



2023

**REPÚBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

---

**Sentencia**

**Rol 14.599-2023**

[21 de diciembre de 2023]

---

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 1º INCISO  
SEGUNDO DE LA LEY N°18.216

CONSTANZA OLSEN TAPIA, JUEZA DEL TRIBUNAL DE JUICIO  
ORAL EN LO PENAL DE SAN FELIPE

EN EL PROCESO PENAL RIT N° 25-2023, RUC N° 1800460232- K, SEGUIDO  
ANTE EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SAN FELIPE

**VISTOS:**

Con fecha 5 de agosto de 2023, Constanza Olsen Tapia, Jueza del Tribunal Oral en lo Penal de San Felipe, ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 1º inciso segundo de la Ley N° 18.216, para que ello incida en el proceso penal RIT N° 25-2023, RUC N°1800460232-K, seguido ante dicha judicatura.

**Preceptos legales cuya aplicación se impugna**

El texto de los preceptos impugnados dispone lo siguiente:

**“Ley N° 18.216**

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

- a) Remisión condicional.*
- b) Reclusión parcial.*
- c) Libertad vigilada.*
- d) Libertad vigilada intensiva.*
- e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34.*



*f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.*

***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 2º y en el artículo 3º 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.***

*(...).*”

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

A fojas 1, en auto motivado de 5 de agosto de 2023, Constanza Olsen Tapia, Jueza del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe, acciona de inaplicabilidad respecto del artículo 1º inciso segundo de la Ley N°18.216, con relación a proceso penal por delito de violación que se conoce ante dicha judicatura en contra del acusado C.A.L.M.

Explica la juez requirente que con fecha 1 y 2 de agosto de 2023 se celebró audiencia de juicio oral ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe, concluido el cual, previa deliberación y por unanimidad, teniendo presente la prueba rendida y valorada conforme a lo establecido en el artículo 297 del Código Procesal Penal, se estimó acreditado hecho constitutivo del delito de violación previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal.

El imputado, según lo indicó el Ministerio Público en la acusación, mantendría atenuante de irreprochable conducta anterior y el Tribunal reconoció atenuante de colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos.

Indica la juez que, atendida la condena por delito de violación, el acusado no podría optar a pena sustitutiva conforme al artículo 1º de la Ley 18.216, en cuanto esta disposición restringe la facultad de sustitución que el legislador entrega al Tribunal en el evento de dictarse veredicto condenatorio, como sucedió en la causa penal. Ello explica su carácter decisivo y el conflicto constitucional que podría generar su aplicación.

Fundando el conflicto constitucional, la juez requirente explica que diversas normas de la Constitución y de Tratados Internacionales ratificados por Chile reconocen el principio de no discriminación y de igualdad ante la ley, así como el principio de proporcionalidad, los que serían infringidos de aplicarse en la gestión pendiente lo previsto en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley N° 18.216.

Desarrolla que el principio de proporcionalidad de las penas se puede reconocer como garantía del derecho a un procedimiento racional y justo establecido en el inciso sexto del artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental. Definido como



adecuación o correspondencia que debe existir entre la gravedad del hecho y la reacción penal que suscita, junto con encontrar su fundamento en la noción de Estado de Derecho y en la dignidad de la persona humana, se encuentra reconocido, al menos implícitamente, en el derecho fundamental establecido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución.

Señala que esta disposición asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos y, particularmente, en el mandato que el Constituyente le asignó al legislador de establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, como se afirma en el inciso sexto.

Por ello, la Corte Suprema ha señalado que la exigencia de proporcionalidad en la pena se relaciona con la igualdad en la aplicación del derecho, puesto que la sanción debe ser el resultado de la determinación de criterios generales, evitando distorsiones y tratamientos discriminatorios e injustificados para diversos sujetos en igualdad de condiciones, debiendo buscarse un castigo proporcional con los hechos.

Así, al determinar la pena, la proporcionalidad es un cálculo de ponderación en el proceso de aplicarla, cuestión que podría colisionar al estar frente a una rigidez en la actividad judicial, como podría ocurrir en la gestión pendiente, en tanto el Tribunal estará limitado en su capacidad jurisdiccional de actuar con justicia según las exigencias constitucionales del justo y racional proceso.

Dado lo señalado, explica la juez requirente, el precepto legal impugnado infringe el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley.

Explica que el acusado fue condenado como autor del delito de violación impropia, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, norma que prevé una pena en abstracto de presidio mayor en cualquiera de sus grados. El Ministerio Público, en su acusación, reconoció la atenuante de irreprochable conducta anterior y, posteriormente, en la audiencia de determinación de penas, la de colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, minorantes también esgrimidas por la defensa, circunstancia que, conforme lo dispone el artículo 68 del Código Penal, autoriza al tribunal a rebajar la pena en uno, dos o tres grados.

Sin embargo, señala que esta figura típica contempla como objeto de tutela el derecho de las personas a no verse involucradas en un contexto sexual, en atención al daño físico, psíquico o emocional que tal experiencia puede ocasionar en los seres humanos. Por lo anterior, la doctrina especializada ha denominado como indemnidad sexual y se alza como el bien jurídico que la norma protege.

Es un bien jurídico individual y que, con relación a los menores de 14 años de edad, se traduce en la imposibilidad de que manifiesten su voluntad para consentir en la realización de conductas de índole sexual. La ley entiende que falta el consentimiento de la víctima cuando ésta es menor de catorce años. La indemnidad sexual no se encuentra recogida expresamente como bien jurídico resguardado en la Constitución, sin embargo, la doctrina ha entendido que, al tratarse de un estado de bienestar relacionado con la forma en que cada cual asume la vida sexual, en atención a su edad, su desarrollo físico y psíquico, su orientación sexual, su escala de valores, su educación, su nivel de relaciones sociales y sus experiencias vitales previas, alude a todo el cuadro de condiciones físicas, psíquicas y emocionales que forman parte de aquel concepto, pero referido a un aspecto concreto de la vida de relación, cual es el ejercicio de la actividad sexual.



En consecuencia, la previsión constitucional del derecho a la integridad física, psíquica y moral de las personas cubre también el aspecto concreto del derecho a la indemnidad sexual.

Por lo señalado, refiere que la indemnidad sexual debe ser comprendida como parte integrante del derecho a la integridad física y psíquica de las personas y, por lo tanto, se encuentra resguardada no solo a nivel legal, sino expresamente en el artículo 19 N° 1 inciso primero de la Carta Fundamental. Sin perjuicio de que la integridad física y psíquica de las personas deben ser considerados como bienes jurídicos de la más alta importancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico —lo que queda de manifiesto al consagrarse en el primer numeral de los derechos constitucionalmente asegurados a todas las personas del artículo 19—, cabe preguntarse por la intensidad de la vulneración en el caso concreto bajo el prisma de la no discriminación y la igualdad ante la ley.

Explica la juez requirente que la pena en abstracto que por ley se le asigna a un delito expresa el reproche que como sociedad se atribuye en abstracto al despliegue de una acción u omisión típica, antijurídica y culpable.

Comparando las figuras de los delitos contenidos en los artículos 362 y 367 del Código Penal, anota que, a pesar de las penas en abstracto, al acusado condenado como autor del delito previsto en el artículo 362, en torno a quien es posible que en la sentencia se le reconozcan dos atenuantes, las del artículo 11 N°s 6 y 9 del Código Penal, por lo que el tribunal se encuentra facultado para disminuir la pena en uno, dos o tres grados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 68, la misma pena en concreto podría imponerse a un sujeto condenado como autor del delito de prostitución de menores (inciso segundo) que cuente con dos circunstancias atenuantes, de modo tal que, ambos pueden ser condenados a una pena de presidio menor por haber cometido un delito en contra de la indemnidad sexual de un menor de edad.

