

LA MUJER COMO (EVENTUAL) AUTORA DE UN DELITO DE VIOLACIÓN

Women as (possible) author of a rape

GONZALO JAVIER BASCUR RETAMAL*
Universidad de Talca
Talca, Chile

RESUMEN: El presente trabajo examina la reciente discusión doctrinaria generada en el medio nacional respecto a la posibilidad de que una mujer pueda ser imputada como autora del delito de violación. Para ello, primero determina el lugar que esta figura ocupa en el sistema de los delitos relacionados con el comportamiento sexual. Luego, analiza el contenido de la acción típica del delito, habida consideración de su relevancia para el problema analizado y desarrolla las diferentes tesis que se han esbozado al respecto, finalizando con la articulación de las variantes interpretativas del eventual sujeto activo en relación con las tres modalidades tradicionales de autoría: (i) autoría directa o ejecutiva; (ii) autoría mediata, y; (iii) coautoría.

PALABRAS CLAVE: Autoría y participación, Abuso sexual, Delitos sexuales, Intervención delictiva, Violación.

ABSTRACT: *This paper examines the recent doctrinal discussion generated in the national sphere regarding the possibility that a woman can be charged as the perpetrator of the crime of rape. To do this, first it determines which place this figure occupies in the system of crimes related to sexual behavior. It then analyzes the content of the typical action of crime, taking account of their relevance to the*

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Talca. Alumno del Programa de Magíster en Derecho Penal de la misma Casa de Estudios. Correo electrónico: <gonzalo_bascur@hotmail.com>.

Artículo recibido el 1° de febrero de 2016 y aceptado para publicación el 30 de abril de 2016.

problem analyzed and developing different thesis that have been outlined on the matter, finishing with the articulation of interpretative variants about the eventual active subject in relation to the three traditional forms of authorship: (i) directly or executive responsibility; (ii) indirect perpetration, and; (iii) co-authorship.

KEYWORDS: *Authorship and participation, Sexual abuse, Sexual offenses, Criminal intervention, Rape crimes.*

I. OBJETO Y RELEVANCIA DE LA MATERIA DE ESTUDIO

La actual descripción de la conducta del delito de violación¹, tipificado en los Artículos 361 y 362 del Código Penal (en adelante CP), ha generado recientemente en la doctrina chilena una discusión centrada en validar o rechazar la posibilidad de que un individuo de sexo femenino pueda ocupar el lugar de sujeto activo del mismo², específicamente respecto a la modalidad de autoría directa de carácter ejecutiva.³ Sin perjuicio de lo anterior, este problema involucra asimismo indagar sobre el contenido y significado de la acción típica –o verbo rector– del delito: el acceder carnalmente. De ahí que uno y otro punto condicionen, en forma independiente y desde su propio campo de análisis, la existencia de este problema dogmático.

A nivel práctico, la relevancia de la solución que se adopte radica en la calificación jurídica que ha de otorgarse a dos precisos grupos de casos: (i) el acceso carnal que obtiene una mujer de un hombre (es decir, aquella que se hace acceder o penetrar por otro), mediante cualquiera de las circunstancias de ejecución tipificadas en el artículo 361 CP, y; (ii) la obtención de un acceso carnal –con o sin la configuración de tales circunstancias– de la mujer por un sujeto de edad inferior a 14 años.⁴

¹ El texto vigente fue introducido por la reforma global del sistema de los delitos vinculados a la sexualidad efectuada por la Ley n° 19.617 de 1999. Para una perspectiva general de los cambios introducidos en la regulación. *Vid.*, RODRÍGUEZ (2006) pp. 1-4; GUZMÁN (2000) pp. 201-244; BASCUÑÁN (2013) pp. 423-425.

² BALMACEDA (2014) p. 215; CARRASCO (2007) pp. 140-147.

³ En gran parte esta discusión fue avivada por la publicación en el año 2001 del ya conocido artículo del profesor Raúl Carnevali Rodríguez, seguido posteriormente, aunque con diferentes argumentos, por Garrido Montt. CARNEVALI (2001) pp. 13-18; GARRIDO (2010) pp. 273-278.

⁴ CARRASCO (2007) p. 147; CARNEVALI (2001) p. 17.

Como se verá, las diferentes soluciones dogmáticas oscilan entre su imputación a título de violación⁵ (propia e impropia⁶), abuso sexual⁷ (propio e impropio, de carácter simple o agravado), los respectivos tipos penales no asociados directamente a determinada dimensión de la sexualidad⁸ –que sirvan en concreto como figuras de recogida, tales como las amenazas condicionales (artículo 296 CP) o la coacción mediante violencia (artículo 494 n°16 CP)– e inclusive, la atipicidad de la conducta.⁹

Por lo anterior, resulta evidente que una u otra solución inciden significativamente en la perspectiva de condena del eventual imputado. De un lado, el especial estatuto sancionatorio –de carácter incapacitador– que presentan los delitos de connotación sexual, detonaría una serie de consecuencias secundarias: (i) resultarían aplicables las sanciones accesorias contempladas en los tres incisos del artículo 372 CP; (ii) la condena llevaría consigo el registro de huella genética establecido en la Ley N°19.970 (artículo 17 literal b) de la normativa); (iii) finalmente, respecto al eventual reemplazo de la pena privativa de libertad impuesta por alguno de los sustitutivos penales regulados en

⁵ CARNEVALI (2001) pp. 17-18; GARRIDO (2010) pp. 271-278.

