

2024

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

---

**Sentencia**

**Rol 14.900-2023**

[17 de julio de 2024]

---

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

EDUARDO MACAYA ZENTILLI

EN EL PROCESO PENAL RIT N° 1255- 2023, RUC N° 2300594022-2, SEGUIDO  
ANTE EL JUZGADO DE GARANTÍA DE SAN FERNANDO

**VISTOS:**

Que, Eduardo Macaya Zentilli acciona de inaplicabilidad respecto del artículo 1º, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, en el proceso penal RIT N° 1255-2023, RUC N° 2300594022-2, seguido ante el Juzgado de Garantía de San Fernando.

**Preceptos legales cuya aplicación se impugna**

El texto de los preceptos impugnados dispone lo siguiente:

*“Ley N° 18.216, Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad*

(...)

*Art. 1º. (...)*

*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. 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**

La requirente explica que se sigue proceso penal en su contra ante el Juzgado de garantía de San Fernando. En aquel, con fecha 7 de junio de 2023, tuvo lugar audiencia de formalización en su contra, imputándole la comisión del delito de abuso sexual impropio reiterado contenido en el artículo 366 bis del Código Penal. En dicha audiencia precisa que quedó sujeto a la medida cautelar de prisión preventiva, fijándose un plazo de investigación de 90 días.

Luego, con fecha 6 de julio de 2023, se llevó a cabo una audiencia de revisión de prisión preventiva, en la cual se habría reformalizado la investigación. Así, los hechos respecto de los cuales recayó ésta fueron cuatro, en relación con las víctimas cuyas iniciales indica el libelo a fojas 2.

Tales hechos habrían tenido lugar conforme lo siguiente:

- Hecho 1: respecto a F.I.R.M nacida el 3 de Enero de 2011, en fecha indeterminada, pero cuando tenía la edad de 8 o 9 años.

- Hecho 2: respecto a C.M.S., nacida el 30 de noviembre de 2010, en fecha indeterminada, pero cuando tenía 8 años de edad.

- Hecho 3: respecto a I.I.M, nacida el 15 de junio de 2014, en fecha indeterminada, pero entre los meses de junio y julio de 2022 cuando tenía 7 u 8 años de edad.

- Hecho 4: respecto a M.I.M., nacida el 15 de junio del 2014, melliza de otra supuesta víctima anteriormente señalada, en fecha indeterminada pero cuando tenía entre 7 y 8 años de edad.



Estos hechos fueron calificados por el Ministerio Público como constitutivos de abuso sexual impropio en carácter de reiterado ilícito previsto y sancionado en el artículo 366 bis del Código Penal, atribuyéndole calidad de autor ejecutor y considerando el grado de ejecución del delito como consumado.

Añade que con fecha 15 de julio de 2023, la Il. Corte de Apelaciones de Rancagua resolvió reemplazar la prisión preventiva por una caución económica que se estimó suficiente.

Posteriormente, con fecha 25 de septiembre de 2023, ante el Juzgado de Garantía de San Fernando se desarrolló audiencia de ampliación de plazo de la investigación por 80 días.

En la gestión *sub lite*, consta conforme presentación de foja 438, que se ha deducido acusación en contra de la requirente por el Ministerio Público, encontrándose pendiente de realización audiencia preparatoria de juicio oral fijada para el 16 de abril de 2024, tras haber sido rechazada solicitud de reapertura de la investigación.

La requirente afirma que se violentan en la especie los artículos 1º y 19, numerales 2º, 3º, 5º inciso segundo y 76 de la Carta Fundamental. Asimismo, entiende violentados los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Explica que la Ley Nº 21.5231, también denominada “Ley Antonia” introdujo modificaciones a diversas normas penales, incluyendo el artículo 1º inciso segundo de la Ley Nº 18.216 ampliándose así a los delitos de los artículos 366 y 366 bis del Código Penal, en lo que respecta a la prohibición de acceder al derecho de cumplimiento de pena sustitutiva. Dicha ley entró en vigencia con fecha 31 de diciembre de 2022.

Destaca que no constan en la historia de la ley los fundamentos que permitan comprender cabalmente las razones objetivas y bases de razonabilidad por las cuales se decidió ampliar la prohibición de acceso a pena sustitutiva en delitos de abuso sexual. Si bien la política criminal que trasunta las reglas penales adjetivas, sustantivas, de control y ejecución penitenciaria es resorte del legislador, hay límites también para ella, que en este caso no se justifica traspasar, ni por deferencia, deferencia razonada o interés público o bien general.

Así, estima indispensable que los jueces del grado, al aplicar la regla legal, puedan valorar las circunstancias particulares de cada situación, pues de lo contrario, una regla general impeditiva de su labor jurisdiccional esencial contraría en los efectos concretos a la Carta Fundamental, en su artículo 76, que dice que es labor intrínseca de los jueces “*conocer y juzgar*” las causas que ante ellos se presentan. Esto sucede si una norma de inferior rango a la Constitución les niega ad initio y prima facie la posibilidad siquiera de otorgar penas sustitutivas en un sub- sistema de delitos, penas y medidas accesorias especialísimas.



**A. Normas constitucionales y de tratados internacionales que serán infringidas por la aplicación en el caso concreto del artículo 1º inciso segundo de la Ley N° 18.216**

Refiere que la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación reconoce sustento normativo en los artículos 1º, 19 N°s 2, 3, inciso primero, de la Constitución. Asimismo, en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 24), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 26).

El principio de no discriminación y obligación de respetar los derechos se recoge por lo demás en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 1.1); y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1).

A su vez, el principio de proporcionalidad está recogido en la reglamentación de la garantía fundamental de debido proceso y exigencia de un procedimiento e investigación racional y justa (artículo 19 numeral 3 inciso sexto).

**B. Forma en que la aplicación del precepto impugnado aplicado en el caso concreto infringiría las disposiciones constitucionales y de tratados internacionales referidas**

**B.1 Infracción a la igualdad ante la ley y al principio de no discriminación**

En caso de ser condenado el precepto impugnado contravendría el derecho a la igualdad ante la ley concretizado en el valor de la no discriminación ya que se consolidaría una diferencia de trato clara entre personas que se encuentran en una situación similar, de delitos que afectan un mismo bien jurídico protegido y de penalidad.