En este sentido, indica a fojas 5, no se vislumbra problema de discriminación o vulneración de la igualdad ante la ley entre el acusado y otra persona. Sin embargo, la situación cambia cuando se analiza la aplicación del inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.216, en tanto, sólo el condenado por un delito como sucede en la gestión pendiente deberá cumplir su pena de forma efectiva, al interior de un recinto penitenciario, mientras que la otra persona, por el otro delito indicado, podrá acceder a penas sustitutivas a las privativas de libertad, lo que le permitirá cumplir su condena con altas posibilidades de reinserción social, sin necesidad de quedar absolutamente privado de su libertad ambulatoria.

Agrega que la inclusión del artículo 362 en el inciso segundo de artículo 1° de la Ley 18.216 constituye una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar que no logra sortear el test de igualdad, ya que la diferencia de trato en perjuicio del acusado no se funda en criterios razonables ni objetivos, consolidándose una infracción a los artículos 1° y 19 N° 2° de la Carta Fundamental; a los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y a los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; que amparan el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley.

Explica que esta diferencia carece de fundamentos razonables y objetivos. La aplicación del precepto impugnado consolida en el caso concreto una situación de arbitrariedad, pues se desconocen los fundamentos razonables y objetivos que tuvo el legislador para que el acusado, al ser condenado por el delito previsto en el artículo



362 del Código Penal, no pueda acceder a penas sustitutivas a las privativas de libertad.

Estas diferencias adolecen de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador. En el ámbito penal, agrega, el requisito de idoneidad exige que tanto el injusto como la consecuencia jurídica sean aptos para alcanzar la protección del bien jurídico o los fines de la pena.

De esta forma, precisa la jueza requirente, no solo deberá afirmarse la idoneidad respecto de la conducta prohibida, sino que, también, respecto de la pena con que se quiere evitar su realización. Esto significa que se debe evaluar el efecto que tiene la sanción establecida por la ley penal en los objetivos que atribuye a la pena el propio constituyente.

Así, una Constitución que pone como punto central de la pena “resocialización” de la persona, determinará que la evaluación de idoneidad se refiere especialmente a la aptitud de la pena para lograr la rehabilitación del autor. En cambio, una Constitución orientada a asignar a la pena un fin social como la prevención general, determinan que tal evaluación se refiera a la aptitud de la pena para intimidar a la población.

En este sentido, refiere que, aun cuando la Constitución no reconoce expresamente “la reinserción social del penado” como una finalidad de la pena, ésta se encuentra incorporada. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, considerando el artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental, señala en su artículo 5.6 que “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

Por lo anterior, anota que el precepto legal impugnado tiene la finalidad de impedir que el condenado pueda optar a la sustitución de la pena privativa de libertad para cumplir la pena en libertad, otorgándole, así, a la pena asignada a esta figura, una función primordialmente de prevención general negativa.

Esta finalidad no es idónea en un sistema que consagra a la “la reinserción social del penado” como la función primordial de la pena. El fundamento del sistema de penas sustitutivas instaurado por la Ley N° 20.603, que entró a regir poco tiempo antes de la vigencia de la Ley N° 20.813, fue el “consenso en cuanto a su rol en la reinserción social de las personas condenadas por delitos, evitando por su intermedio la formación de carreras delictivas”, porque “existe claridad en cuanto al doble papel que deben jugar las medidas alternativas en nuestro sistema de penas: servir como una real herramienta en el ámbito preventivo especial, esto es de reinserción”, tal como fue expresado en el mensaje del Ejecutivo al ingresar el proyecto de Ley al Congreso Nacional.

Unido a lo anterior, desarrolla que se infringe el inciso sexto del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental. No resulta justo y racional un proceso en que el tribunal vea severamente limitada su capacidad jurisdiccional de actuar con justicia según las características del caso y del sujeto penalmente responsable.

En la individualización judicial de la pena deben añadirse las reglas que permiten, bajo ciertas circunstancias, sustituir la pena privativa de libertad por una medida en el medio libre, es decir, considerar las normas contempladas en la Ley 18.216.

El principio de proporcionalidad como garantía de un procedimiento racional y justo, asegura que el juez no sea severamente limitado en su capacidad de actuar



con justicia según las características del caso y del sujeto penalmente responsable, tanto en relación con la determinación del quantum de la pena como respecto de la decisión de conceder penas sustitutivas. Si la proporcionalidad es un cálculo de ponderación en el proceso de aplicación de la pena, en que el juez pueda actuar con justicia según las características del caso y del sujeto penalmente responsable, ello colisiona con un criterio de rigidez legal que lo límite para tal efecto.

Desarrolla el auto motivado de la jueza requirente que esta situación se presentaría en el caso concreto de aplicarse los preceptos legales impugnados. Ajustándose estrictamente a las normas cuestionadas, el juez de fondo de la gestión verá limitada su capacidad de actuar con justicia según las exigencias constitucionales del justo y racional procedimiento, ya que no podrá considerar en toda su amplitud las características del caso y del sujeto penalmente responsable.

Por lo anterior, al consolidar perentoriamente la rigidez señalada, colisionan con lo dispuesto en el inciso sexto del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución. La jurisprudencia de esta Magistratura ha expresado en una clara línea de razonamiento que “la disposición que restringe la aplicación de las penas sustitutivas de privación de libertad resulta desproporcionada e inequitativa respecto de personas condenadas e incluso por delitos de mayor gravedad; además es inidónea para cumplir los fines de reinserción social y protección de la víctima que tiene la pena. Aunado a lo anterior, ha manifestado que la exclusión total de la Ley N° 18.216, vulnera el estándar de racionalidad y justicia garantizado en los artículos 19 Nos 3° (inciso sexto) y 2° de la Constitución.

Las características del caso concreto y del sujeto al cual se le atribuye responsabilidad penal resultan trascendentes y deben ser analizadas caso a caso a través de un examen pormenorizado de todas las circunstancias y antecedentes que rodean la comisión del hecho punible y la eventual imposición de la pena.

Explica que el respeto al Estado de Derecho, a las normas constitucionales y de Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes impide excluir *a priori* la imposición de penas justas y racionales que satisfagan el mandato constitucional de reinserción social de los condenados. Sin perjuicio del claro tenor literal del artículo 362 del Código Penal y demás normas sobre delitos sexuales en que se encuentren involucrados menores de 14 años, explica que existen circunstancias que no pueden dejar de tenerse en cuenta en el caso concreto y que fueron establecidas por el tribunal del grado.

Así, deben considerarse las circunstancias que rodean la comisión del delito por el que se condenó al acusado, las que explica a fojas 7 y evidenciarían que, sin perjuicio de no desvirtuar la prohibición absoluta de interacción sexual con menores de edad que contempla nuestro ordenamiento punitivo, se habría establecido, anota a fojas 8 el auto motivado, “que no se trata de un contexto de interacción sexual coactiva o abusiva, sino de una relación sentimental, entre una niña de 13 años y un joven de 18 años, relación conocida y a lo menos aceptada por la familia de ella”.

Unido a lo anterior, la jueza requirente anota que el acusado mantiene irreprochable conducta anterior y existiendo acuerdo entre el Ministerio Público y la defensa de que le beneficia la atenuante de colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, criterio coincidente con el tribunal al momento de la deliberación, en la que se indicó que, para tomar la decisión, las sentenciadoras consideraron la declaración prestada por el acusado al inicio de la audiencia.



Además, explica a fojas 8, al momento de los hechos se trataba de un joven de 18 años de edad que, tanto en ese momento como en la actualidad, se ha dedicado a trabajar y que no ha tenido ningún contacto criminógeno previo.

Junto a lo expuesto, señala que producto de los hechos imputados nació una hija que ha sido reconocida por el acusado, respecto de quién pesa la obligación de pagar alimentos y, encontrándose privado de libertad, le será imposible cumplir con esta obligación, acarreando consecuencias negativas también en dicho sentido.

### **Tramitación**

El requerimiento fue **acogido a trámite** por la Primera Sala, a fojas 23, con fecha 10 de agosto de 2023, decretándose la solicitud de suspensión del procedimiento, confiriéndose traslados para su pronunciamiento en torno al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad.

**Posteriormente, fue declarado admisible** a fojas 89, por resolución de 4 de septiembre del mismo año de la misma Sala, confiriéndose traslados de fondo.

