

5. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)

Abuso sexual, violación impropia reiteradas. Autores cooperadores. Procede condenar como coautora a imputada en concierto previo y que ha facilitado el medio para la ejecución del delito. Participación de quien ha presenciado el hecho sin tomar parte.

HECHOS

Defensa de los sentenciados interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que los condenó por los delitos de abuso sexual a persona menor de catorce años, violación reiterada a persona menor de catorce años y de violación a persona mayor de catorce años. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones rechaza el recurso de nulidad deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (Rechazado).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Copiapó.*

ROL: *415-2021, de 18 de enero de 2021.*

MINISTROS: *Sr. Rodrigo Cid Mora, Fiscal Judicial Subrogante Sra. María José Hernández Soto y Abogada Integrante Sra. Verónica Álvarez Muñoz.*

DOCTRINA

Es lo que la doctrina y jurisprudencia denominan la tercera categoría de autores del artículo 15 –del Código Penal–: los llamados autores cooperadores, cuya intervención materialmente es más semejante a la de un cómplice y cuya línea divisoria con esta categoría de partícipes es la existencia de un concierto previo entre todos para la comisión del delito. Sobre el particular, digamos que concertarse para la ejecución, significa que dos o más sujetos se han puesto de acuerdo de antemano para realizar el hecho típico, acuerdo que será generalmente verbal y expreso, pero que podría surgir de gestos o señales que lo denoten y que revelen que han aceptado previamente proceder en colaboración, exigiéndose luego que los agentes faciliten los medios con que se lleva a efecto el hecho, o lo presencien sin tomar parte inmediata en él, lo que no significa

“verlo”, “observarlo” o “contemplantarlo”, sino hallarse presente en un acontecimiento, aunque los concertados no lleguen a ver lo que el autor ejecutor hace, como ocurrió con –la condenada– en varios de los episodios, posicionándose en las afueras de un vehículo o de la habitación en que éstos se llevaban a cabo. En otras palabras, los casos de coautoría recogidos en el número 3 del artículo 15 del texto punitivo, suponen la existencia de concierto previo y un tipo de aporte (facilitación de medios o presenciarlo), no constitutivo de conducta ejecutiva. Es necesario que el medio facilitado haya sido efectivamente empleado en la ejecución del delito concertado (en la especie, el traslado de –la víctima– a los domicilios donde se desarrollaban los accesos carnales), y con respecto al presenciar el hecho sin tomar parte, la ley reconoce aquí expresamente el carácter de “apoyo moral” que puede revestir la complicidad, pues no es necesario ejecutar ningún hecho material diferente a encontrarse en el lugar del delito, con lo que no cabe sino concluir que –la imputada–, es coautora de los delitos de violación a persona menor de catorce años y violación a persona mayor de catorce años, señalados en el considerando décimo séptimo, de acuerdo al artículo 15 número 3 del citado texto legal, por haberse concertado para su ejecución, facilitando los medios con que se llevó a efecto o presenciándolo sin tomar parte inmediata en ellos”. A la luz de lo indicado precedentemente, teniendo además presente que los sentenciadores se hicieron cargo de dicha alegación, indicando los fundamentos legales y doctrinales para establecer que la participación de la acusada queda encuadrada en el numeral 15 N° 3 del Código Penal, compartiendo esta Corte dicho razonamiento, es que no se vislumbra la ocurrencia de la objeción efectuada (considerandos 11° y 13° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: *CI/JUR/2362/2022*

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 297, 342 letra c) 374 del Código Procesal Penal; 15, 361, 362, 366 bis, 366 ter del Código Penal.

LA MUJER COMO SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE VIOLACIÓN

JOSÉ FRANCISCO LEYTON JIMÉNEZ*
Universidad Nacional Andrés Bello

I. ANTECEDENTES GENERALES DE LA SENTENCIA

Con fecha 18 de enero de 2022, conociendo un recurso de nulidad interpuesto por la defensa, la Corte de Apelaciones de Copiapó se pronunció respecto de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó el 27 de octubre de 2021, que condenó a dos acusados –un hombre y una mujer– por delitos de abuso sexual a persona menor de catorce años, sancionado en el artículo 366 bis en relación con el artículo 366 ter, del Código Penal, y por los delitos de violación tanto del previsto en el artículo 361 N° 2, como en el artículo 362, este último en carácter de reiterado.