En nuestra legislación existen varias figuras penales que teniendo igual o mayor pena que el delito imputado, tales como los prescritos en los artículos 366 quáter (pena presidio menor grado medio a máximo); 367 (presidio mayor grado mínimo); 367 ter (presidio menor grado máximo); 367 quater (presidio menor grado máximo), posibilitan optar a pena sustitutiva. Desde ahí sostiene la necesaria discriminación sin fundamento para el caso concreto.

Señala que la idoneidad en sede penal debe predicarse igualmente respecto de la reacción penal. 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, habiendo resuelto esta Magistratura que la aplicación de las penas sustitutivas de aquellas privativas de libertad no es sinónimo de impunidad.

**B.2 Vulneración del principio de proporcionalidad**

Con lo anteriormente expuesto, no sólo existe distinción arbitraria, sino que se vulnera el principio de proporcionalidad. Existe una serie de crímenes y delitos que



tienen asociadas penas mucho más altas que la que arriesga, y no obstante aquello, permiten acceder a penas sustitutivas. Destaca al efecto las figuras penales previamente referidas contempladas en la sistemática de Código Penal.

Por el contrario, el quantum de la penalidad en abstracto -y eventualmente en concreto en caso de que sea condenado- podrá ser menor en comparación, lo que constituye una vulneración al estándar de racionalidad y proporcionalidad exigido por la Carta Fundamental.

Adicionalmente -y en lo que respecta a la actuación del juez- al ser la proporcionalidad un cálculo a ponderar en la determinación y aplicación de la pena, a fin de que el juez actúe según las características del caso y el sujeto responsable, la norma cuestionada colisiona con un criterio de rigidez legal que lo limita para tales efectos. Esto ocurre por cuanto al aplicarse el precepto legal impugnado, el juez de fondo de la gestión pendiente verá absolutamente 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.

#### **Tramitación**

El requerimiento fue acogido a trámite por la Primera Sala, a fojas 28, con fecha 22 de noviembre de 2023, confiriéndose traslados para su pronunciamiento en torno al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad.

Posteriormente, fue declarado admisible, a fojas 293, por resolución de fecha 15 de diciembre del mismo año, confiriéndose traslados de fondo.

#### **Observaciones del Ministerio Público, a fojas 326**

La imputación que concretamente se hace en este caso consiste en cuatro hechos constitutivos de abuso sexual con contacto del artículo 366 bis del Código Penal que afectaron a cuatro víctimas distintas, y en tres de esos hechos las víctimas fueron objeto de abuso sexual en más de una ocasión, de suerte que hay, en cada uno de ellos, reiteración delictual.

La procedencia de una pena sustitutiva, en los casos que se dicte una sentencia y se imponga más de una pena, dependerá de la sumatoria de todas ellas, de conformidad con lo que prescribe el inciso final del artículo 1° de la Ley N°18.216, regla que no es cuestionada en estos antecedentes, de suerte que, considerando las imputaciones formuladas en este caso, no sería posible acceder a una pena sustitutiva.

El ilícito por el que se ha formalizado es el del artículo 366 bis del Código Penal, en carácter reiterado respecto de diversas víctimas, que tiene asociada una pena de presidio menor en grado máximo a presidio mayor en grado mínimo, de suerte que



tanto por su número como por su reiteración, la imputación que corresponde a la gestión pendiente alcanza varias veces la pena asociada al referido delito, o bien, sometidos cada uno de los hechos en que se afirma la reiteración a una regla como la del artículo 351 del Código Procesal Penal, resultaría, en cada caso, la pena prevista para el delito aumentada en uno o dos grados.

En cuanto al precepto cuestionado, recuerda que el delito del artículo 366 bis del Código Penal fue incorporado al catálogo de ilícitos del inciso segundo del artículo 1° de la Ley N°18.216, por la Ley N°21.523, de diciembre de 2022. Esta modificación persiguió proteger de mejor manera, en el nivel legal, las garantías procesales y los derechos de las víctimas de delitos sexuales, como se afirma en la propia denominación de la ley, persiguiendo para esa especial categoría de ilícitos, entre otras cuestiones, el cumplimiento efectivo de las sanciones penales como ya se ha dicho, lo que no infringe la Constitución.

Son los organismos legisladores los encargados de estructurar la política criminal para un grupo de delitos encaminados a resguardar bienes jurídicos de alta estima para el derecho. Así también lo demanda la Constitución en el artículo 19 N° 3, de manera que el sentenciador penal define la pena concreta bajo una serie de parámetros predefinidos por la ley, sin dejar de cumplir, en cualquier caso, con las garantías de un procedimiento y una investigación racional y justa, cuyo control está entregado a una serie mecanismo previstos por el código adjetivo, entre las que destaca la vía recursiva.

Asimismo, a propósito de las alegaciones de la requirente en lo relativo a la sistemática de delitos sexuales en el Código Penal, en la reglamentación de los artículos 366 quáter, 367 ter, y 367 quáter destaca que ellos tienen menor pena y únicamente el ilícito del artículo 366 bis del Código Penal se considera crimen.

Respecto del ilícito del artículo 367 del Código Penal, consistente en facilitar o promover la explotación sexual de personas menores de 18 años, hace presente que éste tiene características distintas que los ilícitos contra la libertad/indemnidad sexual descritos anteriormente, relacionadas principalmente con la existencia de un mercado ilícito en el que se cosifica a las víctimas con el objeto de obtener ganancias o beneficios por estas conductas. Estas diferencias - que se desprenden de la descripción típica y verbos rectores que utiliza -, y su gravedad, expresada en la entidad de la sanción que tiene prevista la ley, impide acceder igualmente a una pena sustitutiva, por las condiciones que particularmente exigen estas últimas.