**A fojas 98, en presentación de 5 de septiembre de 2023, el Ministerio Público solicitó el rechazo** del requerimiento. Indica que, en la oportunidad procesal correspondiente, formuló acusación por delito de violación de persona menor de catorce años.

Explica que el juicio tuvo lugar ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe, y se dictó sentencia condenatoria por el delito de violación de persona menor de catorce años, imponiendo al acusado la pena de dos años de presidio menor en su grado medio, pena a la que llegó luego de realizar una rebaja desde el mínimo previsto por la ley para el delito, en razón de haberse estimado concurrentes las circunstancias atenuantes del artículo 11 N° 6 y N° 9 del Código Penal.

las argumentaciones vertidas en el requerimiento combinan elementos que se refieren a la determinación de la pena concreta impuesta en la gestión pendiente, como a aspectos relacionados con la exclusión del delito del artículo 362 del Código Penal del ámbito de las penas sustitutivas.

Sobre la pena impuesta, hace notar que aquella que señala la ley para el delito del artículo 362 del Código Penal es la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, esto es, desde los cinco años y un día a los veinte años de presidio.

Los sentenciadores orales, en el caso que se analiza, impusieron al acusado la pena de dos años, todo ello al amparo del reconocimiento de dos circunstancias atenuantes, a saber, las de los artículos 11 N°6 y N°9 del Código punitivo, ambas ajenas al hecho punible, si se sigue una clásica clasificación utilizada por el derecho penal en esa materia.

En efecto, mientras la irreprochable conducta previa se apoya en que el acusado no registraba condenas previas, la colaboración sustancial se afirma en la conducta posterior al delito.

Para los fines de esta presentación, ninguna de estas circunstancias reduce o disminuye el desvalor de la acción atribuida.



Desarrolla que el artículo 362 del Código Penal fija legalmente el delito por el que se ha impuesto condena en la gestión pendiente, en los siguientes términos. Tanto la pena como la ubicación del ilícito fueron establecidas por la Ley N°19.617, de 1999. Antes de esa reforma, el artículo 361 del Código Penal castigaba la violación cuando la víctima era menor de 12 años y se trataba de una mujer, estableciendo una pena más baja que aquella que en la actualidad tiene asociada el delito.

Históricamente, entonces, fue la Ley N° 19.617 la que acogió como víctimas a las personas menores de edad sin distinciones de sexo, y aumentó la pena asociada a la conducta ilícita. Asimismo, agregó un inciso segundo al artículo 1° de la Ley N°18.216, excluyendo el delito del artículo 362 del Código Penal de la concesión de alguno de los beneficios alternativos a la pena privativa o restrictiva de libertad.

Luego, por la Ley N°20.603 se sustituyó el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N°18.216, agregando otros delitos a la sustitución de penas. Más adelante, en 2014, por la Ley N° 20.779 se modificó el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N°18.216, para incorporar el homicidio simple entre los delitos que no admiten la sustitución de penas, a la par que aumentaba en un grado la pena para ese delito.

Explica el Ministerio Público que la Ley N°20.813 agregó al catálogo un conjunto de delitos de la Ley N°17.798. Por último, la Ley N°20.968 de 2016, incluyó al mismo listado los ilícitos penales de los artículos 150 A y 150 B del Código Penal.

Así, la exclusión del artículo 362 del Código Penal del ámbito de las penas sustitutivas es consecuencia de la reforma legal introducida por la Ley N°19.617 de 1999 a la Ley N°18.216.

Aquella ley, además, ubicó el delito en el artículo 362 del Código Penal, aumentando la pena para dejarla en el presidio mayor en cualquiera de sus grados. Dichas modificaciones legales tuvieron en consideración la gravedad del ilícito, como se tiene de las modificaciones al artículo 1° de la Ley N°18.216.

Explica que en diversas sentencias esta Magistratura ha estimado que cualquiera sea el medio que el legislador utilice para incrementar la punición de una conducta delictiva, éste no puede prescindir de la gravedad del delito expresado a través del quantum de la pena. Lo que determina la gravedad de un ilícito no es la naturaleza del delito, parámetro que es una medida sólo intuitiva para apreciar qué tan grave es éste. El criterio más objetivo para identificar el nivel de gravedad de un ilícito es el quantum de la pena.

Para identificar la magnitud de la gravedad del delito y así evaluar el grado de proporcionalidad de la pena asociada, este Tribunal ha atendido a criterios diversos, como la naturaleza del tipo penal, para lo cual puede revestir importancia el hecho de tratarse o no de conductas de mero riesgo o, bien que pudieren afectar a valores jurídicos de la mayor importancia, como lo es el de la vida, y/o bajo una concepción de objetividad cuantitativa, esto es, el quantum abstracto de la pena privativa de libertad establecida por el legislador.

En el caso del ilícito del artículo 362 del Código Penal, los autores se inclinan por identificar el bien jurídico protegido con la intangibilidad o indemnidad sexual, en este caso, de las personas menores de 14 años, al que se le asigna un alto valor e importancia en nuestro derecho. Y, respecto del delito del artículo 362 del Código Penal, esta Magistratura declaró inadmisibles requerimientos formulado en los mismos términos que el de estos autos.





Todas estas referencias impiden advertir en la aplicación del precepto las consecuencias contrarias a la Constitución que se denuncian, por lo que conducen al rechazo del requerimiento en todas sus partes.

Luego, explica que las razones expuestas deben complementarse, si se persigue demostrar una supuesta infracción de los principios de igualdad y proporcionalidad, con una referencia a aquellos ilícitos que también están sometidos a exclusión de las penas sustitutivas.

Al efecto, dejando de lado los ilícitos de la Ley N°17.798, que han sido materia de exámenes por esta Magistratura, tampoco admiten la sustitución los delitos de los artículos 141 incisos tercero, cuarto y quinto, 142, 150 A, 150 B, 361, 372 bis y 390 del Código Penal. Varios de estos ilícitos tienen asociadas penas que parten en cinco años y un día de presidio mayor en grado mínimo, al igual que la del artículo 362 del Código Penal, como es el caso de los delitos del artículo 141 inciso tercero, 150 A y 361 del mismo Código.

Tampoco son procedentes las penas sustitutivas para quienes han sido condenados con anterioridad por crímenes o simples delitos de las Leyes N°20.000, N°19.366 y N°18.403, y a los autores de delito consumado de robo del inciso primero del artículo 436 del Código Penal, cuando hubiere sido condenado con anterioridad por otros delitos contra la propiedad que la misma norma menciona.

Tampoco se puede proceder a la sustitución si una sentencia impone a una persona dos o más penas privativas de libertad, que sumadas, superen los márgenes legales previstos para tal efecto.

Además, la Ley N°18.216 excluye – salvo en lo que concierne a la denominada pena mixta que puede incluso sustituirse por una de hasta cinco años y un día – todos aquellos delitos para los que se imponga una pena mayor a cinco años.

Esto último introduce una variable, ya que para los delitos de los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto, 142, 150 A, 150 B, 361, 372 bis, 390 y 391 del Código Penal, el precepto objetado sólo recibe aplicación si la pena concretamente impuesta fuere de cinco años, hacia abajo.

La comparación que se hace en el requerimiento en torno al régimen punitivo de los delitos de los artículos 362 y 367 del Código Penal, no permite la inaplicabilidad que se solicita, toda vez que, contrariamente a las pretensiones del libelo, la pena por el delito del artículo 362 del Código Penal es la de presidio mayor en cualquiera de sus grados por lo que corresponde a una pena de crimen, mientras que la pena por el delito del artículo 367 del Código Penal es la de presidio menor en grado máximo, lo que constituye una pena de simple delito. Para salvar esta diferencia, la parte requirente utiliza la hipótesis del inciso segundo del artículo 367 del código punitivo, que agrava la sanción por la concurrencia de ciertas circunstancias, lo que vendría a ser lo mismo que declarar iguales el homicidio simple con las lesiones graves gravísimas cuando estas últimas se causan a alguna de las personas mencionadas en el inciso segundo del artículo 400 del Código Penal.