Respecto de la acusada, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal la condenó a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y accesorias legales, como coautora de los delitos de violación.

La defensa de ambos acusados interpuso un recurso de nulidad para ante la Corte Suprema con base en lo previsto en el artículo 373 literal a), del Código Procesal Penal, argumentando infracción a sus garantías fundamentales en la dictación de la sentencia, en particular del debido proceso, la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, al arribarse al veredicto condenatorio con inversión del *onus probandi* y no, se expuso en el recurso, de indicios objetivos y verificables que permitan cumplir con el estándar de convicción del artículo 297 del Código Procesal Penal y las garantías contempladas en el artículo 19, N° 3, de la Constitución.

La señalada primera causal del recurso de nulidad fue desestimada por la Corte de Apelaciones de Copiapó, al ser reconducida por la Corte Suprema por tratarse de una de las hipótesis previstas en el artículo 374 del Código Procesal Penal. En esta parte, junto con reproducir los hechos que tuvo por probados el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, el fallo razona según ciertas cuestiones generales sobre la forma de ocurrencia y acreditación de los delitos de abuso sexual y violación con una víctima menor de catorce años a la época

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho, mención Derecho Público, de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho Penal de la Universidad de Talca. Estudiante del Programa de Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Andrés Bello.

de ocurrencia de los hechos, y del mecanismo de develación a partir del cual se generaría una cadena de testimonios luego reproducidos en el juicio y que permitieron corroborar la declaración de la víctima. Se descarta por la Corte de Apelaciones infracción a los principios de la sana crítica dado que, se indica, una de las máximas de la experiencia es que las personas no buscan obtener condenas de personas inocentes: “[l]a regla general de vida, esto es, como máxima de la experiencia, indica que en forma regular cuando se siente cariño por una persona, no se trata de que este [sic] cumpla una condena penal, ni se le acusa de hechos criminales que no ha cometido, este es el modo como la generalidad de los seres humanos suelen conducir sus relaciones personales y sociales, y si bien es cierto, pueden existir individuos de la especie humana o grupos familiares que posean características distintas, en el caso concreto, no se incorporó antecedente alguno que permite derivar una conclusión distinta respecto de la afectada y de quienes han aportado prueba de cargos en contra de los justiciables. De este modo, se descarta alguna falencia de falta de veracidad subjetiva, que permita sostener que la menor inventó el relato para perjudicar a alguien”.

La Corte de Apelaciones, en términos muy generales, descarta la infracción al sostener que la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal se hizo cargo de las alegaciones para acreditar la imputación contenida en la acusación fiscal y las presentadas por la defensa para desvirtuarla, acudiendo a máximas de la experiencia del tenor ya anotado.

A su turno, para rechazar la alegación de infracción al principio de razón suficiente, la sentencia de la Corte de Apelaciones expone que existe una acreditación conforme a la ley de la imputación penal por abuso sexual y violación, dado que el contexto social y situacional de la víctima permitiría explicar la dinámica de ocurrencia de los delitos, lo que sería reforzado por informes de peritos. Así, la Corte anota que “debemos ser categóricos en sostener que la narración inculpativa que preferentemente construye la condena, no vale porque los jueces de la instancia, puestos en estado de convencimiento, hayan creído la versión que la víctima entregara en juicio, sino que sus atestados valen y constituyen prueba de cargos, solo en la medida que aparecen conectados al resto de la prueba que obra en juicio” (considerando 7°).

Rechazada la causal de nulidad principal que fue alegada por ambos acusados a partir de los considerandos 10° a 13°, la Corte de Apelaciones analiza la causal subsidiaria que fue alegada por la parte de la mujer acusada, condenada como coautora de violación y abuso sexual.

En esta parte, el recurso de nulidad se fundamenta en infracción a los artículos 15, numerales 1° y 3°; 361 numeral 2°; 362; 366 bis y 366 ter del Có-

digo Penal, en sede del artículo 373, literal b), del Código Procesal Penal. Los hechos probados, expone la defensa, darían cuenta de una configuración de participación penal a título de complicidad y no de coautoría, como erróneamente, alega, resolvió el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, con la necesaria disminución en la cuantía de la sanción por esta forma de participación.

