

Proyecto de ley, iniciado en moción de la Honorable Senadora señora Pérez San Martín, que modifica la ley N° 16.441, que crea el departamento de Isla de Pascua, en lo relativo al tratamiento penal de los delitos que indica.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En el año 1966, durante el mandato del expresidente Eduardo Frei Montalva, se promulgó la Ley N° 16441 que creó el Departamento de Isla de Pascua -conocida como Ley Pascua- y que estableció en su articulado misceláneo, una serie de adaptaciones a la legislación común aplicada en el territorio nacional para la cultura Rapa Nui. Entre las materias abordadas se encuentra el funcionamiento de tribunales de justicia, de los auxiliares en la administración de justicia, aspectos aduaneros y fiscales, siendo el punto más delicado la aplicación diferenciada de las reglas de determinación de la pena respecto de un conjunto de delitos cuando el autor es natural de la isla. Se trata de los delitos contemplados en el Título VII y IX del Libro Segundo del Código Penal, vale decir, aquellos que se refieren a crímenes y simples delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad y la integridad sexual, como aquellos contra la propiedad. A modo de ejemplo, respecto de los primeros, se encuentran delitos de suma gravedad desde el punto de vista de la vulneración de la indemnidad de la víctima y el reproche social, particularmente en la sociedad chilena actual. Delitos de tal gravedad como la violación y el abuso sexual tienen un tratamiento penal más benigno cuando ha sido cometido por naturales de la isla, no importando el origen ni la nacionalidad de la víctima.

Desde el punto de la política criminal, es indudable que las penas asociadas a determinados delitos representan, además de un castigo proporcional de acuerdo al reproche social, un incentivo para la no comisión de dichos actos pues, precisamente, se consideran como perjudiciales para la paz, la convivencia y el desarrollo social, además de la vigencia del conjunto de normas que comprende el Derecho Penal, en el sentido de ser una garantía para los ciudadanos dentro de un Estado de derecho moderno. En este caso, el tratamiento más benigno se traduce en un incentivo a la comisión de dichos delitos, al evidenciar que el Estado, a través de su poder punitivo, lo hará con mejor intensidad, imponiendo penas más bajas que al común.

Si bien es cierto que puede que en algún contexto histórico pasado se hubiesen justificado estos tratamientos más favorables dentro de un proceso de integración política y cultural entre Chile continental y la Isla de Pascua, en el cual se incluye el reconocimiento de la cultura Rapanui como partícipe de la sociedad chilena, los derechos fundamentales de las personas dentro de un Estado de Derecho tienen carácter universal, y debiendo ser respetados y resguardados, sin exceptuar dicha respuesta ni establecer un tratamiento más favorable para determinados sujetos autores de alguna conducta castigada por el Derecho Penal.

Desde el punto de vista de las denominadas fuentes de derecho, la doctrina chilena ha señalado que los preceptos que se indican constituyen excepciones, respecto de la aplicación general de las reglas de determinación de la pena, que implícitamente reconocen lo que se denomina como "costumbre indígena" como fuente de derecho. Esta función creadora de costumbre se encuentra fuertemente limitada por el principio de legalidad, como el principio básico del derecho penal moderno en base del cual se estructura todo el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado. Tal como lo explica Náquira (2008), la doctrina nacional ha definido este principio "como aquel por el cual no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando exista una ley que incrimina el hecho respectivo, estableciendo además, la clase de castigo a que se encuentra sometido". Este principio reconocido por la Constitución y el Código Penal, se desglosa en que: (I) No hay delito sin ley y (II) No hay pena sin ley. Como sigue Náquira, la doctrina nacional señala que este principio tiene tres efectos: "1.- En primer lugar, que sea una ley previa, implica una prohibición de retroactividad, que limita las facultades del legislador. 2.- En segundo lugar, que sea una ley escrita, conlleva que sólo puede ser fuente legal la ley propiamente tal, dejando de lado los reglamentos, decretos con fuerza de ley, decretos leyes u otros que no tienen el carácter de ley, o sea aquellas fuentes que no tienen forma de ley de conformidad a la constitución. Este principio, que significa una importante limitación al juez, ya que no podría buscar más allá de lo permitido por la ley para sancionar una conducta, también lo es para el poder ejecutivo, ya que no podría crear delitos mediante reglamentos o decretos con fuerza de ley. 3.- En tercer lugar, que la ley sea estricta, hace alusión a la prohibición expresa de analogía. No se le permite al juez recurrir a ninguna clase de normas que no esté contenida en la ley. No puede a través de un razonamiento analógico crear un tipo para una conducta atípica a partir de otra típica que se le parece."