En definitiva, la comparación deja de ser aceptable y útil, toda vez que se empareja un ilícito en su descripción simple, con otro al que se incorporan accidentes que agravan la sanción, lo que termina por hacer desaparecer la base de todo examen tendiente a desentrañar una supuesta desigualdad de trato, esto es, que se trate casos que puedan considerarse similares.



Finalmente se debe tener presente lo resuelto por este Tribunal en el rol N°13.320-22, en que con fecha 16 de junio de 2022 se declaró inadmisibile un requerimiento de inaplicabilidad interpuesto respecto de la norma del artículo 1 inciso 2° de la Ley N° 18.216, respecto de un condenado a una pena de 4 años de presidio menor en su grado máximo como autor de un delito de violación de persona menor de catorce años. En el mismo sentido se pronuncia este Tribunal en los roles N°13.378-22 con fecha 23 de junio de 2022 y N°13.962-23 de 17 de enero de 2023.

En razón de lo expuesto solicita el rechazo del requerimiento en todas sus partes.

A fojas 75, por resolución de Pleno de 11 de agosto de 2023, se decretó la reserva de los antecedentes de estos autos.

A fojas 118, por decreto de 2 de octubre de 2023, se trajeron los autos en relación.

#### **Vista de la causa y acuerdo**

En Sesión de Pleno de 12 de octubre de 2023 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos por la parte del Ministerio Público del abogado César Bunger Rebolledo. Se adoptó acuerdo con fecha 26 de octubre del mismo año, conforme certificación de fojas 127.

#### **Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, desde que fuera ingresada la causa Rol N°2959, en enero de 2016, esta Magistratura ha conocido en diversas oportunidades impugnaciones por la vía de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma del inciso 2° del artículo 1° de la Ley N°18.216 en relación con delitos establecidos en la Ley N°17.798, sobre Control de Armas. En las oportunidades en que los libelos han sido acogidos, por mayoría de votos, se ha establecido que la improcedencia a todo evento de otorgar por el juez de la instancia penal, penas sustitutivas a la privación efectiva de libertad, implica contravención a lo dispuesto en el artículo 19, numerales 2° y 3°, inciso sexto, de la Carta Fundamental;

**SEGUNDO:** Que, del texto de la Ley N°18.216, y las modificaciones legales que se le han introducido, se constata que su artículo 1° exceptuó del otorgamiento de penas sustitutivas, además de los casos que indica de ilícitos de la Ley de Control de Armas, a los autores de los delitos consumados de violación previstos en los artículos 361 y 362 del Código Penal, así como de otros delitos de alta gravedad, como lo son el secuestro, la sustracción de menores, la violación con homicidio, y el homicidio, entre otros;

**TERCERO:** Que, el conjunto de delitos introducidos por el legislador a través de la anotada normativa tiene una característica basal: se trata de tipos penales que, conforme lo dispone el artículo 3° del Código Penal, se consideran crímenes, en los cuales su rango punitivo, en todos los casos, comienza en los cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo de privación de libertad, llegando en ciertos casos a la máxima sanción que prevé nuestro ordenamiento jurídico, esto es, el presidio perpetuo calificado. La penalidad asociada a este grupo



de delitos descansa no sólo en consideraciones relativas al bien jurídico protegido (vida, libertad ambulatoria, autonomía e indemnidad sexual), sino también a la especial lesividad de dichas conductas, cuestión que fue tenida en consideración por el legislador para exceptuar así a los responsables de aquellos ilícitos del eventual otorgamiento de penas sustitutivas;

**CUARTO:** Que, la gestión en la que recae este requerimiento es ajena a las impugnaciones verificadas en el contexto de tipos penales previstos en la Ley de Control de Armas, que constituyen la mayoría de los requerimientos que han sido acogidos por esta Magistratura, por cuanto dice relación con el delito de violación impropia sancionado por el artículo 362 del Código Penal;

**QUINTO:** Que, por otra parte, han habido un creciente número de requerimientos que impugnan el artículo 1º de la Ley N°18.216, los cuales han sido declarados inadmisibles si el delito atribuido al requirente es el previsto en el artículo 362 del Código, como ocurrió en las causas roles 9450-20, 8652-20, 7970-20, 5163-20 y 4695-20, entre otras. Dichas resoluciones se han fundado en que los supuestos que han llevado a acoger las acciones de inaplicabilidad en relación a los tipos descritos en la Ley de Control de Armas son diferentes. Así se resolvió en el Rol 4695, señalándose al efecto que en el caso se trata de *“crímenes que constan en el catálogo punitivo en que se logra apreciar una vinculación entre la dañosidad del delito en sí con la sanción que a su respecto ha previsto el legislador, entre lo que debe encontrarse como parte integrante, su especial forma de cumplimiento”* (c. 11º), concluyéndose que el *“actor no entrega elementos nuevos y diversos para explicar la forma en que la gestión pendiente permitiría acreditar la existencia de una contravención constitucional, de ser aplicada la regla impugnada; por el contrario, su argumentación desplegada en el libelo de fojas 1 no se aparta de los razonamientos vertidos en casos presentados con infracciones a delitos de menor lesividad, en que esta Magistratura ha optado, en muchos casos, por acoger las impugnaciones”*(c. 12º);

**SEXTO:** Que, siguiendo ese razonamiento, aun cuando al requirente se le imputaba la comisión de un delito tipificado por el artículo 362 del Código Penal, esta Magistratura, en sentencia recaída en la causa Rol 6506, teniendo en consideración las circunstancias del caso concreto que configuraban la gestión pendiente, acogió el respectivo requerimiento de inaplicabilidad en forma excepcional.

Respecto de la presente acción de inaplicabilidad, procederemos en el mismo sentido, considerando, precisamente, los perfiles específicos del caso concreto, de que se dará cuenta en seguida;

**SÉPTIMO:** Que, el Tribunal Constitucional está llamado – en ejercicio de la atribución conferida en el N° 6 del artículo 93 constitucional - a determinar si la aplicación de un precepto legal en una gestión específica resulta contrario a la Constitución, debiendo practicar un examen concreto acerca de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado, producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución. Es por ello, que atendida las particularidades del caso considerado, el requerimiento de autos fue declarado admisible el 04 de septiembre de 2023.

Ya en el análisis de fondo, luego de examinar las aristas del caso concreto, estos sentenciadores han llegado a la convicción de que la aplicación de la norma legal resulta contraria a la Constitución, según se explicará;



**OCTAVO:** Que, la gestión pendiente dice relación con el proceso penal RIT N° 25-2023, seguido ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe.

El referido proceso penal se vincula con el delito de violación de menor de 14 años, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, por el cual, el requirente fue condenado a la pena de 2 años de presidio menor en su grado medio, más las accesorias legales. La sentencia le reconoció, al requirente, las circunstancias atenuantes de los artículos 11 N°6 y 9 del Código Penal, esto es, haber tenido el sujeto condenado una conducta anterior irreprochable y haya colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.

En síntesis, se trata de hechos ocurridos en noviembre de 2017, en que el requirente – de 18 años de edad en ese entonces – mantuvo relaciones sexuales con una niña de 13 años de edad a la fecha de la conducta incriminada, sabiendo la edad de la misma. Entre ellos existió una relación sentimental en cuyo contexto se produjo la relación sexual sancionada, producto de ello, la niña resultó embarazada, naciendo en agosto de 2018 una criatura de sexo femenino;

**NOVENO:** Que, consta por una parte que, en la acusación, el Ministerio Público solicitó que se impusiera al requirente la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales, reconociéndole la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior (fojas 17).

En su acción, la Jueza requirente da cuenta de que “según consta en el auto de apertura de juicio, estima el Ministerio Público que al acusado le beneficiaría las circunstancias modificatorias de responsabilidad ya reseñadas atenuante (fojas 02).

En mérito de dichas atenuantes, la pena que podrá imponerse en la especie puede verse reducida drásticamente, pudiendo llegar a la de dos años de presidio menor en su grado medio, más las accesorias legales.