La alegación de nulidad de la defensa por errónea aplicación del derecho se basa en los yerros cometidos por los sentenciadores orales al analizar la intervención necesaria que habría efectuado su parte, presumiendo un dominio funcional en hechos que fueron valorados como propios de violación y que, en tanto tales, solo podrían ser cometidos por hombres. No se confrontó, alegó la defensa, cómo los hechos probados sí eran propios de complicidad, conforme lo dispone el artículo 16 del Código Penal, y no de coautoría.

Para descartar esta alegación, la sentencia de la Corte de Apelaciones reproduce los razonamientos del fallo dictado por el Tribunal de Juicio Oral en que se desarrolla la forma en que la acusada habría tenido responsabilidad penal como coautora, dado que participaba de forma funcional para que el ejecutor directo pudiera acceder carnalmente a la víctima por vía vaginal, y con dicha colaboración, pudiera lograr dicho objetivo. Para ello, se explica en la sentencia (considerando 11º) que la acusada amenazaba a la víctima para que no contara lo ocurrido y era quien, en diversas oportunidades, le entregaba dinero a la niña para que aceptara lo que sucedía y le instaba a consumir alcohol en los momentos previos al acto consumativo. Se reproduce que la coautoría también se expresaría en que la acusada realizaba actos psicológicos sobre la víctima tendientes a hacerle presente que debía aceptar el dinero que se le entregaba a cambio de los actos sexuales de los que era víctima, para con ello ayudar a su madre y hermano.

Luego, la sentencia desarrolla que la imputación a la acusada se enmarca en el artículo 15, N° 3 del Código Penal, hipótesis que recogería la figura de los autores cooperadores, semejante a la complicidad del artículo 16 y cuya línea divisoria estaría dada por la existencia de concierto previo entre todos para la ejecución del delito, el que puede ser expreso o desprenderse de gestos inequívocos, suponiendo un tipo de aporte no constitutivo de conducta ejecutiva, lo que se habría acreditado dado que la acusada esperaba en las afueras del vehículo o de la habitación en que el acusado realizaba los actos de acceso carnal.

A ello se añade en la sentencia la necesidad de que el aporte facilitador haya sido determinante en la ejecución del delito, tesis que tendría sustento en la doctrina, haciendo la distinción entre la conducta ejecutiva que solo puede ser efectuada por un hombre en la violación, al tenor del artículo 15 N° 1 del

Código Penal, lo que no obsta que la mujer pueda ser sancionada bajo otros títulos de autoría.

Por los antecedentes anteriores es que se rechazó también la causal subsidiaria del recurso de nulidad interpuesto por la defensa de la acusada, y se declaró que no es nula la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que la condena como coautora de delitos de violación y abuso sexual.

II. TRASCENDENCIA DEL FALLO: LA MUJER COMO COAUTORA DE VIOLACIÓN

El fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Copiapó es jurídicamente relevante al tratar dos materias que, en el ámbito de la investigación y juzgamiento de los delitos sexuales, son de complejo análisis: la valoración de la prueba a partir de la declaración de la víctima que va siendo corroborada por otros testimonios y, junto a ello, la problemática en sede de autoría respecto de la eventual condena de una mujer por delito de violación, dada la exigencia típica de acceso carnal que se contempla en los delitos cuya sistemática está tratada en los artículos 361 y siguientes del Código Penal.

Es sobre este último tópico que, estimo, resulta necesario analizar el razonamiento empleado por la Corte de Apelaciones de Copiapó al aceptar la tesis que tiene por posible la imputación penal en la mujer como coautora de delito de violación bajo la figura del artículo 15 N° 3 del Código Penal, descartando, según los hechos probados, la complicidad del artículo 16. Si bien es un problema de la parte especial relativo al delito de violación y su forma de comisión, el análisis debe enfocarse en el análisis de las formas de autoría que se extraen del artículo 15, cuya mayor o menor extensión interpretativa entrega importantes resultados prácticos.