⁶ En general, la distinción entre una y otra modalidad del delito de violación consiste en la diferenciación que reconoce el esquema legislativo para el tratamiento de los sujetos pasivos menores de 14 años. Tratándose de individuos mayores de aquel límite etario, la propiedad de la forma de ataque –en tanto violación–, se explica en las circunstancias comisivas que justifican su punibilidad, expresivas de la falta de consentimiento u oposición de voluntad de parte de la víctima respecto al acto de penetración corporal (numerales 1° a 3° del artículo 361 CP). En caso contrario, cuando el sujeto pasivo resulta ser un individuo menor de 14 años, lo impropio de la caracterización del acceso carnal –como violación– resultaría de la indiferencia de la configuración o no de las circunstancias de comisión reflejaría igualmente el carácter delictivo de una relación sexual plenamente consentida por los intervinientes. De esta forma el ejercicio consentido de la sexualidad por un menor de edad resulta equiparado valorativamente a su realización sin o contra su voluntad (artículo 362 CP). De ahí que se sostenga que el bien jurídico protegido por la violación propia sería diverso de la violación impropia: la libertad de autodeterminación sexual en el primer caso y la indemnidad sexual de los menores de edad en el segundo. En detalle: MALDONADO (2003) pp. 236-242. Para una detallada descripción acerca de este esquema interpretativo de carácter dualista, vid. MAÑALICH (2014) pp. 25-32.

⁷ MATUS y RAMÍREZ (2014) pp. 314-315; RAMÍREZ (2007) pp. 4-5; RODRÍGUEZ (2014) pp. 255-256.

⁸ Esta posición se infiere del desarrollo crítico de *lege ferenda* que efectúa Carrasco Jiménez, en relación a lo urgente que resultaría su tipificación como delitos sexuales *stricto sensu*. CARRASCO (2007) pp. 147-153.

⁹ CARNEVALI (2001) pp. 17 y 18.

la Ley N°18.216, el artículo 1 inciso II establece una prohibición absoluta de su concesión a los autores de delito consumado de violación (artículos 361 y 362 CP), mientras que el artículo 15 bis literal b) limita la sustitución exclusivamente a la pena de libertad vigilada intensiva tratándose de los delitos de abuso sexual (artículos 365 bis, 366 y 366 bis CP), sólo en caso de que la pena a imponerse en concreto supere los 540 días y no exceda de 5 años de privación de libertad¹⁰. De otro lado, la solución de calificar los comportamientos a partir de las correspondientes figuras de recogida en definitiva aplicables, permite eludir este gravoso régimen sancionatorio complementario de manera que resultarían aplicables las normas generales en materia de penas accesorias y eventuales sustitutivos penales.

Asimismo, la cuestión exige pronunciarse respecto a la naturaleza jurídica del delito en relación a las posibilidades de imputación en el marco general de la teoría de la intervención delictiva (o autoría y participación). Sobre ello, la discusión conlleva determinar si la violación constituye un delito especial (o de sujeto activo cualificado) como también la posibilidad de conceptualizarla como un delito de propia mano. La importancia de optar por alguna de estas categorías dogmáticas repercute en la ampliación o restricción del círculo de sujetos activos más allá de la sola autoría ejecutiva directa. En concreto, permite discutir la configuración de situaciones de autoría mediata y coautoría¹¹ en relación a dos específicas conductas: (i) en relación a lo primero, el obligar a dos personas a mantener una relación sexual penetrativa; (ii) respecto a lo segundo, la ejecución de parte del sujeto activo de alguna de las circunstancias típicas del artículo 361 CP en conjunto a la acción de penetración que ejecute el respectivo coautor¹² o la configuración de alguna forma de colaboración punible tipificada en el artículo 15 N°1 o 3° CP.

¹⁰ Lo cual implica que una pena en concreto, por la operación de las reglas sobre determinación legal o individualización judicial de la pena, que sea inferior a 540 días de privación de libertad, abre la opción de acceder –en principio, exclusivamente– al sustitutivo de reclusión parcial en sus diversas modalidades (es decir, diurna, nocturna o de fin de semana). La posibilidad de reemplazar la pena efectiva por la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena se encuentra condicionada por la amplitud o restricción que se otorgue a la limitación establecida en el inciso II del artículo 4 de la misma Ley, es decir, si la exclusión ahí señalada alude a los delitos en abstracto individualizados en el artículo 15 bis literal b), o bien a los delitos cuya pena en concreto exceda de 540 días ahí señalados.

