios y valores que demarca la preceptiva sobre Bases de la Institucionalidad contemplada en el Capítulo I de la Constitución, y también, de cara a la igualdad, el artículo 19 nro. 2° de la Carta Fundamental, al prescribir que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

5°. Que, indudablemente, el empleo conjunto de las expresiones “*ni la ley ni autoridad alguna*” comprende la posibilidad de revisión judicial de los actos de quienes concurren a la formación de la ley, lo que a su vez permite a esta judicatura apreciar y pronunciarse sobre la racionalidad de las leyes, y en particular, respecto de la ley penal. Y esta disposición a revisar judicialmente, la racionalidad de la ley podemos hallarla en opiniones como la de Zagrebelsky y Marcenó, quienes sostienen que “... *(aquí) estamos ante una de aquellas concepciones del derecho que son a tal punto fundamentales, a tal punto “constitutivas”, que ni siquiera necesitan estar escritas en normas positivas. Es complicado admitir este aspecto de la validez – invalidez de la ley en un clima de positivismo jurídico, la ideología según la cual el derecho solo es ley, la ley no necesita más que de sí misma y su validez no solo radica en la relación con otras leyes que la condicionan estableciendo cómo, sobre qué y con qué límites la legislación puede explicarse. Esto es positivismo, la idea de autosuficiencia del derecho al servicio no de la convivencia, sino del poder. Sin embargo, el Estado Constitucional democrático, ya no es el Estado del positivismo. La ley incompatible con su esencia históricamente ubicada y determinada, es decir, el arbitrio en forma de ley, es la primera más grave manifestación de su invalidez*” (ZAGREBELSKY, Gustavo y MARCENÓ, Valeria, “Justicia Constitucional”, Vol. 1 “Historia, principios e interpretaciones”, p. 234. Zela, Lima 2019).

En ese entendido, ejercer la potestad de revisión de la ley conferida por la Constitución y por el legislador orgánico permite a estos sentenciadores examinar en concreto- la constitucionalidad de un precepto legal determinado- cuando “... *ni de su texto ni de sus antecedentes aparecen razones jurídicas suficientes que justifiquen introducir (una) excepción, que obsta intervenir a los tribunales y niega un beneficio legal preexistente*” (STC 11.309, c. 19);

6°. Que, en la situación que se nos ha requerido, el factor diferenciador que permite la exclusión del listado de prohibiciones de pena sustitutiva de la figura delictiva contemplada en el artículo 366 bis del Código Penal no es la magnitud de la pena. Para así concluirlo, basta con tener presente que las conductas previstas en los artículos 106, 108, 109, 110, 150 E, 268 ter, 268 quáter, 395, 474 y 475 del Código Penal, no han sido mencionadas entre las excepciones del artículo 1° de la Ley nro. 18.216. Por lo tanto, en esos casos se admitiría, luego de aplicadas las reglas de determinación de la pena, la imposición de una sanción sustitutiva.

7°. Que tampoco es el bien jurídico protegido -la indemnidad sexual, entendida por Winter como “... *la posibilidad de que el propio cuerpo no se vea en un objeto para un tercero*” (WINTER ETCHEBERRY, Jaime, “*Delitos contra la Indemnidad Sexual*”, p. 7. DER Ediciones, Santiago 2018) - el factor diferenciador que dé razón de la exclusión a que venimos aludiendo. No cabe duda de que, si ese fuere el motivo, el legislador hubiera sumado al listado de excepciones las conductas previstas en los artículos 367, 367 ter y 367 quáter del Estatuto Punitivo.

8°. Que, de nuevo, tampoco podemos considerar que la incorporación de la conducta del tantas veces mencionado artículo 366 bis del Código Penal al listado de exenciones haya obedecido a la protección y defensa del interés superior de niños, niñas y adolescentes. Si ese hubiera sido el motivo, no se entiende entonces por qué razón, además de los delitos referidos en el considerado precedente, el legislador no hubiere sumado a la prohibición de penas sustitutivas las figuras contempladas en los artículos 342, 351 y 394 del Código Penal.

9°. Que, desestimadas las explicaciones precedentes, cabe ahora tener presente que las ideas matrices o fundamentales que tuvo a la vista el legislador en el debate de la Ley nro. 21.523, Boletín N° 13.688-25, expresadas en el informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, fueron “*proteger y fortalecer los derechos que le asisten a las víctimas de delitos sexuales, otorgándoles apoyo estatal y de esa forma puedan conocer y ejercer adecuadamente sus derechos; en particular se pretende resguardar su integridad y privacidad en la investigación y el proceso penal, evitando su revictimización y, en definitiva, garantizar su derecho a una vida libre de violencia*”.