La exclusión de las penas sustitutivas abarca un vasto elenco de delitos, lo que excluye la presencia de una diferencia de trato contraria a la Constitución Política de la República, como la que se denuncia en el requerimiento. Así acaece con 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; todos aquellos delitos para los que se imponga una pena mayor a cinco años.

**Observaciones de la Defensoría de los Derechos de la Niñez, a fojas 347.**

Aun beneficiando al imputado la modificatoria objetiva de responsabilidad prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, la prognosis de pena arriesgada en abstracto, por cada uno de los delitos formalizados, se eleva a lo menos por sobre los 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio considerando la pena en abstracto del delito de abuso sexual impropio.

Este tipo delito atenta contra la indemnidad sexual, encontrándose amparada dentro de los derechos de primer orden en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política.

La ponderación de derechos de niños, niñas y adolescentes, constituyen obligaciones derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el caso de marras, cobra especial relevancia que las víctimas son niñas, mujeres, menores de 14 años, contra las cuales se ha ejercido violencia sexual, siendo aquella una forma específica de violencia de género, constituyendo una de las peores formas de violencia contra la niñez y adolescencia. Esto en línea con el artículo 3° de la Convención de Derechos del Niño en línea con lo dispuesto en la Ley N° 20.430.

Este Tribunal Constitucional en diversas sentencias se ha pronunciado sobre el concepto de interés superior del niño y su aplicación en la normativa interna. Así, Rol 11969-2021/INA.

El artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos impone a los Estados la obligación de adoptar “medidas de protección” requeridas por su condición de niños. Los delitos en la esfera de la sexualidad constituyen una de las peores formas de violencia contra la niñez y la adolescencia, problema creciente en el mundo, presentando problemas en su detección y denuncia. existe expresa y especial protección y prohibición de ejercer en su contra actos de violencia y tratos degradantes.

En esta materia es menester, hacer referencia a los deberes asumidos por el Estado de Chile en cuanto a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra mujeres, niñas y adolescentes, pues en el año 1998, suscribe y ratifica la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, más conocida como Convención Belem Do Pará, la que considera desde sus acápites que la *“violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”* relevando en específico el deber de los Estados Pares de actuar con la debida diligencia, prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, así como de incluir en su legislación interna normas penales, que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la



violencia contra la mujer” (Artículo 7 letras b) y c). Lo anterior en línea con lo dispuesto en la Convención sobre la Eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer.

Destaca que el libelo no desarrolla realmente las alegaciones sobre la presunta infracción del artículo 76 constitucional.

La Ley N° 21.523 forma parte de una serie de reformas legislativas que buscan reforzar la protección estatal de víctimas de violencia de género, y en específico de víctimas de violencia sexual. No resulta ser para el caso en concreto, una desproporcionalidad del legislador ni una transgresión a la igualdad en la ley, tratándose de una multiplicidad de hechos, resultando al efecto idónea, necesaria y razonable.

La política criminal la fija el legislador dentro de los límites constitucionales, estableciendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos límites para la política criminal, pero sin crear derechos a penas sustitutivas.

#### **Observaciones de la parte querellante de F.I.R.M, a fojas 371.**

La norma es concreción de políticas legislativas acorde a los estándares internacionales de Derechos Humanos de niños, niñas, adolescentes y mujeres, en base a la investigación científica de la fenomenología de los delitos sexuales.

Destaca que en ningún caso le resultará procedente acceder a pena sustitutiva en atención al número y naturaleza de los delitos imputados.

Descarta la existencia de contravenciones en relación con la igualdad ante la ley. el sentido de la norma de la ley citada es dar mayor protección a los derechos de las víctimas y otorgarle mayor reconocimiento legal y proveerlas de garantías procesales, persiguiendo para estos delitos el cumplimiento efectivo de ellos, como lo hace en otros ilícitos de la misma entidad, a saber, violación propia e impropia u homicidio; delitos en que el bien jurídico protegido y la importancia social de los mismos hacen que se lo coloque en un mismo nivel de gravedad.

En relación con la alegada vulneración del principio de proporcionalidad por tratarse de delitos de abuso sexual contra menor de 14 años, en carácter de reiterados.

A fojas 381, por decreto de fecha 12 de enero de 2024, se trajeron los **autos en relación.**

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

En Sesión de Pleno de fecha 11 de abril de 2024 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos por la requirente del abogado Juan Carlos





Manríquez Rosales; por la Defensoría de la Niñez, de la abogada Giannina Mondino Barrera; por el Ministerio Público del abogado Hernán Ferrera Leiva; y por la querellante del abogado Hernán Fernández Rojas.

Se adoptó acuerdo con igual fecha, conforme certificación del relator.

**Y CONSIDERANDO:**

**I. ANTECEDENTES DE LA GESTIÓN Y CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO**

**PRIMERO:** La gestión en la que incide el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad recae en la causa penal RIT N° 1255-2023, seguida ante el Juzgado de Garantía de San Fernando, proceso en el cual el Ministerio Público presentó una acusación en contra del requirente por cuatro hechos constitutivos de abuso sexual con contacto corporal de menores de 14 años, tres de ellos reiterados, delito que se encuentra previsto y sancionado en el artículo 366 bis del Código Penal, solicitando que se le condene a la pena de 12 años de presidio mayor en su grado medio (fs. 442 y sgtes. de este expediente constitucional).

**SEGUNDO:** En cuanto al conflicto constitucional planteado, el requirente postula que la aplicación del inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.216 en el caso que se ventila, al impedirle acceder a una pena sustitutiva en caso de ser condenado por los delitos referidos, es inconstitucional por vulnerar los artículos 1 y 19, numerales 2 y 3, de la Constitución, como también los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Para sustentar su requerimiento, el actor sostiene, en primer lugar, que el mencionado precepto legal vulnera la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación. Lo anterior por cuanto, de aplicarse la norma, se consolidaría una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, como es la de quienes han sido condenados por delitos con la misma penalidad y que afectan al mismo bien jurídico y que pueden optar a pena sustitutiva, y la de quienes son condenados por el delito comprendido en el artículo 366 bis del Código Penal, a los que les está vedado acceder a una pena sustitutiva.