¹¹ En relación a las limitaciones de los delitos de propia mano respecto a la autoría mediata, críticamente al respecto: CURY (2005) pp. 621 y 622. En general respecto a esta categoría típica: ROXIN (2014) p. 189.

¹² RODRÍGUEZ (2014) pp. 214 y 215, 255 y 256, 266 y 267.

II. LA VIOLACIÓN COMO ACCIÓN SEXUAL AGRAVADA FRENTE AL ABUSO SEXUAL

Para un adecuado tratamiento del problema resulta esencial determinar el contenido de injusto de la violación. La tarea requiere contextualizar el papel de este delito en el esquema de los atentados de connotación sexual tipificados en el CP, sobre todo considerando la relación sistemática que presenta ante los tipos de abuso sexual, lo que a su vez conlleva determinar el fundamento de la especial significación que se otorga al acceso carnal frente a otras acciones de naturaleza sexual.

De acuerdo al esquema de incriminación vigente de los delitos sexuales, el legislador distinguiría, desde un punto de vista general, tres tipos o especies de atentados de relevancia sexual¹³: (i) actos de invasión mediante penetración corporal, considerados de mayor gravedad y tipificados como violación (artículos 361 y 362 CP), estupro (artículo 363 CP) o sodomía (artículo 365 CP); (ii) actos de contacto corporal sin penetración en sentido estricto, tipificados como delitos de abuso sexual (artículos 365 bis, 366 y 366 bis CP), y; (iii) actos de connotación sexual sin contacto corporal, tipificados como figuras diversas que incriminan comportamientos que vinculan a menores de edad con acciones de significación sexual (artículos 366 *quáter*, 366 *quinquies*, 367 y 367 *ter* CP).¹⁴

Existe consenso en nuestra doctrina en identificar para las especies delictivas (i) y (ii) un esquema dual de bienes jurídicos protegidos, dependiendo de la edad del sujeto pasivo afectado por la conducta. Así, tratándose de personas mayores de 14 años, el objeto jurídico protegido sería la libertad sexual entendida en forma negativa¹⁵, mientras que recayendo la conducta sobre un

¹³ MALDONADO (2003) pp. 238-239.

¹⁴ Se trata de cuatro figuras de compleja sistematización vinculadas al fenómeno de la expansiva oleada de criminalización para proteger al ejercicio de la sexualidad con o por menores de edad: (i) el involucramiento de menores de edad con acciones de relevancia sexual (artículo 366 *quáter* CP); (ii) la producción de material pornográfico en que hayan sido utilizados en su elaboración menores de edad (artículo 366 *quinquies* CP); (iii) la promoción o facilitación de la prostitución de menores de edad (artículo 367 CP); (iv) la obtención de servicios sexuales consentidos de parte de un individuo de entre 14 y 18 años de edad (artículo 367 *ter*).

¹⁵ Someramente, la denominación antedicha se enmarca en una crítica al sistema moderno de los delitos sexuales. Esta se enfoca a que si de seguirse a la doctrina mayoritaria, identificamos a la libertad sexual como especificación de la libertad general de acción, no se logra explicar el por qué sólo se protege en forma intensificada la sola faz negativa de

individuo menor de 14 años, el bien jurídico afectado sería la indemnidad sexual.¹⁶ El delito de violación se enmarca en el grupo (i), constituyendo la infracción de mayor gravedad en este contexto. La figura se encuentra tipificada en los artículos 361 y 362 CP, distinguiéndose ambos tipos penales por la edad del respectivo sujeto pasivo y las circunstancias de comisión.

La definición de la acción típica de la violación se encuentra descrita en el inciso II del artículo 361 CP –que regula la denominada violación propia– en los siguientes términos: *“Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes: “Cuando se usa de fuerza o intimidación. 1° Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse. 2° Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima”.*

Por otra parte, el artículo 362 CP define la llamada violación impropia a partir de la siguiente descripción: *“El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior”.*

En contraste con estas disposiciones, los artículos 365 bis, 366 y 366 bis CP definen la conducta propia de los delitos de abuso sexual como la realización de una acción sexual que sea distinta del acceso carnal, características que se encuentran legalmente definidas en el artículo 366 ter CP: *“Para los efectos de los tres artículos anteriores, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”.*

aquella libertad –el no ser constreñido a tolerar una relación sexual no consentida– mientras que la tutela de su faz positiva –el ejercicio libre de la sexualidad– quedaría reservada sólo para los delitos generales de amenazas y coacciones. MAÑALICH (2014) pp. 32-35.