**DÉCIMO:** Que, la Jueza requirente, quien, en virtud del principio de la inmediación, propio del juzgamiento penal, ha advertido que en el caso concurren circunstancias concretas que han de ser atendidas por esta Magistratura Constitucional. Ello, luego de la realización del juicio de rigor y la rendición de las pruebas aportadas por los intervinientes en el proceso penal.

**DÉCIMO PRIMERO:** Que en relación a la situación en que se produjeron los hechos materia de la imputación, se sostiene que “*Pudo establecerse*, a través de la declaración conteste de los testigos que depusieron en estrados, que los hechos referidos ocurren en el marco de una relación de pololeo, que al inicio la joven Catalina le dijo al acusado que tenía 16 años, pero al enterarse la familia de ella, de la relación, supo que tenía 13 años y luego de ello los jóvenes mantuvieron relaciones sexuales “consentidas”, naciendo producto de ellas la niña de iniciales A.A.L.A.” Añadiendo que “Sin perjuicio de que lo anterior no desvirtúa la prohibición absoluta de interacción sexual con menores de edad que contempla nuestro ordenamiento punitivo, lo cierto es que las circunstancias que rodean los hechos por los cuales se condenó a Leiva Millal, permiten dar cuenta de que no se trata de un contexto de interacción sexual coactiva o abusiva, sino de una relación sentimental, entre una niña de 13 años y un joven de 18 años, relación conocida y a lo menos aceptada por la familia de ella” (fojas 08).

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que,, en lo que dice relación con la persona del condenado, se da cuenta de que aquel “mantiene una irreprochable conducta anterior y existiendo acuerdo entre el Ministerio Público y la Defensa que le beneficia



además la atenuante de colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, lo que es coincidente con lo señalado por el tribunal, al momento de la deliberación, en la que se indicó que para tomar la decisión las sentenciadoras consideraron la declaración prestada por el encartado, al inicio de la audiencia”.

Se añade, igualmente, que “al momento de los hechos se trataba de un joven de tan solo 18 años de edad que, tanto en ese momento como en la actualidad se ha dedicado a trabajar y que no ha tenido ningún contacto criminógeno a lo largo de su vida” (fojas 08).

**DÉCIMO TERCERO:** Que, además, se hacen presentes consideraciones relativas a la paternidad del requirente respecto de la niña engendrada en razón de los hechos que le son imputados, haciendo la juez requirente fundamentos de la siguiente especie: “el impacto que pudiere tener la imposibilidad de aplicar una pena sustitutiva y por ende el cumplimiento de la que se le imponga, un recinto penitenciario, no es posible olvidar que producto de los hechos conocidos en este juicio, nació una hija, que ha sido reconocida por el acusado, respecto de quién pesa la obligación de pagar alimentos y privado de libertad, le será imposible cumplir con esta obligación, acarreando de este modo, incluso consecuencias negativas para la víctima de los mismos” (fojas 08).

**DÉCIMO CUARTO:** Que, a nuestro juicio, entonces, en el caso considerado existen circunstancias concretas que distinguen el presente caso respecto de impugnaciones pretéritas respecto de la inaplicabilidad del artículo 1º, inciso 2º, de la Ley N°18.216, en relación a la improcedencia absoluta de acceder a penas sustitutivas respecto de aquel que resulta condenado por la comisión del delito del artículo 362 del Código Penal.

**DÉCIMO QUINTO:** Que, como es sabido, esta Magistratura ha desarrollado una extensa jurisprudencia en los numerosos requerimientos de inaplicabilidad que han cuestionado constitucionalmente el artículo 1º inciso segundo de la Ley N°18.216, sobre la base de ciertos parámetros ya definidos;

**DÉCIMO SEXTO:** Que, uno de esos parámetros consiste en que, en general, se acogen, por mayoría de votos, los requerimientos de inaplicabilidad que inciden en gestiones pendientes relativas a autores de delitos consumados previstos en ciertas disposiciones de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas.

En segundo lugar, para acoger esos requerimientos, la inconstitucionalidad del artículo 1º inciso segundo se ha fundado en dos líneas de razonamiento, por cuanto, entre los Ministros que concurren a dichos pronunciamientos existen diferencias respecto a la orientación argumentativa que cabe utilizar para configurarla.

Conforme a la primera de ellas, se estima que el derecho a punir o ius puniendi no constituye un derecho absoluto del Estado sobre la persona del imputado, pues, a partir del valor fundamental de la dignidad humana -que tiene reconocimiento constitucional-, cabe considerar principios y reglas que limitan aquel ius puniendi, como los que surgen de los artículos 19 N°s 1º, 2º, 3º y 7º letras g) y h) de la Carta Fundamental.

Así, en consideración, entre otros, al principio general de humanidad basado en el valor de aquella dignidad y al hecho de que la pena es, básicamente, privación o restricción de derechos personales o de bienes protegidos por el ordenamiento



jurídico, la acción punitiva del Estado no debe propender a infligir el mal por sí mismo o el mero sufrimiento de aquel miembro de la sociedad que infringió la ley.

Por consiguiente, la opción de privar de libertad al ser humano debe adoptarse **sólo si es estrictamente necesario** y respecto de las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia, sin prescindir tampoco de la finalidad de reinserción social, lo que implica el uso racional de la aludida privación de libertad y la mejor protección de las víctimas.

La segunda línea argumentativa aborda el asunto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad de las penas, en virtud del cual la severidad de éstas debe estar relacionada con la gravedad del delito y/o de la conducta delictiva.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, por último y como tercer criterio jurisprudencial, tratándose de los demás delitos referidos en el precepto legal impugnado, esta Magistratura -también por regla general- desestima los requerimientos de inaplicabilidad, incluso en el trámite de admisibilidad, como por ejemplo, se resolvió en el Rol N° 4.263, a propósito de una gestión pendiente donde se imputaba el delito de violación, fundamentalmente porque el requerimiento daba cuenta de "(...) argumentaciones insuficientes a efectos de explicitar las presuntas vulneraciones a la Constitución Política que refiere, dada la aplicación de la norma reprochada en la gestión pendiente (...)" (c. 4°), especialmente considerando que "(...) el caso presentado ante esta Magistratura, basado únicamente en una imputación dirigida al actor por delito de violación, se torna como parte de un entramado ajeno a las impugnaciones verificadas en contexto de tipos penales previstos en la Ley de Control de Armas, supuestos en que ha sido acogida la acción de inaplicabilidad deducida, en los términos ya expuestos, con un supuesto que no es atendible a crímenes que constan en el catálogo punitivo en que se logra apreciar una vinculación entre la dañosidad del delito en sí con la sanción que a su respecto ha previsto el legislador, entre lo que debe encontrarse como parte integrante, su especial forma de cumplimiento" (c. 11°).

Que, por ello, se concluyó en dicha sentencia "(...) El actor no entrega elementos nuevos y diversos para explicar la forma en que la gestión pendiente permitiría acreditar la existencia de una contravención constitucional, de ser aplicada la regla impugnada; por el contrario, su argumentación desplegada en el libelo de fojas 1 no se aparta de los razonamientos vertidos en casos presentados con infracciones a delitos de menor lesividad, en que esta Magistratura ha optado, en muchos casos, por acoger las impugnaciones" (c. 12°).

**DÉCIMO OCTAVO:** Que, siguiendo esos mismos razonamientos, en esta oportunidad y aun tratándose del delito tipificado en el artículo 362 del Código Penal, acogeremos el requerimiento deducido a fs. 1 sólo teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto que configuran la gestión pendiente, dotadas de fundamentación plausible y ya referidas precedentemente, puesto que, en este caso, no obstante la gravedad del delito, no resulta necesario adoptar, en abstracto y sin apreciación judicial, la privación efectiva de la libertad dispuesta en la sentencia condenatoria, debiendo dejar al juez del fondo la decisión acerca de su sustitución por otra forma de cumplimiento;

**DÉCIMO NOVENO:** Que, en consecuencia, en este caso, adquieren vigencia los argumentos resumidos precedentemente, sobre las limitaciones al *ius puniendi* estatal, fundadas en la dignidad humana constitucionalmente reconocida, por lo que impedir, *per se*, la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad impuesta en



el proceso penal no resulta estrictamente necesario, a pesar de la gravedad del delito cometido, considerando el contexto en que se produjeron los hechos imputados, las circunstancias personales y familiares del requirente, tornando más consistente con la Carta Fundamental que el juez del fondo evalúe aquella sustitución.