En segundo lugar, el libelo alega que se vulnera el principio de proporcionalidad. En tal sentido, reitera que existen una serie de delitos y crímenes que tienen asociadas penas mucho más altas que la que arriesga el requirente y, no obstante aquello, sí permiten acceder a penas sustitutivas.

Finalmente, sostiene que el juez de fondo verá limitada su capacidad de actuar con justicia, ya que no podrá considerar en toda su amplitud las características del



caso y del sujeto penalmente responsable, vulnerando así el derecho a un proceso racional y justo.

**TERCERO:** Cabe tener presente que, cuando esta Magistratura resuelve este tipo de reproches, atendido el examen concreto que debe efectuar, ha de analizar las características del delito que en la gestión pendiente le es imputado al requirente y que le impediría acceder a una pena sustitutiva de ser condenado por su comisión, cuestión que ha sido determinante para resolver en otras oportunidades acciones en contra del mismo precepto ahora cuestionado.

En efecto, teniendo presente la gravedad del delito ha resuelto desestimar requerimientos, incluso en etapa de admisibilidad, cuando 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” (Roles N° 4695, c. 11° y 13.495, c. 11°, entre otras), como también lo ha hecho en el fondo, oportunidad en que ha sostenido que la exclusión de un delito de las penas sustitutivas “resulta proporcional a la entidad del delito por el que fue condenado el requirente” (STC 9433, c. 17°).

Pues bien, como el inciso 2° del artículo 1° de la ley N° 18.216 que es impugnado en estos autos impide el acceso a las penas sustitutivas que enumera el inciso 1° de esa misma norma legal a quienes sean autores, entre otros delitos consumados, del previsto en el ya mencionado art. 366 bis del Código Penal a que fuera acusado el requirente, antes de hacerse cargo de los cuestionamientos que éste formula y con el objeto de fijar los criterios interpretativos que le servirán para fundamentar su decisión, esta sentencia analizará, en primer lugar, el referido tipo penal y, vinculado a éste, el bien jurídico que protege, examinando asimismo cómo este último se relaciona con el principio del interés superior del niño, lo cual permite y a veces exige al legislador efectuar un tratamiento jurídico especial y diferenciado, incluyendo la prohibición de acceder a las penas sustitutivas a que alude el inciso 1° del art. 1 de la ley 18.216.

## II. EL DELITO DE ABUSO SEXUAL IMPROPIO.

**CUARTO:** El mencionado art. 366 bis del Código Penal se halla contenido, a su vez, dentro del Título VII del mencionado Código, 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 por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004, el cual, actualizando el Código Penal en esta materia, eliminó la referencia a los simples delitos e introdujo el concepto de “integridad sexual”, el cual, a juicio del propio legislador, incluye la libertad y la indemnidad en esta materia como bienes que deben ser protegidos por los distintos tipos penales que se contemplan en dicho título.

Pues bien, las conductas típicas, antijurídicas, culpables y penadas que consagra el legislador dirigidas en contra de la integridad sexual son llamadas genéricamente “delitos sexuales” y se caracterizan por vincularse a agresiones de naturaleza sexual que atentan contra la libertad sexual o la indemnidad sexual de las personas independientemente de su edad, sexo, nacionalidad, raza, aunque, en el hecho, son delitos que dirigen principalmente en contra de mujeres y de niños menores de edad; en la ejecución de tales delitos, muchas veces, se ocupa la fuerza física, la presión o el engaño; en su comisión no existe el consentimiento de la víctima; generalmente, ocurren a través de un proceso gradual y no en un evento único; son cometidos mayoritariamente por quienes se encuentran vinculados en forma directa o indirecta con la víctima, resultando por ello difíciles de probar; y, en fin, producen graves y prolongadas consecuencias en las víctimas, ya que, además de los eventuales daños físicos, *“se presentan secuelas de corte psíquico o mental, que duran más que las primeras, afectando principalmente, a futuro, su vida conyugal, familiar, sexual y el entorno social”* (Silva Silva, Hernán (2023) *Los delitos sexuales*, Ed. Libromar, p. 25).

**QUINTO:** En algunas legislaciones a los referidos delitos se les llama en términos genéricos como “abusos sexuales”, comprendiendo en ellos un conjunto de actos sexuales caracterizados por el aprovechamiento de una situación de superioridad del autor sobre la víctima, que vulnera su libertad sexual, sin importar la forma en que se materialice la agresión, pudiendo consistir éstos en un acceso carnal o en algún otro acto diverso, como los trata el Código Penal español.

No obstante, el concepto de abuso sexual posee una connotación restringida en otros ordenamientos jurídicos, para incluir en él un conjunto de actos de significación sexual distintos al del acceso carnal. Este es el concepto que han adoptado, por ejemplo, las legislaciones de Alemania, Francia, Uruguay y Chile.

**SEXTO:** En nuestro Código Penal, dentro del grupo de delitos sexuales que tipifica se encuentra el de “abuso sexual”, que antes de la dictación de ley N° 19.617, de 1999, se denominaba como de “abusos deshonestos”, para penar entonces su art. 366 “el que abusare deshonestamente de una persona de uno u otro sexo mayor de 12 años y menor de 20 años” comprendiendo una conducta que constituye una acción sexual distinta del acceso carnal. Tal figura era denominada por la doctrina como abuso deshonesto simple, estableciendo luego la norma una figura agravada cuando “concurriere alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 361 (que sancionaba la violación) se estimará como agravante del delito, aun cuando sea mayor de veinte años la persona de quien se abusa”.

Modificado solamente mediante la Ley N° 19.221, del año 1993, que limitó el máximo de edad del sujeto pasivo en la hipótesis simple para pasar de 20 a 18 años, el tipo penal de los abusos deshonestos fue objeto de múltiples críticas. En efecto, se cuestionaba debido a la falta de una descripción del tipo, lo cual, de acuerdo con la doctrina, permitía que se interpretara ampliamente *“incluyéndose cualquier conducta que implica 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”* (Winter Etcheberry, Jaime (2018): *Delitos contra la indemnidad sexual*, Editorial DER, p. 39). En línea con ello, se estimaba 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, ob. cit., p. 15).