¹⁶ BASCUÑÁN (2013) pp. 25-27. Para una matización detallada de esta consideración global, identificando diversos criterios valorativos subyacentes al prevalente esquema dual, *vid.*, RODRÍGUEZ (2014) pp. 166-177. En el Derecho positivo existe un reconocimiento formal de esta dupla de bienes jurídicos según se desprende del artículo 6 n° 10 del Código Orgánico de Tribunales, disposición que establece como supuesto de aplicación extraterritorial de la Ley penal chilena *“los [delitos] sancionados en los artículos 366 quinquies, 367 y 367 bis n° 1, del Código Penal, cuando pusieren en peligro o lesionaren la indemnidad o la libertad sexual de algún chileno o fueren cometidos por un chileno o por una persona que tuviere residencia habitual en Chile (...)”.*

En virtud de una interpretación armónica de las disposiciones referidas, la violación aparecería como una especie de acción sexual calificada, inclusive portadora de una nomenclatura jurídica autónoma frente a los abusos sexuales. Esta afirmación resulta acertada por dos consideraciones principales en relación al injusto específico que ostenta este delito, una vinculada al significado social contemporáneo de la acción y otra de naturaleza histórica relativa al modelo de incriminación vigente de delitos sexuales.

En cuanto a lo primero, Maldonado Fuentes, aludiendo a la discusión parlamentaria que dio origen a la Ley N°19.617, señala que el preciso contenido de injusto que agravaría la conducta del delito de violación respecto al abuso sexual se explicaría en razón del desvalor objetivo de la acción: el empleo del órgano sexual masculino representaría un nivel de expresión de la sexualidad humana superior a la introducción de otros elementos u objetos. Esta acción resultaría asimilable valorativamente a una cópula sexual en sentido estricto, a diferencia de otras hipótesis asimilables o evocativas de procesos de mera naturaleza masturbatoria, como el abuso sexual.¹⁷ Dicho de otra forma, el desvalor de la violación no radicaría en el mero hecho de invadir las referidas cavidades, sino en el contenido valorativo que se expresaría en la conducta ejecutada para lograr dicho objetivo: el delito se comete accediendo carnalmente a otro¹⁸, lo que culturalmente implicaría la máxima intensidad de expresión de la sexualidad humana.

Refiriéndose al significado cultural del delito, aunque desde otro punto de vista, Mañalich Raffo sostiene que el fundamento de injusto de la violación se explica en su conceptualización como un delito de objetualización. Concretamente, la conducta implicaría la reducción del *estatus* de persona de la víctima al de un simple objeto de uso para la satisfacción ajena.¹⁹ En palabras de Gardner y Shute: *“El especial simbolismo de la violación penetrativa está asociado muy de cerca, en nuestra cultura, con el especial simbolismo*

¹⁷ MALDONADO (2003) pp. 242-244.

¹⁸ Nota de Maldonado Fuentes contraria a la posición sostenida por Garrido Montt. GARRIDO (2010) pp. 275 y 276, nota 535.

¹⁹ Esta posición se basa en la consideración de un bien jurídico diverso a la autonomía sexual en su faz negativa, desprotegiendo el ejercicio libre de la sexualidad. Por ello, el autor identifica como el fundamento de la prohibición la afectación de la autonomía personal, pero entendida como un estado relacional de no-dominación por otros. El bien jurídico correlativo a esta ratio de incriminación sería la indemnidad sexual, en el preciso sentido de un estado situacional de no encontrarse la víctima bajo contacto sexual con una o más personas, estado que a su vez resultaría compatible con el pleno ejercicio de su potencial sexual. MAÑALICH (2014) pp. 39-45.

*de la actividad sexual penetrativa (...) El significado social de la subversión del sexo penetrativo –su subversión en la violación– tiende a reflejar el significado social del sexo penetrativo. Si este último es visto como la perfección de relaciones de sujeto-a-sujeto –a través del entrelazamiento más completo y literal de sí mismos–, entonces el primero puede bien llegar a representar un paradigma de relaciones de sujeto-a-objeto”.*²⁰

Desde el plano del fundamento histórico que explicaría la consideración de la penetración genital masculina como atentado culturalmente agravado, Bascuñán Rodríguez ha enfatizado cómo el modelo actual de Derecho penal sexual resultaría de la síntesis que produjo el fenómeno de la codificación (siglo XIX) entre dos modelos marcadamente opuestos, generando focos de tensión entre principios sistemáticos aparentemente incompatibles entre sí.

De esta forma, en primer lugar se mantendrían resabios del antiguo modelo de la teología moral escolástica, caracterizado por concebir el delito sexual como una infracción al orden natural por un anormal ejercicio de la sexualidad, cuyo injusto consistiría en contradecir el paradigma natural representado por el coito vaginal heterosexual orientado exclusivamente a la reproducción de la especie. Por otra parte, el modelo también recogería manifestaciones del movimiento liberal ilustrado, caracterizado por haber replanteado el contenido de la ilicitud sexual como una especificación de los atentados contra la libertad general de acción. Resultado de esta síntesis, el modelo actual contenido en el CP consistiría en un esquema legislativo mixto (o de solución de compromiso) en que se tensionan la protección de la libertad sexual en su dimensión negativa (o abstención sexual) y el principio moralizante escolástico reflejado en la mantención de determinados delitos contra la moral social sexual. Muestra de esta dualidad sistemática sería la circunstancia de que, a efecto de la configuración de las distintas hipótesis delictivas, el CP otorgaría mayor prioridad al medio de ataque (la forma de ejercicio de la sexualidad), por sobre el objeto de ataque (el bien jurídico). Dicho de otro modo, la regulación graduaría la responsabilidad a partir de la específica forma de ejercicio de la sexualidad, relegando a un plano secundario el resultado de abuso que implicaría la conducta.²¹ Por ello, Bascuñán

²⁰ *Ídem.*, pp. 44 y 45.