En este sentido, la costumbre no tiene cabida como fuente creadora de derecho en materia penal, pues el imperio de la ley como la única fuente elimina toda posibilidad de esgrimir otros tipos de fuentes, aun cuando éstas sean reconocidas por otras ramas del Derecho. Huelga decir, por cierto, que la costumbre en este caso no crea un delito ni impone una pena, sino más bien es considerada como un elemento que justifica un tratamiento penal menos severo que se traduce en determinados beneficios para el condenado.

Entre los fundamentos que se consideraron para establecer este estatuto, se encuentran las opiniones y conceptos respecto de la familia y las relaciones personales que existía en Isla de Pascua, la idiosincrasia, la pequeña población (200 familias, 950 habitantes naturales y 350 personas de ascendencia isleñas nacidas en el continente pero residentes en la Isla). Pero estos datos son totalmente diferentes a los que hoy pueden evidenciarse, particularmente dada la influencia de Chile continental en el desarrollo de la sociedad isleña.

Conveniente resulta establecer un paralelo, a modo de ejemplo, entre el tratamiento penal que recibida una persona imputada por el delito de violación en caso de que fuese natural de la Isla como aquel que no fuese natural de la Isla. El delito de violación, tipificado en el artículo 361 del Código Penal, prescribe que "La violación

será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.", vale decir, el marco penal dentro del cual el juez determinará la pena comprende desde los cinco años y un día hasta los quince años. Esta es la regla que se aplica respecto de cualquier persona que cometa el delito dentro del territorio de la República de Chile, a excepción de Isla de Pascua y en caso de que el autor sea natural de la Isla. En este último caso, el marco penal comprende entre los tres años y un día hasta los cinco años, esto por aplicación del artículo 13° de la Ley N° 16.441.

Vale comentar que el referido artículo 13° establece dicha disminución del marco penal aplicable a quien es "natural" de la Isla, sin establecer qué se entenderá como tal, es decir, si dicho precepto se aplica solamente a quienes forman parte de la etnia Rapanui, a aquellos nacidos dentro de territorio insular, supuesto amplio en el cual incluso podría beneficiar a un chileno hijo de dos chilenos turistas en la Isla, o bien dos chilenos que a pesar de tener origen en Chile continental, se trasladan a vivir a la Isla. En dichos casos, es dudoso que las consideraciones de carácter cultural que en algún momento se tomaron en cuenta para establecer este estatuto menos severo se presenten en la realidad actual.

En estadísticas, las tasas de denuncia y comisión de delitos de mayor connotación social son considerablemente mayores que otras comunas del país. Dentro de esa categoría se incluyen los grupos denominados como "Delitos Violentos" (Robo con Violencia, Robo con Intimidación, Robo por Sorpresa, Lesiones, Homicidio y Violación), y "Delitos Contra la Propiedad" (Robo de Vehículo Motorizado, Robo de Accesorios de Vehículos, Robo en Lugar Habitado, Robo en Lugar no Habitado, Otros Robos con Fuerza y Hurto). La tasa de casos policiales de estos delitos a nivel regional es de 3.398,1 por cada 100 mil habitantes, en contraste con la tasa por el mismo ítem en Isla de Pascua, que asciende a 5.151,9. En materia de violencia intrafamiliar, la tasa a nivel regional es de 623,2 en contraste a 3.178,5 en la Isla.

Habiendo transcurrido casi cincuenta años de la entrada en vigencia de la Ley N° 16.441, y en vista del proceso de integración de Chile continental con la Isla de Pascua, es dable considerar que carece de una justificación actual mantener un tratamiento penal más benigno respecto de delitos especialmente sensibles para una sociedad que cada vez avanza para lograr la igualdad de género, mayores índices de integración de la mujer, la protección de los derechos tanto de ellas como de la infancia, entre otros aspectos culturales. Pero también es cierto, y tal como lo considera este proyecto al no plantear la derogación total del artículo 14° de la Ley N° 16.441, que los cambios legales deben propiciar los cambios culturales incentivando conductas que no vulneren los derechos de terceros, pero no deben imponerse sin analizar o juzgar las particularidades de una cultura milenaria, como tampoco la situación penitenciaria actual de la Isla, en la cual sólo existe un recinto penitenciario, que aumentaría considerablemente sus índices de hacinamiento de ser derogado el artículo 14, y muy posiblemente por delitos de menor gravedad y menor connotación social.

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO ÚNICO: Modifíquese la Ley N° 16.441 en sus artículos 13° y 14° como se indica:

1. Deróguese el artículo 13°
2. En su artículo 14° reemplazase la expresión "dos tercios" por "un tercio".
3. En su artículo 14° agregase un nuevo inciso, que pasa a ser el segundo, del siguiente tenor "Lo anterior no tendrá aplicación cuando se tratare de delitos contemplados en los Títulos VII, VIII y IX del Código Penal, en la Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar y en la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas."

LILY PÉREZ SAN MARTÍN
Senadora de la República