**SÉPTIMO:** Para paliar el déficit de certeza que ofrecía el tipo, la citada Ley N° 19.617, de 1999, cambió significativamente la regulación de estas conductas dejando atrás la figura tanto del abuso deshonesto básico como del agravado, estableciendo un tipo *“estrictamente jurídico, es decir, exento de connotaciones morales”* (Rodríguez Collao, Luis (2000): *Delitos sexuales*. Editorial Jurídica de Chile, p. 26). Para ello, la ley consignó tres hipótesis de abuso sexual, consistente en una acción sexual distinta del acceso carnal. Dos de dichas hipótesis se contemplaron en el art. 366 del Código Penal: el realizado a una persona mayor de doce años con alguna de las modalidades ejecutivas propias del delito de violación enumeradas en el art. 361 del Código Penal (N° 1) y b) el cometido con alguna de las modalidades propias del delito de estupro del art. 363 del mismo Código, siempre que la víctima fuera menor de edad pero mayor de doce años (N° 2). La otra hipótesis de abuso sexual refiere a aquel cometido contra una persona menor de doce años (art. 366 bis).

El 14 de enero de 2004, luego de la revelación de una serie de casos de abusos sexuales perpetrados contra menores, se dictó la Ley N° 19.927, la cual, junto con aumentar los límites de edad de las víctimas de 12 a 14 años (reformando, por lo tanto, en lo pertinente, los mencionados arts. 366 y 366 bis), agravó las penas del delito de abuso sexual contra niños y niñas, buscando así reflejar *“la intención del legislador de dar mayor protección a las víctimas y mayor castigo a los autores”* (Etchegary Oliva, Nicole y Araya Knopke, Lorena (2004), *Delitos sexuales. Estudio esquemático de las modificaciones introducidas por la Ley 19.617 y Ley 19.927*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile, p. 44).

**OCTAVO:** De este modo el texto actual art. 366 del Código Penal castiga al *“que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años”* siempre que el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361 del mismo Código, según el cual éstas suceden cuando se usa fuerza o intimidación, cuando la víctima se halla privada de sentido o se aprovecha su incapacidad para oponerse o cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

Mientras tanto, el delito consagrado en el art. 366 bis del Código Penal que le ha sido imputado al requirente de estos autos, sanciona con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo la realización de *“una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años”*.



Por su parte, el artículo 366 ter del mismo cuerpo legal -introducido al Código Penal por la ya citada ley N° 19.617, de 1999- establece que por acción sexual debe entenderse “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”.

**NOVENO:** En consecuencia, para que se configure el delito tipificado en el art. 366 bis del Código Penal es necesario que la víctima sea una persona menor de 14 años y que el acto tenga significación sexual y sea de relevancia, estableciéndose como criterio la necesidad de que tal acto afecte corporalmente a la víctima, ya sea mediante una aproximación o contacto corporal directo, ya sea mediante la afectación específica de ciertas partes del cuerpo de la víctima, como son sus genitales, ano o boca.

La historia de la ya mencionada 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 citado art. 366 ter “tiene el propósito de dejar entregado al desarrollo jurisprudencial de 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 o entidad del carácter sexual del acto a que hace referencia el precepto legal dice relación con “*la intensidad de la conducta de la significación sexual (...) La relevancia entonces, está en realidad referida a la importancia o gravedad de la conducta de significación sexual. 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, ob. cit., p. 42).

### III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

**DÉCIMO:** En cuanto al bien jurídico protegido por los delitos contra la integridad sexual a que alude el Título VII del Código Penal, cabe anotar que: “*Si bien existe discusión al respecto, la regla general es que se identifique que en este tipo de delitos lo que existe es un atentado contra la libertad sexual, entendida como la posibilidad de autodeterminarse en el plano sexual. En rigor, sin embargo, no es un derecho a autodeterminarse en general en el plano sexual; así si, por ejemplo, una persona impide mediante medios coactivos a una pareja mantener relaciones sexuales, lo que habrá subyacente no será un delito sexual, sino que un delito de coacción. Así, lo que existe en los delitos sexuales no es un atentado al desarrollo libre de la sexualidad en todos sus aspectos, sino que un atentado al derecho de exclusión de terceros del ámbito de la interacción sexual, es decir, a la libertad sexual negativa o libertad de abstención sexual” (Winter, ob. cit., p. 5).*

Sin embargo, la doctrina reconoce una diferencia cuando la víctima del delito es una persona menor de edad. Sucede entonces en que en esos casos no es la libertad



de abstención sexual el bien jurídico violentado, por cuanto se considera que una persona menor de 14 años -rango etario que determinó nuestro legislador para tal efecto- no tiene la capacidad suficiente para valorar la significación de sus actos en relación a la actividad sexual, entendiéndose, por lo tanto, que ésta no puede ser partícipe de una interacción sexual y por ello los actos de significación sexual y de relevancia en que ella es víctima son criminalizados. En efecto, como indican los profesores Politoff, Matus y Ramírez, *“se cree que no es capaz de tener actividad sexual, no teniendo ni la capacidad física para consentir y procrear; ni la mental para comprender la significación corporal y reproductiva del acto”* (Jaime Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez (2004), *Lecciones de Derecho Penal chileno*, Ed. Jurídica de Chile, 2° ed., p. 264).

De allí entonces que, como señala Edgardo Donna, no cabe afirmar que en estos casos el bien jurídico protegido sea la libertad sexual, por cuanto en el hecho no existe tal libertad, debiendo la ley *“proteger a estas personas por la misma situación de incapacidad, por lo cual se habla de intangibilidad sexual o de indemnidad sexual”* (Edgardo Alberto Donna (1999), *Derecho Penal. Parte especial. Tomo I*, Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 384). Por lo tanto, en el caso de los menores de catorce años lo que protege el legislador es su indemnidad sexual, o sea, *“su exclusión de cualquier forma de contacto sexual”* (Winter, ob. cit., p. 5).