²¹ BASCUÑÁN (1997) pp. 75-81. Una clara muestra de la superación de esta técnica de tipificación conforme a un esquema coherente de protección de la libertad sexual es el artículo 257 del Proyecto de Código Penal elaborado por la Comisión de 2013, que define la conducta basal del delito de abuso sexual como “*el que compeliere a una persona mayor de 14 años a tolerar la realización de una acción sexual sobre su cuerpo o a realizar una acción sexual con su cuerpo, o realizare una acción sexual sobre el cuerpo de esa perso-*

Rodríguez apunta como la reciente equiparación legal de la penetración anal y bucal a la penetración vaginal del artículo 361 CP, más que evidenciar la remoción de una diferenciación que figuraba como carente de sentido, en realidad reafirmaría la pervivencia de un remanente medieval en la conformación del injusto, vinculado a la idea de posesión masculina de la sexualidad femenina reflejo de la carga simbólica del horror cultural y legal hacia la imagen del coito vaginal forzado.²²

A modo de conclusión provisional, la regulación de la violación refleja que a nivel cultural el acceso carnal constituye una acción sexual de naturaleza agravada, por sobre los delitos de abuso sexual, que inclusive ha producido la mantención de una nomenclatura jurídica autónoma, cuyo fundamento se retrotrae a una concepción medieval tradicional sobre el ejercicio de la sexualidad.

III. LA CONDUCTA TÍPICA: ¿ACCEDER CARNALMENTE A OTRO O (TAMBIÉN) GENERAR UN ACCESO CARNAL POR OTRO?

Considerando los fundamentos que caracterizan a la violación como una especie agravada de acción sexual, pareciera que de la simple lectura de los Artículos 361 y 362 CP se desprendería con nitidez que la acción típica consistiría en el acto de penetrar a otro en alguna de las cavidades tipificadas. Sin embargo, el concreto significado del verbo rector “acceder carnalmente” ha dado origen a dos opiniones contrapuestas en la doctrina nacional.²³

na”, figura que se agrava cuando la acción sexual “sea la penetración genital de la boca, el ano o la vagina de la víctima”. De esta forma, a través del abandono del concepto de infracción sexual con el propio cuerpo como paradigma de delito sexual, el problema objeto de este trabajo queda zanjado legislativamente sin lugar a dudas posibilitando la imputación a título de autoría directa ejecutiva a una mujer del delito de abuso sexual grave (o violación, según nuestro texto vigente).

²² BASCUÑÁN (2013) pp. 418 y 419.

²³ Respecto al denominado elemento histórico en tanto criterio interpretativo basado en la discusión parlamentaria de la Ley N° 19.617, en principio serviría para respaldar ambas posiciones. Así, GARRIDO (2010) p. 272, señala: “La Ley fue cuidadosa al describir la acción, porque como se hizo constar en las actas de la Comisión respectiva y en el Parlamento mismo, la intención no fue restringir el sexo del agente del delito de violación y del delito de estupro al hombre, sino extenderlo a la mujer”. En el mismo sentido se pronuncian ARACENA y FLORES (2005) p. 233, aludiendo que es el criterio que se encontraría en armonía con el espíritu de la legislación. En clara oposición, MALDONADO (2003) p. 241, señala que durante la tramitación legislativa existen antecedentes en orden a limitar la acción típica a la introducción del pene en la vagina: “En este sentido, hay texto ex-

Para una posición minoritaria en nuestro medio²⁴, la expresión indicaría que lo prohibido estaría dado por la obtención por el sujeto activo de una cópula sexual que involucre acceso carnal en alguno de los orificios típicos, con independencia de cual interviniente sea el que efectúa la penetración. La violación consistiría entonces, para esta tesis, en la producción de una cópula no consentida, entendiendo que el acceso carnal alude a la provocación de aquel estado de cosas en tanto efecto de la acción típica.²⁵