**VIGÉSIMO:** Que, atendida la particularidad e impronta de la causa de mérito en la cual los hechos configuran que estamos en presencia de relaciones sexuales “consentidas”, fruto del cual nació una niña de iniciales A.A.L.A., se decanta que en el contexto de la interacción sexual carece de coactividad o abuso, sino que más bien se trata de una relación sentimental entre una menor de 13 años y un joven de 18 años, todo lo cual implica conocimiento familiar y consentimiento.

Que atendido que las garantías constitucionales del artículo 1° y 19 N°2 y 3 de la Carta Política; así como los artículos 1.1. y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que amparan el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley, haciendo especial hincapié en la afectación a que la penalidad específica en el caso específico traído a esta Magistratura- no cumple con los fines de reinserción social, como tampoco con la igualdad ante la ley al no superar el test de igualdad en la diferenciación de trato que se genera en perjuicio del sujeto activo del ilícito, afectándose el debido proceso y el principio de proporcionalidad, garantes de un procedimiento racional y justo, donde el juez de mérito al aplicar la pena dentro de su competencia debe verificar y constatar que la sanción cumpla con las características del presupuesto fáctico y las particularidades del sujeto penalmente responsable y con la dañosidad que afecta a la víctima.

Que, por último, siendo la función propia del juez de fondo “la individualización de la pena”, que al tenor de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política es exclusivo en su operatividad a dicha Magistratura, el rol de este órgano jurisdiccional solo consiste en señalar en esta sentencia estimativa la procedencia de la inaplicación de la norma en la causa referida.

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que, si bien no hay duda en cuanto a la gravedad de la conducta delictiva por la que se ha castigado al requirente por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe, dado que afecta bienes jurídicos de la más alta importancia, pero, en este caso, concretar la privación efectiva de libertad, mediante la aplicación del precepto legal impugnado, no resulta una medida estrictamente necesaria, habida consideración de las circunstancias del caso concreto resumidas en su lugar, por lo que estimamos procedente acoger el requerimiento de fs. 1 y que el juez de la gestión pendiente pueda resolver, con plena competencia, la eventual aplicación de penas sustitutivas.

**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 **ACOGE** EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1, DECLARÁNDOSE LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 1º INCISO SEGUNDO DE LA LEY Nº 18.216 EN EL PROCESO PENAL RIT Nº 25-2023, RUC Nº 1800460232- K, SEGUIDO ANTE EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SAN FELIPE. OFÍCIESE.
- II. QUE SE ALZA LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.

### **DISIDENCIA**

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, quienes estuvieron por rechazar** el requerimiento, por las siguientes razones:

1º. Que, se ha requerido la inaplicabilidad del artículo 1º inciso segundo de la Ley Nº 18.216, en virtud del cual se establecen un conjunto de delitos, entre los que se encuentra aquel por el que se ha condenado al acusado en la gestión pendiente, respecto de los cuales no procede sustituir la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad que se hayan impuesto por el tribunal competente;

2º. Que, en su texto original, el artículo 1º de la Ley Nº 18.216 no contemplaba excepciones específicas a la ejecución de la pena mediante lo que denominaba “beneficios alternativos”. Sin embargo, con posterioridad, el legislador ha venido incorporando diversos delitos respecto de los cuales no procede la aplicación de las ahora denominadas “*penas sustitutivas*”, uno de los cuales - previsto en el artículo 362 del Código Penal- es objeto del requerimiento de inconstitucionalidad planteado en estos autos;

3º. Que, como ya se incluye repetidamente en nuestra jurisprudencia en esta materia, las acciones de inaplicabilidad intentadas en contra del artículo 1º inciso segundo de la Ley Nº 18.216 se han acogido sobre la base de dos líneas interpretativas.

Conforme a la primera de ellas, se estima que la potestad punitiva del Estado no es absoluta, pues, a partir del valor fundamental de la dignidad humana -que tiene reconocimiento constitucional-, cabe considerar en su concreción principios y reglas que la limitan, como los que surgen de los artículos 19 N°s 1º, 2º, 3º y 7º letras g) y h) de la Carta Fundamental, así como el principio general de humanidad y el hecho que la pena es, básicamente, privación o restricción de derechos personales o de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico, de tal manera que la acción punitiva del Estado no debe propender a infligir mal por sí misma o el mero sufrimiento de aquel miembro de la sociedad que infringió la ley.

Por consiguiente, la opción de privar de libertad debe adoptarse sólo si es estrictamente necesaria y respecto de las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia, sin prescindir tampoco de la finalidad de reinserción social, lo que implica el uso racional de la aludida privación de libertad y la mejor protección de las víctimas.





La segunda línea argumentativa aborda el asunto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad de las penas, en virtud del cual la severidad de éstas debe estar relacionada con la gravedad del delito y/o de la conducta delictiva;

4°. Que, en esta oportunidad, la Jueza del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe que acciona de inaplicabilidad, lo hace en una gestión pendiente donde se estimó acreditado el delito de violación previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, reconociéndose al imputado las atenuantes de irreprochable conducta anterior y de colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos;

5°. Que, estuvimos por el rechazo del requerimiento atendido que, en este caso, la aplicación del precepto legal impugnado no resulta contraria a la Constitución desde que, en la gestión pendiente, se ha condenado por un delito especialmente grave, sin que, por ello, la imposibilidad de sustituir la privación de libertad resulte discriminatoria, desproporcionada o carezca de la idoneidad que reprocha el requerimiento, donde se plantea que el precepto legal impugnado pugna con los principios de igualdad ante la ley y proporcionalidad, habida consideración que, al compararlo con otros delitos equivalentes (como el de prostitución de menores), si bien en ambos procede el reconocimiento de atenuantes, en el delito por el que se ha acusado en la gestión pendiente no procede la sustitución prevista en el artículo 1° inciso primero de la Ley N° 18.216, por lo que la inclusión del artículo 362 en el inciso segundo de ese artículo constituye una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar que no logra sortear el test de igualdad, porque no se fundaría en criterios razonables ni objetivos;

6°. Que, no concordamos con esta objeción, desde la perspectiva constitucional, pues se traza una comparación que no resulta plausible, a efectos de la determinación de si se respeta o no la igualdad ante la ley. En efecto, la decisión legislativa de incluir determinados delitos en el catálogo del artículo 1° inciso segundo de la Ley N° 18.216 no se justifica sólo si todos los delitos de una misma especie, por ejemplo, porque atentan contra la indemnidad sexual o porque son de la misma naturaleza o tienen asignada igual entidad de la pena en abstracto, aparecen en el aludido catálogo. El legislador, antes y al contrario, podría adoptar una decisión sistémica, pero también se encuentra habilitado para avanzar en torno de delitos específicos.