**DÉCIMO PRIMERO:** Lo que resguarda en definitiva la intangibilidad o indemnidad sexual es la integridad física y síquica de la víctima, derecho garantizado en el numeral 1 del artículo 19 de nuestra Constitución. En efecto, como sostiene Rodríguez Collao: *“El detrimento en el cual se materializa el atentado contra la indemnidad sexual puede tener connotaciones físicas, psíquicas y emocionales”* (Luis Rodríguez Collao (2000), *Delitos sexuales. De conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.617 de 1999*, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, p. 125).

**DÉCIMO SEGUNDO:** El tipo penal del art. 366 bis se estructura en base a la edad inferior de una víctima que no tiene la capacidad para comprender los alcances de la conducta delictiva, por lo que el daño que se produce en su integridad física y síquica le afecta especialmente al encontrarse en una especial situación de vulnerabilidad.

En el caso concreto nos encontramos ante niñas que, al momento de los hechos, se encontraban en el tramo superior de la primera infancia o en el tramo inferior de la impubertad, por lo tanto, lejos de la edad a partir de la cual un niño o una niña pasa a considerarse adolescente y donde los enfoques de protección pueden diferir *“significativamente”* (Observación General 20, *Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia*, 6 de diciembre de 2016, párr. 1). Se trata entonces de personas que, encontrándose en una etapa temprana de su ciclo vital y de su desarrollo cognitivo, carecen de la madurez física y mental para ejercer su libertad sexual, no pudiendo elegir muchas veces las condiciones de vida que enfrentan y, por ello, se encuentran mayormente expuestas al riesgo de ser afectadas en su indemnidad



sexual, todo lo cual conduce a que deban ser especialmente protegidas por el ordenamiento jurídico. Es por ello la penalización de esta forma de abuso sexual busca proteger el adecuado desarrollo psíquico y físico de las niñas y niños menores de 14 años, “*particularmente en cuanto se pretende alejarlos de las intromisiones indebidas de los adultos en su vida sexual*” (Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez (*Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, 4ª edición, 2021, p. 186).

Por lo anteriormente expuesto, cabe destacar que la ley castiga los delitos contra la indemnidad sexual por la potencial afectación que producen las distintas conductas que sanciona aunque la víctima aparentemente no experimente ninguna reacción adversa frente al abuso y el detrimento producido se exprese con posterioridad, y también aun cuando la víctima no esté en condiciones de captar el sentido de la acción ejecutada por su falta de capacidad y madurez.

**DÉCIMO TERCERO:** Como el bien jurídico protegido en el caso de esta figura de delito de abuso sexual dice relación con la indemnidad sexual y la consecuente no afectación a la integridad física y síquica de niñas o niños menores de 14 años, cabe tener presente que su tipificación se funda, asimismo, en el principio del interés superior del niño, el cual –conforme a la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional– “consiste en dar pleno respeto a los derechos esenciales de los niños y adolescentes. Su finalidad es proteger el desarrollo del menor y la plena satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida.” (STC 2867, c. 13°).

Este principio se halla consagrado en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño al disponer: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” y es enunciado de diversas formas en el Principio VII de la Declaración de los Derechos del Niño, en el artículo 17.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en los artículos 9.1; 9.3; 18.1; 21; 37.c; y, 40.b.iii de la Convención sobre Derechos del Niño. Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el interés superior del niño justifica la necesidad de que le sea dada una protección especial, en vista de su falta de madurez física y mental, debilidad o inexperiencia (OC-17/02 de 28 de agosto de 2002).

Al respecto Gloria Baeza Concha señala que “*el concepto abarca además la obligación de elegir las alternativas que permitan el desarrollo moral e intelectual del niño dentro de la sociedad*” (Baeza Concha, Gloria “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 2, abril-junio 2001, pp. 355-362).

**DÉCIMO CUARTO:** En nuestra legislación el interés superior del niño se recoge en el artículo 7° de la Ley N° 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, cuando lo define como “un derecho, un



principio y una norma de procedimiento, que se basa en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta”.

Respecto a su ámbito procedimental, la misma norma indica que los procedimientos se guiarán por garantías procesales para asegurar la correcta aplicación del interés superior del niño, niña o adolescente, debiendo considerar para su determinación el bienestar físico, mental y moral del niño, como cualquier situación de especial desventaja en la que se encuentre que haga necesaria una protección reforzada para el goce y ejercicio efectivo de sus derechos, entre otros.

**DÉCIMO QUINTO:** En este orden, en materia penal se han dictado múltiples leyes para legislar especialmente sobre los delitos sexuales en que esté involucrado un niño o niña, tales como son la Ley N° 20.507, del año 2011, que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal; la Ley N° 20.526, del año 2011, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil; la Ley N°20.594, del año 2012, que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades; la Ley N°20.685, del año 2013, que agrava penas y restringe beneficios penitenciarios en materia de delitos sexuales contra menores, entre otras.

Especial importancia reviste la Ley N° 21.523, de 2022, ya que incorpora normas que permiten al juez adoptar diversas medidas de protección a la víctima y a su familia, tales como son la sujeción del imputado a la vigilancia de una persona o institución determinada, la prohibición de visitar el domicilio o el establecimiento educacional de la víctima, la prohibición de aproximarse o de tomar contacto con ella o con su familia, y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con la víctima (art. 372 ter del Código Penal). Asimismo, modifica el Código Procesal Penal para reconocer en el proceso una serie de derechos a las víctimas (art. 109 de dicho Código); dispone que tanto el juez de garantía como el tribunal de juicio oral en lo penal deben adoptar medidas para proteger la identidad, intimidad, integridad física, sexual y psíquica de la víctima, incluyendo aquellas que obstaculicen la identificación de las víctimas por terceros ajenos al proceso penal (art. 109 bis); y, en fin, establece medidas para impedir la revictimización por parte de las personas e instituciones que intervienen en el proceso penal, en sus etapas de denuncia, investigación y juzgamiento (art. 109 ter).