preso en el informe de la Comisión Mixta y en una parte de los informes de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que permite sostener que el legislador quiso regular una conducta que implicara la ejecución del coito o cópula sexual, esto es, la ejecución de un acto sexual que comprometa la participación del órgano sexual masculino". La historia de la Ley ratificaría la posición de este autor. En este sentido, la Cámara de Diputados favoreció la redacción de la acción típica como "cualquier tipo de penetración sexual", teniendo como uno de sus objetivos "reemplazar el delito de violación, para considerar como sujeto activo o pasivo tanto al hombre como a la mujer", BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1999) p. 114. De esta forma "en la disposición aprobada en el primer trámite reglamentario, que mantiene las actuales penas, se considera como sujeto activo o pasivo del delito de violación tanto al hombre como a la mujer, con lo cual se les iguala, quedando ambos regidos por una misma conducta y por idénticas modalidades de ejecución", ídem. p. 118. Sin embargo, el Senado estimó que la acción típica debía concebirse como "acceso carnal", principalmente debido a que "del supuesto de que, desde un punto de vista de política criminal, sólo tiene sentido sancionar como 'penetración sexual' la penetración genital o coito, sea de la cavidad vaginal, que representa el caso paradigmático de violación, o de la cavidad anal, conductas que deben ser equivalentes en cuanto a la gravedad de la pena que se les asigne (...) Las demás formas de penetración que pueden darse, que se acercan más a la masturbación o remedo de coito, sea por la cavidad bucal o mediante la introducción en las cavidades vaginal o anal de objetos distintos del órgano sexual masculino son ciertamente conductas reprochables penalmente, pero como casos de abuso sexual genéricos, más o menos graves según las circunstancias. Además, podría estimarse que se afectaría el principio de legalidad si se aceptara consignar como descripción de la conducta la de tener acceso carnal mediante 'cualquier tipo de penetración sexual', como lo ha propuesto la Cámara de Diputados", ídem. p. 514, siendo en definitiva, la tesis que se impuso.

²⁴ CARRASCO (2007) p. 141.

²⁵ BULLEMORE y MCKINNON (2005) p. 188. Lo central en este punto es no confundir –como parecen hacerlo los autores– el efecto de lesión del bien jurídico con el resultado del delito como variable formal para considerar la consumación de la figura. La violación constituye formalmente –en su estructura típica– un delito de mera actividad y materialmente –en su nivel de menoscabo del respectivo bien jurídico– un delito de lesión. Así, MAÑALICH (2014) p. 48, precisa que la descripción de la acción de acceso carnal "identifica la acción en cuestión sin incorporar referencia a consecuencia causal alguna de esa

Existen dos planteamientos para sostener esta interpretación. Carnevali Rodríguez, en primer término, sostiene esta propuesta por la supuesta necesidad de interpretar en forma neutra la descripción de la acción típica, es decir, no asociada exclusivamente a la conducta activa de penetrar a otro, dado que la interpretación tradicional produciría una desigual protección de los bienes jurídicos subyacentes a la violación.²⁶ Esta inconsistencia de la regulación se produciría ya que las variantes de abuso sexual no serían aplicables al sujeto mayor de 14 años que se ve obligado a penetrar a la mujer –ni al menor que actuase de individuo accedente–, pues *“el tipo de abuso sexual en ningún modo incluye aquellos actos propios de la penetración (...) (y) tendríamos necesariamente que llegar a la conclusión que en el evento de que una mujer acceda carnalmente a un varón, por medio de la fuerza, por ejemplo, se trataría de una conducta atípica”*.²⁷

El problema anterior, a mi juicio, surge exclusivamente del alcance que Carnevali Rodríguez otorga a la cláusula *“acción sexual distinta del acceso carnal”*, propia de la conducta del delito de abuso sexual, bajo la naturaleza de un elemento negativo de este tipo penal²⁸. Desde esta perspectiva los ámbitos de aplicación de la violación y del abuso sexual se encontrarían en una relación de heterogeneidad o mutua exclusión: una acción constitutiva de uno u otro delito jamás podría subsumirse al mismo tiempo en ambas descripciones pues corresponderían a tipos de acción excluyentes entre sí, por lo que la posibilidad de una situación de concurso de delitos en unidad de hecho (concurso aparente o ideal) sería imposible.²⁹ La consecuencia que se extraería de esta interpretación sería que el acceso provocado por una mujer ante un hombre coaccionado o un menor de edad sería un hecho huérfano de tipo³⁰ y por ende, no sancionable.

De ahí que el criterio de la interpretación teleológica –la orientación del intérprete hacia el bien jurídico tutelado– operaría como el medio idóneo para delimitar aquellos supuestos que deben comprenderse dentro de

misma acción. Especialmente indiciario de ello es el hecho de que una misma expresión lingüística –verbigracia: ‘el acceso carnal de X a Y’– pueda ser usada para designar tanto la acción ejecutada por X al acceder carnalmente a Y (en una determinada ocasión) como el resultado consistente en ser Y carnalmente accedido por X (en esa misma ocasión)”.

²⁶ CARNEVALI (2001) pp. 16-17.

²⁷ *Ídem.*, p. 17.

²⁸ En igual sentido, CARRASCO (2007) pp. 147-152.

²⁹ Respecto al entendimiento tradicional de la relación lógico-formal en que se encuentran las variantes propia e impropia de la violación, MAÑALICH (2014) pp. 28 y 29.