Es factible desde ya adelantar que la solución a la que arriba la Corte de Apelaciones de Copiapó, siguiendo lo antes fallado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la misma ciudad, si bien es consistente con los hechos que se tuvieron por probados, inicia una discusión mayor que se enlaza tanto con los problemas propios del delito como en la necesidad de delimitar con claridad el ámbito de la autoría del que corresponde a las formas de intervención en el hecho punible.

III. PROBLEMA DE DELIMITACIÓN DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Analizar el problema de estimar a la mujer como posible autora o coautora de un delito de violación trasciende el estudio del delito mismo, que exige el

acceso carnal como mecanismo comisivo. La diferencia entre sancionar en sede de violación y descartar el abuso sexual evidencia el contenido del injusto y su ámbito de delimitación: la violación expresa un desvalor dada la conducta de lograr el objetivo de acceder carnalmente a otra persona, lo que culturalmente implica la máxima intensidad de expresión de la sexualidad humana¹, y la objetualización al reducir el estatus de persona de la víctima al de un simple objeto de uso para la satisfacción ajena². La violación es una acción sexual de naturaleza agravada por sobre los demás delitos de abuso sexual que se caracteriza por el acto de acceder carnalmente a otra persona.

No existe acuerdo en la doctrina respecto del sentido y alcance que debe otorgarse a la realización típica de acceso carnal que se exige por la ley, existiendo tesis que estiman dicha expresión como neutra, esto es, no asociada exclusivamente a la ejecución típica de penetrar a otra persona, lo que podría producir una desigual protección en los bienes jurídicos involucrados en la violación y por ello debiera, se estima, interpretarse la disposición legal según una orientación teleológica, asociada a su ámbito de protección³, o que el acceso carnal mismo implica que lo típico son los actos necesarios para producir el resultado, lo que sería extensible también a la acción de una mujer⁴.

Estas orientaciones han recibido críticas desde el cumplimiento de los requisitos del principio de legalidad y la prohibición de toda interpretación analógica *in malam partem*, incorporándose casos no comprendidos en la ley dentro de su ámbito de aplicación⁵. Si la acción típica es el acceso carnal, el que sólo puede ser realizado por un hombre, las posibilidades interpretativas para cumplir con el principio de legalidad son menores y ello es un marco de

¹ BASCUR, Gonzalo, “La mujer como (eventual) autora de un delito de violación”, en *Revista Ars Boni et Aequi*, vol. 12, N° 1, (2016), pp. 59-90, p. 65. Para el análisis histórico que explica la diferencia de tratamiento penológico y sistemático de ambos delitos, esencial BASCUÑÁN, Antonio, “Problemas básicos de los delitos sexuales”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, N° especial, (1997), pp. 73-94.

² MAÑALICH, Juan Pablo, “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el Derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N° 2, (2014), pp. 21-70, p. 35.

³ CARNEVALI, Raúl, “La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica”, en *Revista Gaceta Jurídica*, N° 252, (2001), pp. 20-25, p. 22.

⁴ GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III*, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, (2010), p. 275.

⁵ MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, Tomo I*, 3ª ed., Santiago: Editorial LegalPublishing, (2014), p. 314.

acción ineludible para desentrañar la posibilidad de que la mujer pueda ser considerada autora de este delito.

Por lo expuesto es que el problema excede al ámbito propio del tipo penal, delimitado por el requisito del acceso carnal como ejecución típica, y se traslada conjuntamente al de autoría y participación.

En términos generales nuestro sistema legal ha desarrollado en el artículo 15 del Código Penal los problemas de autoría bajo una fórmula que, en la expresión “[s]e consideran autores”, busca ampliar esta categoría a formas diversas que exceden el único supuesto de ejecución directa, tratado en el numeral 1°. Así, en el artículo 15 se recogen las formas de autoría inmediata o directa, autoría mediata y coautoría, y que, más allá de la discusión doctrinaria relativa a considerar la inducción y la coautoría como formas de participación punible, es posible asumir que el legislador chileno ha determinado su tratamiento como expresiones de autoría, lo que es relevante para la determinación de la pena.