**DÉCIMO SEXTO:** En resumen, de la apreciación de la actividad del legislador en el tratamiento penal de la agresión sexual, en particular, de aquella dirigida en contra de los niños y niñas, se advierte que, buscando resolver los conflictos surgidos en la sociedad y la forma cómo esta ha evolucionado en esta materia, en aras del interés superior del niño, el legislador ha dado una protección cada vez mayor a su indemnidad sexual a través del establecimiento de nuevos tipos penales o del perfeccionamiento de los ya existentes para depurar aquellas reglas cuya ineficacia debilitaba el bien jurídico que ellas deben proteger.





#### IV. RESTRICCIÓN AL OTORGAMIENTO DE PENAS SUSTITUTIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Originalmente la Ley N° 18.216, en su redacción de 1982, no contenía excepciones para el otorgamiento de penas sustitutivas a la privativa o restrictiva de libertad. Sólo consideraba que la pena no podía exceder del ámbito de los cinco años para, por ejemplo, optar a la libertad vigilada, pero no establecía limitaciones vinculadas a determinados delitos, sino que sólo a condenas concretas.

Por su parte, el artículo 2, N° 1, de la Ley N° 19.617, de 1999 –que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación- reformó el artículo 1° de la Ley N° 18.216, para darle 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.”. Se imposibilitó así el acceso a penas sustitutivas a las personas condenadas por violación impropia - que afectaba a una persona menor de 12 años de edad- y violación con resultado de muerte. Posteriormente la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004, sustituyó los doce años de la víctima por los “catorce”. Luego, en 2012 y mediante Ley N° 20.603, tal restricción se amplió a las personas condenadas por los delitos de violación propia (artículo 361 CP), parricidio (artículo 390), y homicidio calificado (artículo 391 N° 1); luego, en 2014, a homicidio simple, a través de la Ley N° 20.779; en 2015, por Ley N° 20.813, a las personas condenadas por diversos delitos previstos en la Ley de Control de Armas; mediante la Ley N° 20.968, de 2016, se incorpora el delito de torturas (arts. 150 A y B); en el año 2020, a través de la Ley N° 21.212 el delito de femicidio (390 bis y 390 ter); en el 2022, además de la Ley N° 21.412 que modificó las reglas de penas sustitutivas para los condenados por Ley de Control de Armas, mediante la Ley N° 21.523, se incluyó en el catálogo el estupro (363), el abuso sexual agravado (365 bis), el abuso sexual de mayores de 14 años (366 incisos primero y segundo), el abuso sexual de menores de 14 años (366 bis) y la trata de personas (411 quáter). En el año 2023 la Ley N° 21.560 agregó que tampoco procede 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, como tampoco respecto de funcionarios de las Fuerzas Armadas y servicios de su dependencia, en cumplimiento del deber.

**DÉCIMO OCTAVO:** La incorporación del delito de abuso sexual en contra de menores de 14 años (art. 366 bis del Código Penal) dentro del catálogo de delitos cuyos hechos están excluidos de poder acceder a la pena sustitutiva se efectuó mediante 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”, publicada el 31 de diciembre de 2022. Su idea matriz, conforme a la moción con la que se inició la tramitación del proyecto, consistió 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).

El precepto impugnado en estos autos constitucionales fue incorporado por indicación de los diputados Núñez y Fuenzalida en la Comisión de Seguridad Ciudadana. Consta que, durante la Discusión en Sala de la Cámara de Diputados, el diputado Fuenzalida se refirió a esta indicación expresando que “los condenados por estos delitos no puedan acogerse a los beneficios 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”, para después añadir que “debemos tener un sistema bastante duro y bastante claro en términos de que esos delitos son inaceptables y de que la legislación no juega a favor de violadores o de abusadores, que frente a la justicia ocupan resquicios para no quedar con prisión preventiva y que finalmente obtienen penas menores o que cumplen en medio libre” (Historia de la Ley N° 21.523, p. 78).

Del modo expuesto el legislador, 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), teniendo presente la gravedad del delito, completó el tratamiento del tipo de abuso sexual en contra de personas menores de 14 años 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.

## V. RAZONES PARA RECHAZAR EL REQUERIMIENTO

**DÉCIMO NOVENO:** De lo expuesto, y considerando los bienes jurídicos protegidos por el delito de abuso sexual en cuestión, el interés superior del niño, niña o adolescente y las razones que tuvo el legislador para excluir el tipo penal de las penas sustitutivas, el precepto legal impugnado no produce las afectaciones constitucionales que invoca el requirente, como se explicará a continuación.

**a.- En cuanto a la infracción a la igualdad ante la ley y al principio de proporcionalidad.**

**VIGÉSIMO:** La supuesta infracción a la igualdad ante la ley y al principio de proporcionalidad que alega el requirente la funda en la existencia de varias figuras penales en nuestra legislación, las cuales, teniendo igual o mayor pena asignada al



delito por el cual fue acusado el requirente, sí pueden optar a pena sustitutiva en caso de obtener una sentencia condenatoria.

Para fundar lo anterior el requirente menciona, como parámetro de comparación, los delitos prescritos en los artículos 366 quater, 367, 367 ter y 367 quáter del Código Penal.

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Pues bien, en primer lugar, cabe señalar 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, como lo hace mediante el precepto impugnado en estos autos.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Sin perjuicio de lo anterior, la comparación propuesta en el requerimiento implica confrontar delitos que, aunque también protegen la indemnidad sexual de los niños o niñas menores de 14 años, poseen diferencias tan relevantes que autorizan un tratamiento diferenciado por el legislador, de modo que no se plantea correctamente un test de igualdad que permita ponderar situaciones equiparables.

Así, en cuanto a la penalidad en abstracto, en la parte alta, el delito de abuso sexual de menor de 14 años alcanza el presidio mayor en su grado mínimo, sin embargo, los otros que cita el requirente solo alcanzan el del presidio menor grado en su máximo, con excepción del delito de facilitar o promover la explotación sexual de personas menores de 18 años contemplado en el artículo 367 del Código Penal, con el cual existen otros contrastes que implican descartar la arbitrariedad en la distinción que, en relación con la forma del cumplimiento de la pena, establece el legislador.