³⁰ CARRASCO (2007) pp. 147 y 148.

la prohibición para brindar una adecuada protección del objeto de tutela³¹, de manera que *“el fin de la norma (de la violación) es comprender como un injusto punible, todos aquellos comportamientos que afectan el bien jurídico en cuestión, sin atender cómo se lleva a cabo el acceso carnal y quién lo realiza”*.³²

El segundo planteamiento de la tesis minoritaria ha sido sostenido por Garrido Montt, para quien *“acceder carnalmente comprende los actos destinados a realizar la cópula, que asimila cualquiera de las modalidades enunciadas, y no únicamente al comportamiento activo de un hombre”*³³, por lo que respecto a la conducta la Ley *“la extiende –entre otros casos– a la de una mujer que introduce ella misma el referido órgano a su vagina, ano o boca”*.³⁴ El soporte de esta lectura de la disposición se basaría tanto en la historia fidedigna del establecimiento de la norma, como también en el empleo de la fórmula acceso carnal, lo que evocaría toda producción de una penetración dirigida a obtener el orgasmo sexual de alguno de los que intervienen en la cópula, con total independencia de su concreto sexo.³⁵

Ambas posiciones han sido objeto de fuertes críticas. La principal objeción contra la tesis de Carnevali Rodríguez ha sido la grave infracción al principio de legalidad que implicaría su aceptación. Para Matus Acuña y Ramírez Guzmán, extender el significado natural y obvio de la acción típica para *“mejor proteger el bien jurídico”*, conllevaría una infracción a la prohibición general de la interpretación analógica contra reo.³⁶ Lo anterior se explicaría por aplicación de las reglas generales sobre interpretación contenidas en el Código Civil (en adelante CC). Para estos autores, la articulación del criterio teleológico de interpretación de la Ley penal se recogería en el artículo 19 CC bajo la nomenclatura de la intención o espíritu de la disposición a interpretar, la que a su vez se identificaría con el objeto de protección que subyace a la regla concreta, en tanto expresión de la política criminal expresada en ella. De esta forma, si bien –en principio– resultan admisibles proposiciones interpretativas de las que resultase un incremento de campo de protección del bien jurídico en específico –como sostiene Carnevali Rodríguez–, la garantía derivada del principio de legalidad de prohibición de analogía impediría que la finalidad de protección se emplee para incorporar casos no comprendidos

³¹ CARNEVALI (2001) pp. 14 y 15.

³² *Ídem.*, p. 18.

³³ GARRIDO (2010) p. 275. Apoyan esta tesis, ARACENA y FLORES (2005) p. 233.

³⁴ *Ídem.*, p. 275.

³⁵ *Ídem.*, pp. 271-276.

³⁶ MATUS y RAMÍREZ (2014) p. 314.

en la literalidad de la Ley³⁷: *“Es por eso que nosotros sostenemos que el delito de violación del artículo 361 CP no puede leerse tanto como la descripción del delito que comete ‘el que accede carnalmente’ como la de un delito consistente en ‘ser accedido carnalmente’, por mucho que en ambos casos se lesionen la integridad o la libertad sexual, ya que la Ley sólo castiga expresamente como violación el primero de los supuestos y no el segundo”*.³⁸

En este sentido, Rodríguez Collao sostiene que, a diferencia de la amplia fórmula que emplea el artículo 179 del Código Penal español (*“cuando la agresión sexual consista en acceso carnal (...)”*), la restrictiva tipificación del artículo 361 inciso II CP impediría considerar como violación la provocación de un acceso carnal por una mujer, pues en este caso debería conferirse primacía al tenor literal de la Ley por sobre la intención de sus redactores, según dispone el artículo 19 CC.³⁹ En esta línea, Maldonado Fuentes precisa, aludiendo a las restricciones interpretativas que implica la vigencia del principio de legalidad, que la única forma de entender que la mujer pueda considerarse sujeto activo a título de autoría directa ejecutiva de la violación *“consistiría en modificar el concepto de lo que entendemos por ‘acceso’, considerándolo como algo diverso de la penetración o invasión”*.⁴⁰

Contra la posición de Garrido Montt, Mañalich Raffo apunta que, de tomarse en serio la sintaxis de la descripción de la conducta típica, esta requeriría que el accedente penetre alguna de las cavidades localizadas en el cuerpo del accedido, por lo que resultaría imposible considerar como autor

³⁷ *Ídem.*, pp. 341 y 342.

³⁸ *Ídem.*, p. 342.