Más aún, desde la perspectiva -también con sustento constitucional- según la cual, por tratarse de una excepción a la regla general que es desfavorable para un derecho constitucional, como la libertad personal, la decisión legislativa de limitar la aplicación de penas sustitutivas, debe orientarse, en principio, por especificar los delitos que se situarán en dicha excepción, antes que realizar una determinación genérica;

7°. Que, en este sentido, se lee en la historia de la Ley N° 20.603, la explicación del Ministro de Justicia y Derechos Humanos, en cuanto a que *“[e]stablecer una regla general de improcedencia, esto es, determinar aquellos casos, vinculados a la comisión de delitos graves, en los cuales no podrán imponerse penas sustitutivas sino que deberá aplicarse efectivamente una pena privativa de libertad, a fin de evitar la pérdida de confianza de la ciudadanía en el sistema judicial y de guardar la debida coherencia del sistema de penas.*

*Expresó que siguiendo el derrotero iniciado por la Comisión en la discusión previa al ingreso de las indicaciones, se establece que no procederán las penas sustitutivas respecto de los autores de los siguientes delitos consumados: secuestro*



*calificado (incisos tercero, cuarto y quinto del artículo 141 del Código Penal); sustracción de menor (artículo 142 del Código Penal), violación (artículo 361 del Código Penal), violación impropia de menor de catorce años (artículo 362 del Código Penal), violación con homicidio (artículo 372 bis del Código Penal), homicidio simple y calificado (artículo 391 del Código Penal) y los delitos terroristas (ley N° 18.314)” (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados recaído en el proyecto que modifica la Ley N° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, Boletín N° 5.838-07, 5 de abril de 2011, p. 20);*

**8°.** Que, así las cosas, lo que corresponde examinar, conforme a los principios y derechos constitucionales invocados en el requerimiento, es si la inclusión dentro de las excepciones previstas en la norma impugnada del delito contemplado en el artículo 362 se encuentra o no justificada y, a raíz de ello, si adolece o no de la idoneidad planteada en estos autos, para lo que resulta ilustrativo examinar la historia de la Ley N° 19.617 que lo incorporó entre dichas excepciones;

**9°.** Que, al revisar los anales legislativos correspondientes se constata que la inclusión del artículo 362 se realizó en el proyecto de ley mediante veto de S.E. el Presidente de la República, pues, en el texto aprobado por el Congreso Nacional sólo se contemplaba la autorización al tribunal para imponer, como condición para el otorgamiento de cualquiera de los beneficios previstos en la ley, que el condenado no ingresara ni accediera a las inmediaciones del hogar, el establecimiento educacional o el lugar de trabajo del ofendido;

**10°.** Que, el Jefe de Estado expuso en sus observaciones (pág. 2-3) que *“[e]special preocupación dentro de los delitos de violencia sexual, reviste el delito de violación cuando la víctima es un menor de edad (...).*

*Por tanto, el proyecto permite que los jueces puedan aplicar la pena que, en atención a los antecedentes del caso concreto, el delito amerite, especialmente la penalidad más alta para los casos más graves”.*

**11°.** Que, en coherencia con lo expuesto, consta en las observaciones que se *“[e]limina la posibilidad que los condenados por los delitos del artículo 362 del Código Penal violación de menores de 12 años y del artículo 372 bis del mismo Código violación con homicidio, en este último caso si la víctima se tratare de una persona menor de 12 años, puedan acogerse a las medidas de libertad vigilada, remisión condicional de la pena y reclusión nocturna, declarando expresamente que ellos no procederán en ninguno de estos casos” (Oficio N° 215-339, Boletín N° 1.048-07, p. 3);*

**12°.** Que, más allá de los delitos que podría estimarse que deberían incluirse en el catálogo del artículo 1° inciso segundo de la Ley N° 18.216, ¿resulta injustificado o desproporcionado incluir en él al delito contemplado en el artículo 362 del Código Penal? Como ha señalado un autor, precisamente comentando una sentencia de esta Magistratura, *“(...) la Ley N° 18.216 contiene una opción político-criminal en orden a aplicar penas sustitutivas solo en aquellos casos de conductas de menor gravedad. En ese contexto, corresponde precisamente al TC, como garante de los derechos fundamentales, aplicar sus normas de tal forma que permita distinguir, entre aquellas conductas que admitirán una pena sustitutiva por ser de menor gravedad, de aquellas que, en cambio, ameritarán una pena efectiva, atendida su mayor lesividad, otorgando los elementos que permitan conocer qué conducta, en definitiva, ha de ser sancionada con pena efectiva” (Isabel Ruiz-Esquide Enríquez:*



“La Pena Efectiva en el Delito de Violación Impropia: Un Conflicto entre Merecimiento y Necesidad de Pena (Tribunal Constitucional)”, *Revista de Derecho*, Vol. 33, N° 2, Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 2020, p. 359);

**13°.** Que, conforme a lo expuesto, entonces, la ubicación del delito contemplado en el artículo 362 del Código Penal entre aquellos respecto de los cuales no procede la aplicación de penas sustitutivas, aparece como idónea para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador, sin que conlleve una limitación de tal envergadura a la función judicial que, en esta oportunidad, justifique las demás objeciones de constitucionalidad contenidas en el requerimiento;

**14°.** Que, por último y tal como se plantea en la sentencia, así como también se resolvió en el Rol N° 6.506, ¿es posible que, con base en las circunstancias del caso concreto, se deba acceder a la acción de inaplicabilidad en esta gestión pendiente en particular? Ello, especialmente considerando las circunstancias específicas vinculadas con el contexto en que se produjeron los hechos imputados y las circunstancias personales y familiares del requirente;

**15°.** Que, esas circunstancias (descritas a fs. 8) no alteran, a nuestro juicio, la decisión desestimatoria, pues, desde luego, no son análogas a las que se tuvieron en consideración en aquella causa anterior, donde, por ejemplo, el Ministerio Público había decidido no perseverar y atendido, especialmente, que, en esta causa, el Juez del Fondo ha desechado la alegación fundamental de la defensa, en el sentido que “(...) *no es posible dar credibilidad a la versión expuesta por el (...) [acusado], en cuanto a que no conocía al momento de mantener relaciones sexuales con (...) [la víctima] que ésta tenía 13 años, por lo que la unanimidad del tribunal, ha tenido por configurado el delito de violación impropia*” (fs. 58);

**16°.** Que, por las razones expuestas, estuvimos por rechazar el requerimiento formulado a fs. 1.

### **PREVENCIONES**

**La Ministra NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA (Presidenta) concurre al voto por acoger el requerimiento, únicamente por las siguientes consideraciones:**

**1°.** Que en estos autos constitucionales no se está impugnando el artículo 362 del Código Penal, razón por la cual no hay duda ni debate en relación con la tipicidad de la conducta y de su gravedad delictiva en relación con el bien jurídico protegido, que es la indemnidad sexual de una niña. Se estima improcedente, entonces, efectuar consideraciones respecto a una eventual falta de merecimiento de pena, pues ello ya ha sido ponderado por los jueces del fondo, principalmente a través del reconocimiento de atenuantes, no correspondiéndole a esta Magistratura la calificación jurídica de los hechos ya asentados.

Lo que aquí se cuestiona es el artículo que excluye la posibilidad de acceder a penas sustitutiva, ante la necesidad advertida por la judicatura del fondo de imponer una forma distinta al encarcelamiento para la ejecución de la pena.

**2°.** Que esta Ministra ha rechazado los requerimientos de inaplicabilidad del precepto cuestionado, bajo los siguientes argumentos -entre otros- que se esbozan a continuación:



(i) Corresponde al legislador establecer los delitos y las penas asociadas, así como su modalidad de cumplimiento.

(ii) En tal sentido, no puede fundarse la inconstitucionalidad de una norma por el sólo hecho de que “limita” facultades del juez, pues precisamente, ese es el efecto natural y obvio de todas las leyes. Nuestro diseño institucional presupone que es el legislador quien dicta normas de carácter general y abstracto, y el juez debe atenerse a lo ordenado por la Constitución y las Leyes (artículos 6, 7 de la Constitución). Tanto es así que el artículo 76 inciso segundo de la Carta Política reconoce que, por regla general, es la ley la que resuelve la contienda o asunto que ha sido sometido a la decisión jurisdiccional. Ejemplificador, para el caso concreto, es el hecho de que, si el legislador no hubiera dictado la Ley 18.216, ni siquiera podría debatirse en esta sede acerca de la posibilidad de que el juez imponga una pena sustitutiva.

(iii) Las circunstancias particulares de un caso concreto que podrían determinar la ausencia total de reproche penal, o bien un reproche atenuado, en general, son absorbidas por la legislación por la aplicación de eximentes o atenuantes, y no necesariamente a través de la aplicación de una pena sustitutiva.