Es, en el contexto de la deliberación propia del proceso de formación de la ley, que se presentó una indicación para agregar el siguiente artículo sexto: “*Intercálese, en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N°18.216 que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, a continuación de “362,” la expresión “366, 366 bis*”. Es posible constatar que no hay testimonio alguno en las actas de la Comisión de las razones tenidas a la vista para introducir esta regla, ni de que hubiera precedido a este respecto un debate sobre la pertinencia de la indicación en relación a las ideas matrices o fundamentales del proyecto. Puesta en votación, la indicación fue aprobada por unanimidad. Votaron a favor los diputados Pepe Auth, Marcelo Díaz, Gonzalo Fuenzalida, Raúl Leiva, Cristhian Moreira, Maite Orsini, Luís Pardo, Andrea Parra, Marisela Santibáñez, Sebastián Torrealba y Osvaldo Urrutia. Más claridad hubo en la discusión en sala de la Cámara de Diputados, ocasión en la cual se argumentó en favor de que los condenados por estos delitos no puedan acogerse a los beneficios (sic) de la ley N° 18.216, “... *porque cuando se trata de penas menores de cinco años, cumplen la pena en medio libre y no en la*

cárcel. En el caso de estos delitos, aunque la pena sea inferior a cinco años, el victimario debe cumplirla en la cárcel, no en su casa con firma o con una reclusión que creemos que no corresponde, porque ello finalmente provoca que la sociedad sienta que hay impunidad respecto de estos delitos”.

10°. Que, entonces, aparece de manifiesto que la justificación de la indicación aprobada, que hoy es precepto legal vigente, fue evitar la sensación colectiva de impunidad. Y como ya hemos dicho y demostrado, las penas sustitutivas -que desde la Ley nro. 20.603 no deben jamás reputarse como “beneficios” para el condenado- no constituyen modos de extinguir la responsabilidad penal del hechor, ni significan de ningún modo, impunidad.

11°. Que, como conclusión forzosa de lo que venimos exponiendo, puede afirmarse que, al incorporar la Ley nro. 21.503 la conducta prevista por el artículo 366 bis del Código Penal al catálogo de improcedencia de penas sustitutivas contemplado en la Ley nro. 18.216, sin dar más razón que el temor ciudadano, el legislador ha incurrido en establecer diferencias arbitrarias prohibidas por la Constitución.

12°. Que, en ese contexto, no podemos sino coincidir con Díez Ripollés cuando insta a la institucionalidad a “ *... estar en condiciones de ejercer un control de las decisiones legislativas penales. Control que no debiera limitarse a la verificación del cumplimiento de las formalidades competenciales y secuenciales previstas para la elaboración legislativa en la Constitución, las leyes pertenecientes al bloque de constitucionalidad o las prácticas sociales consolidadas, sino que debería comprobar si se han respetado a lo largo de todo el proceso en una medida aceptable los parámetros de racionalidad exigibles*”. (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “*La Racionalidad de las Leyes Penales. Práctica y Teoría*”, pp. 15 y 16. Editorial Trotta, Madrid 2003). En la línea de lo que se viene expresando, cabe atender también la opinión -en lo no transcrito, a veces excedida en pasión- de Fernández Cruz cuando sostiene que “*(desde) una perspectiva crítica del derecho penal se suele pedir una mayor intervención a los tribunales constitucionales en el control de las leyes penales y, en especial, respecto de las constantes manifestaciones del modelo penal de seguridad ciudadana*” (FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, “*El incumplimiento de la Mínima Protección Exigible al Tribunal Constitucional en el Control de las Leyes Penales*”, p. 220. En VAL WEEZEL, Alex (Editor), “*Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Estudios en Memoria de Enrique Cury*”, pp. 219-243. Legal Publishing Chile, Santiago 2013).

13°. Que, advierte Künsemüller que “*... la supremacía de las dimensiones utilitaristas y el desprecio por las dimensiones valorativas, en cuanto son sutilezas que se oponen a la solución real de los problemas, parecen ser requisitos de la esencia del creciente e irrefrenado proceso de expansión de la legislación*



0000190
CIENTO NOVENTA

penal, que, motivada por la urticaria de la eficiencia y del eficientismo, ante las demandas de una opinión pública temerosa del fenómeno delictivo, estás dispuesta a levantar presurosa las barreras de contención puestas al poder penal por el derecho de garantías y a flexibilizar los principios cardinales del liberalismo penal, protectores della libertá humana cosi eterna, como interna” (KUNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos, “El Derecho Penal Liberal. Los Principios Cardinales”, p. 190. Tirant lo Blanch, Valencia 2018).

14°. Que, en atención a los razonamientos que preceden, estos disidentes estiman que el requerimiento de fojas 1 debió ser acogido.

Redactó la sentencia la Ministra señora CATALINA LAGOS TSCHORNE y la disidencia el Ministro señor HÉCTOR MERY ROMERO.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 15.217-24-INA

Daniela Beatriz Marzi Muñoz
Fecha: 14/03/2025

Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida
Fecha: 13/03/2025



Miguel Angel Fernández González
Fecha: 14/03/2025

Raúl Eduardo Mera Muñoz
Fecha: 13/03/2025

Catalina Adriana Lagos Tschorne
Fecha: 17/03/2025

Héctor Antonio Mery Romero
Fecha: 13/03/2025

Marcela Inés Peredo Rojas
Fecha: 13/03/2025

Alejandra Precht Rorris
Fecha: 13/03/2025



Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta, Ministra señora Daniela Beatriz Marzi Muñoz, y por sus Ministros señora Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida, señora María Pía Silva Gallinato, señor Miguel Ángel Fernández González, señor Raúl Eduardo Mera Muñoz, señora Catalina Adriana Lagos Tschorne, señor Héctor Mery Romero, señora Marcela Inés Peredo Rojas, señora Alejandra Precht Rorris y señor José Ignacio Vásquez Márquez.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.

María Angélica Barriga Meza
Fecha: 17/03/2025



7FC36248-867F-468C-B4DF-2B3544F8D5A7

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalconstitucional.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.