En efecto, para que se configure el delito de abuso sexual previsto en el artículo 366 bis *“tiene que haber una acción o conducta de parte del autor que toque o roce el cuerpo de la víctima, debe darse un contacto físico”* (Hernán Silva Silva, *“Los delitos sexuales”*, Editorial Libromar, 2023, p. 134). De este modo, al exigir el tipo penal un acto de significación sexual relevante realizado mediante contacto corporal o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, lesiona no solo su indemnidad sexual, sino que también su integridad física, bien jurídico que no se afecta directamente en los demás delitos invocados. Mientras tanto, los delitos a los que acude el requirente para efectuar la comparación son delitos de carácter sexual sin contacto físico.



Revisando los tipos penales que se invocan como parámetro de comparación, resulta que el citado artículo 366 quáter consiste en exponer al menor ante conductas de significación sexual, sin realizar acciones sexuales sobre su cuerpo. Por su parte, respecto de los delitos contemplados en el artículo 367 ter (obtención de acciones sexuales de personas menores de 18 años), 367 quáter (delitos relativos al material pornográfico o de explotación sexual) y 367 (facilitar o promover la explotación sexual de personas menores de 18 años), el artículo 367 sexies señala que no se aplican esos tipos penales en el caso de concurrir delitos propios de atentados sexuales contra menores (como el abuso sexual de menor de 14 años) de igual o mayor pena, disponiendo que la concurrencia del ánimo de lucro, la entrega o promesa de entrega de dinero o especies susceptibles de valoración pecuniaria serán considerados como agravante.

**VIGÉSIMO TERCERO:** Además la norma impugnada resulta proporcional en sentido estricto, por cuanto constituye una medida equilibrada y justa que, de resultar en definitiva condenado el requirente por la comisión de esta forma de delito de abuso sexual, se impondría respecto de una persona que ha cometido un ilícito grave que busca resguardar la indemnidad en el desarrollo sexual de niños y niñas, dejando a salvo el eventual acceso, posteriormente, al beneficio de la libertad condicional, cumpliendo por cierto con los requisitos que se exijan para tal efecto.

**b.- En cuanto a la infracción a un racional y justo procedimiento**

**VIGÉSIMO CUARTO:** Otra de las impugnaciones que formula el requerimiento dice relación con que el juez de fondo 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.

**VIGÉSIMO QUINTO:** Como ha señalado este Tribunal con anterioridad, “el precepto no merma la facultad del juez de establecer la pena que considera justa teniendo en consideración las características del caso concreto. El legislador imposibilita el acceso a una pena sustitutiva, pero deja a salvo la determinación de la pena por el juez” (STC 9433, c. 18°). De este modo, la norma deja a salvo la determinación de la pena por el juez, para lo cual, en el marco de las reglas generales de determinación concreta de la sanción, puede decidir la que estime más idónea en atención a las particularidades del caso.

**VIGÉSIMO SEXTO:** Se descarta, por lo tanto, que la norma impugnada, de llegar a ser condenado el requirente, al excluir de las penas sustitutivas el delito de abuso sexual contra persona menor de catorce años, infrinja el principio de igualdad ante la ley, de proporcionalidad y de debido proceso. Lo anterior, por cuanto sin afectar la facultad del juez de conocer y juzgar los hechos imputados conformes a un justo y racional procedimiento, dispone el cumplimiento efectivo de la pena de



acuerdo con la condena que se le imponga al autor, siendo una norma afín con la gravedad del delito, el bien jurídico protegido y el interés superior del niño.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO:** Por todas las consideraciones antes expuestas, se rechaza el requerimiento de autos.

**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 A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1. OFÍCIESE.
- II. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

**PREVENCIONES**

Los Ministros señores JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y la Ministra señora MARCELA PEREDO ROJAS concurren al pronunciamiento de rechazo teniendo únicamente en consideración que, conforme a los antecedentes que obran en el expediente constitucional, el precepto legal impugnado no aparece revestido del carácter decisivo que exige el artículo 93 inciso décimoprimer de la Constitución, conforme al estado actual de la gestión pendiente, atendido que, como señala el traslado evacuado por el Ministerio Público, a fs. 328, *“(...) con lo que prescribe el inciso final del artículo 1° de la Ley N° 18.216, regla que no es cuestionada en estos antecedentes, de suerte que considerando las imputaciones formuladas en este caso, no sería posible acceder a una pena sustitutiva, ya no por lo que dispone el precepto criticado, sino por la disposición recién citada”*.

**El Ministro señor HÉCTOR MERY ROMERO concurre al pronunciamiento de rechazo únicamente en virtud de las siguientes consideraciones:**

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 Sustitutivas. 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 sustitutivas 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 este previniente, 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 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 a 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 1º 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”*. (DIÉZ 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, con algún desaliento, advierte Künsemüller , en elegante cita a Carrara, 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 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, con todo, y tal como sostienen los Ministros señores José Ignacio Vásquez Márquez, Miguel Ángel Fernández González y la Ministra señora Marcela Peredo Rojas en su prevención, conforme a los antecedentes que obran en el expediente constitucional, el precepto legal impugnado no aparece revestido del carácter decisivo que exige el artículo 93 inciso décimo primero de la Constitución, conforme al estado actual de la gestión pendiente, razón por la cual en este estado no puede prosperar.

Redactó la sentencia la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO. Las prevenciones corresponden al Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y Ministra señora MARCELA PEREDO ROJAS conjuntamente. La prevención del Ministro señor HÉCTOR MERY ROMERO corresponde a su autoría.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 14.900-23-INA**

0000495

CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta Subrogante, Ministra señora Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida, y por sus Ministros señora Daniela Beatriz Marzi Muñoz, señor José Ignacio Vásquez Márquez, 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 y señora Alejandra Precht Rorris.

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



**A551E899-7E84-47ED-BF3E-99F821544B0B**

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.