En lo que respecta a la coautoría, existiría consenso en la doctrina chilena en los requisitos para configurarla: existencia de acuerdo de voluntades y aporte funcional al hecho común⁶. Si lo anterior está o no recogido en el artículo 15 N° 3, es de constante discusión, dado que, por una parte, la coautoría podría estar considerada en el numeral 1°, al tenerse como exigencia implícita el acuerdo de voluntades para producir el resultado típico, teniendo sentido el numeral 3° solo por razones político-criminales dado que, en rigor, constituiría una forma de complicidad. Y, en otro sentido, se ha sostenido que la distinción entre el numeral 1° y el 3° del artículo 15 contemplaría la existencia del concierto, estando reservada la ejecución de autoría inmediata o individual al numeral 1°, lo que otorga sistematicidad y uniformidad a la regulación legal con el numeral 3° solo reservado a la coautoría⁷.

De otra forma, puede sostenerse que ambos numerales pueden recoger fórmulas de coautoría, otorgando el numeral 3° una función clarificadora para expresar la decisión del legislador de asimilar estas formas de intervención también como formas de autoría relativas a la división del trabajo para ejecutar el hecho típico.

Estas discusiones doctrinales para analizar la delimitación de la figura de autoría de las expresiones de coautoría del artículo 15 y, efectuado lo anterior,

⁶ Por todos, CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, 9ª ed., Santiago: Ediciones UC, (2009), p. 610.

⁷ CURY, Enrique, “Artículos 14 a 17”, en Matus Acuña, Jean Pierre (coord.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I, Libro Primero - Parte General, Artículos 1° al 105*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2003), pp. 237-247.

diferenciar el ámbito propio de la complicidad que se recoge en el artículo 16 del Código Penal, expresan la mayor o menor extensión que ha de seguirse para analizar las formas de autoría en nuestro sistema legal atendida la redacción del artículo 15, lo que genera resultados prácticos importantes por las diferentes penalidades que lleva aparejada la condena por autoría frente a las sanciones por complicidad.

En dicho sentido, el requisito de concierto previo como exigencia para verificar los supuestos de coautoría que se contemplan en el artículo 15 N° 3 requiere, en el ámbito de los delitos sexuales para asumir la cualidad de coautora de una mujer, agotar las posibilidades de aplicar el artículo 16. El cumplimiento al principio de legalidad, cardinal para el derecho penal como expresión de que solo es legítimo sancionar por hechos y penas previstos en la ley, requiere una interpretación restrictiva que se exprese en agotar el análisis de participación por vía de complicidad para un delito que, en su acción ejecutiva directa, solo puede ser realizado por un hombre.

En otras palabras, la sentencia que condena a una mujer como coautora de un delito de violación, dada la imposibilidad de que realice de propia mano la conducta ejecutiva por la exigencia de acceso carnal, requiere, para cumplir con las exigencias del principio de legalidad, que dicha extensión del ámbito de aplicación del numeral 3° del artículo 15, se haga cargo en todos los contornos de la forma en que se descarta la ocurrencia de participación por vía de complicidad y se acredite que la autoría de la acusada fue esencial para la ejecución típica y que, de no mediar con claridad su aporte, este no habría podido realizarse. En la sentencia comentada ello no es claro y se adhiere desde ya a una tesis que estima posible la coautoría de la mujer en el delito de violación pero que, sin expresarlo, descarta que el aporte a la comisión del delito pudiera sancionarse como complicidad.

El concierto previo, como exigencia de la coautoría del artículo 15 N° 3 del Código Penal, no puede tenerse como la mera unión de voluntades y división de trabajo para el logro de la comisión delictiva dado que ello no entrega respuesta sistémica a la existencia de la categoría de complicidad como participación punible. Lo anterior es relevante en el caso del delito de violación al analizar la posible imputación por dicha figura a una mujer, al no resultar viable ni posible su condena como autora en los términos del artículo 15 N° 1. El concierto y el aporte, para viabilizar una condena en sede de coautoría, requieren ser esenciales, lo que se expresa en la facilitación de medios que se tenga como indispensables o que la presencia de la mujer se presente como determinante para que sea cometido el presupuesto típico de la violación.

Ello implica el desarrollo de criterios normativos para delimitar en qué consiste o debiera consistir la esencialidad en el aporte de la mujer para asumir la coautoría, paso esencial para desarrollar en profundidad la discusión que el fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó introduce.