(iv) Sin perjuicio de lo anterior, la exclusión de penas sustitutivas respecto de los delitos indicados en el artículo 1 inc. 2° de la Ley 18.216, además de obedecer a motivos de política criminal, ámbito que naturalmente pertenece al legislador y no al Tribunal Constitucional, encuentra justificación en la gravedad de los delitos que allí se indican y en los bienes jurídicos que se pretenden resguardar. Ello descarta un reproche abstracto en relación con la garantía de igualdad ante la ley, pues la distinción (si es que la hay) no se basa en una categoría sospechosa (v.gr. color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, etc.), sino que en delitos que la generalidad de las personas puede cometer.

Sin embargo, estaré por acoger el requerimiento en este caso, por los motivos que se indican a continuación.

**3°.** Que, debe considerarse que la edad del consentimiento sexual ha tenido un tratamiento legislativo complejo en los diversos sistemas jurídicos. En esta materia se manifiesta la tensión entre la protección de la indemnidad sexual de los niños, niñas y adolescentes, el reconocimiento a su autonomía progresiva, y la innecesaria criminalización de las prácticas sexuales entre adolescentes. En tal sentido, se ha recomendado por organismos internacionales que *“La edad mínima legal para el consentimiento sexual no debería ser demasiado bajo ni demasiado alto y debe contener disposiciones que toman en cuenta la diferencia de edad limitada entre las parejas – tres años por ejemplo”* y que *“Las leyes deben evitar penalizar las relaciones sexuales consensuales entre adolescentes, teniendo en cuenta la diferencia de edad y el posible equilibrio del poder en la pareja en la determinación de la validez del consentimiento”* (UNICEF, Edades mínimas legales para la realización de los derechos de los y las adolescentes, disponible en: <https://www.unicef.org/lac/informes/edades-m%C3%ADnimas-legales>). Manifestación de lo anterior es el artículo 4 de la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente que establece una regla especial para delitos sexuales conocida como la “exención de Romeo y Julieta”.

**4°.** Que, como se señaló, esta Ministra ha estado por desestimar los requerimientos respecto del precepto impugnado, aun cuando se invoquen circunstancias particulares de caso concreto que parezcan indicar la necesidad de un



reproche atenuado. Lo anterior, porque el derecho penal, a través de las exenciones o atenuantes de responsabilidad, permite absorber estas circunstancias, las cuales deben ser ponderadas por el Juez del Fondo.

Sin embargo, este caso es distinto, pues, de un lado, está descartado un error de tipo o de prohibición, y de otro, ha sido el propio Tribunal que conoce de la gestión pendiente quien ha indicado la necesidad de que tales circunstancias particulares de caso concreto sean encausadas a través de una pena sustitutiva o una modalidad de pena distinta al encarcelamiento.

5°. Que es por lo anterior que esta Ministra está por acoger el requerimiento, considerando que el imputado criminal, a la fecha de los hechos y de la relación sentimental, tenía 18 años, vale decir, había recién dejado de ser considerado como “adolescente” (cuya criminalización debe ser evitada), y de esta relación nació una hija que ha sido por él reconocida, de modo que el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la paternidad podría redundar en beneficio de todas y todos. Los artículos 1 y 5° inciso segundo de la Constitución imponen a esta Magistratura garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales y humanos, por lo que se justifica inaplicar la norma impugnada, a fin de que la judicatura de fondo pueda evaluar la modalidad de cumplimiento de la pena que haga más efectivos los derechos de todos los involucrados en este proceso penal, considerando para ello las particulares situaciones e intereses de la víctima, la niña, el imputado y el entorno familiar.

**El Suplente de Ministro señor MANUEL NÚÑEZ POBLETE concurre al voto por acoger el requerimiento de fojas 1 teniendo en cuenta además las siguientes consideraciones:**

1°. El argumento central para considerar que el precepto legal impugnado produce un efecto contrario a la Constitución reside en la desigual habilitación para que el juez pueda, en atención a los hechos del proceso, ponderar las condiciones particulares del infractor de la ley penal —expresadas principalmente en la conducta anterior del encausado, sus condiciones personales y voluntad para no volver a delinquir— de manera de permitirle acceder a las mayores posibilidades de rehabilitación que le entregan las penas distintas al encierro total. Es aquí donde se juega el dilema del proceso penal, pues como escribió Carnelutti “es el juez y no el legislador quien tiene ante sí al hombre vivo” (“Derecho consuetudinario y derecho legal”, *Revista de Occidente*, 10, 1964, p. 11). Ese hombre es el infractor de la ley y sus circunstancias.

En este contexto, el legislador ejerce su competencia para diseñar y atribuir penas y es el juez quien recibe de esa ley, pero antes de la misma Constitución, la jurisdicción para aplicarlas. En conformidad con el artículo 76 de la Constitución y con la Ley N° 18.216, el tribunal ejerce la jurisdicción para conocer los antecedentes materiales del proceso y la facultad (que no el deber) para, conociéndolos, abrir la puerta a la sustitución de penas.

2°. El precepto legal reprochado, genera un estatuto excepcional diferenciado a partir de un dato que no es concreto sino que es abstracto. En efecto, la regla general permite al juez sustituir la pena a partir de dos factores concretos: la condena efectiva impuesta por la sentencia y los antecedentes específicos del penado que permiten inferir una baja probabilidad de reincidir en la criminalidad. En cambio, la



excepción legal reprochada, que se construye sobre un criterio puramente abstracto, impide al juez sustituir la pena aún si la condena efectiva es la misma y las probabilidades de reincidir son iguales o menores. Este dato es más obvio si se toma en cuenta que alguno de los requisitos para acceder a las penas sustitutivas guarda cierta similitud con una de las atenuantes que reconoce el Código Penal (artículo 11 N° 6) y que, dada la configuración del precepto legal impugnado, generará efectos en unos casos y no podrá hacerlo en otros. Adicionalmente, hay ciertas figuras, como las relativas a la Ley N° 17.798 que han sido excluidas tanto si fueran delictivas como cuasidelictivas.

**3°.** En razón de lo anterior, el precepto legal reprochado, al tiempo que cierra la legítima puerta para que el condenado solicite la pena sustitutiva, abre una puerta prohibida por el artículo 19 N° 2 de la Constitución, cual es que la misma situación material reciba un tratamiento diferenciado. De cara a la igualdad ante la ley no es entonces legítimo negar al requirente la posibilidad de aspirar a los mismos espacios de rehabilitación y conservación de la libertad que la ley reconoce, como regla general al penado *en función de sus circunstancias*. Marginar al condenado, en función únicamente de un tipo penal abstracto, de la facultad legal de exponer sus circunstancias, para a partir de ellas habilitar al tribunal para conceder o negar la pena sustitutiva, no es constitucionalmente admisible.

**4°.** Las circunstancias del caso concreto, muy bien descritas en el voto de mayoría, demuestran cuán inicuo es impedir a la magistratura de la gestión ponderar las circunstancias personales del condenado para los efectos de acceder al régimen de penas de la Ley N° 18.216. Estas circunstancias son someramente descritas por la Magistrada requirente a fojas 8 y se refieren a las condiciones en que se produjo la conducta penada, a la colaboración sustancial del condenado en el esclarecimiento de los hechos y a las relaciones familiares con la hija que nació producto de esa relación y con quien fuera la propia víctima del ilícito.

Redactó la sentencia el Ministro señor CRISTIÁN LETELIER AGUILAR. La disidencia fue escrita por el Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y las prevenciones por la Ministra señora NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA (Presidenta) y el Suplente de Ministro señor MANUEL NÚÑEZ POBLETE.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 14.599-23-INA**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta, Ministra señora Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida, y por sus Ministros señor Cristian Omar Letelier Aguilar, señor Nelson Roberto Pozo Silva, señora María Pía Silva Gallinato, señor Miguel Ángel Fernández González, señora Daniela Beatriz Marzi Muñoz, señor Raúl Eduardo Mera Muñoz y Suplente de Ministro señor Manuel Antonio Nuñez Poblete.

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



**A1085259-627D-4D34-81E7-3D60BF039E6E**

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en [www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl) con el código de verificación indicado bajo el código de barras.