³⁹ RODRÍGUEZ (2014) p. 187, nota 22. Clarificador resulta la explicación de BUSTOS (1991) p. 115, quien comentando el Código Penal español (previo al modelo de 1995) señala que: *“pareciera que no hay obstáculo para ello (la consideración de la mujer como autor directo ejecutivo), al igual que en el estupro, pues la expresión acceso carnal no exige que la penetración sea necesariamente por parte del sujeto activo (cfr. Vega, p. 40-41), sino que basta con que éste logre el acceso y, por tanto, basta con que logre ser penetrado. Ahora bien, la ratio de la violación, expresada claramente en la gravedad de la pena, implica que un acceso carnal de una mujer respecto de un hombre, si es que se da en los hechos, haya de considerarse en general sólo como una agresión sexual. Sólo sería diferente el caso cuando se tratase de un menor de edad, pues en tal situación sí que la afección de su sexualidad resulta de la gravedad manifestada en el tipo de violación”*. Asimismo, COX (2003) p. 74, nota 208.

⁴⁰ MALDONADO (2003) p. 245.

de la acción de violación a un sujeto que ocupa el lugar de accedido y de víctima a quien ocupa el lugar de accedente.⁴¹

Por todo lo anterior me inclino por admitir la doctrina mayoritaria, reconociendo como significado de la expresión acceso carnal una caracterización proactiva de la acción consistente en penetrar a otro.⁴²

IV. EL SUJETO ACTIVO (AUTOR) DE LA ACCIÓN DE PENETRACIÓN

De acuerdo a lo desarrollado, el acceso carnal consistiría en introducir el órgano sexual masculino en el ano, vagina o boca de la víctima. Por ende, la acción típica en sí misma, con prescindencia de las consideraciones propias de la teoría de la intervención delictiva, limitaría desde un comienzo el círculo de posibles ejecutores.

Sin embargo esta consideración anatómica no significaría necesariamente que sólo un individuo de sexo masculino pueda ser considerado sujeto activo del delito, en el preciso sentido de autor directo ejecutivo o de propia mano, como sostiene la doctrina mayoritaria⁴³, pues bastaría que al momento de realización de la conducta el autor sea “falo-portador”, lo que ciertamente permitiría incluir a sujetos de sexo femenino cuyo organismo presente una variante de intersexualidad –o hermafroditismo–.⁴⁴

La precisión anterior sobre la modalidad de autoría a la que se ha enfocado principalmente este problema resulta importante, pues sólo aquella resultaría condicionada por la interpretación del verbo rector. Sin embargo, la teoría de la autoría presenta otros problemas específicos que permiten ampliar esta controversia.

Como resulta conocido, en doctrina se define como sujeto activo al individuo a quién se atribuye la realización del tipo penal a título de autor⁴⁵, en un sentido relativamente amplio. La referida extensión de este concepto se explica en el reconocimiento tradicional de tres diferentes modalidades de

⁴¹ MAÑALICH (2014) p. 49. Detalladamente respecto a la incorrección gramatical que significa aceptar la tesis minoritaria, CARRASCO (2007) pp. 144-147.

⁴² MALDONADO (2003) p. 245.

⁴³ GUZMÁN (2000) pp. 217-219; MALDONADO (2003) pp. 244-246; BULLEMORE y MACKINNON (2005) pp. 186-188; MATUS y RAMÍREZ (2014) p. 314; RODRÍGUEZ (2014) pp. 186-189.

⁴⁴ MAÑALICH (2014) p. 50.

⁴⁵ CURY (2005) p. 249.

autoría⁴⁶: (i) la autoría directa o ejecutiva; (ii) la autoría mediata y (iii) la coautoría. Por lo mismo, a continuación se revisarán estas categorías en relación a su posibilidad de imputación a una mujer.

1. ¿La violación como delito de propia mano?

Sin perjuicio de lo anterior, resulta imprescindible tomar posición en forma previa al análisis de las variantes de autoría, sobre la naturaleza jurídica de la violación en relación a un problema integrante de la teoría de la intervención delictiva. Me refiero a la posible conceptualización de la violación como un delito de propia mano⁴⁷, debido a que, de acogerse tal consideración, eventualmente, se restringiría la imputación exclusivamente a título de autoría directa.

Los delitos de propia mano han sido definidos como aquellos en que *“sólo puede ser autor quien ejecuta físicamente el hecho descrito por el tipo”*⁴⁸, cerrándose el paso a la posibilidad de cometer el delito a través de

⁴⁶ CURY (2005) p. 595; ROXIN (2014) p. 75. Si bien ambos autores representan sendos exponentes de la denominada teoría del dominio del hecho para diferenciar al autor de los partícipes, la tripartición resulta también extrapolable a construcciones dogmáticas alternativas para la reconstrucción de las categorías de intervención delictiva.

⁴⁷ Defiende esta posición, MAÑALICH (2014) pp. 45-48. Indirectamente se desprende del análisis de la regulación (universal) vigente en BASCUÑÁN (2013) pp. 407-410, 415-420. Similar pareciera ser la postura de MATUS y RAMÍREZ (2014) p. 328, para quienes en el delito de violación *“por su propia naturaleza se excluye la autoría mediata: en el caso de quien contrata a otro para que viole a una mujer, sólo puede ser castigado como inductor. No existe autoría mediata, ya que el inductor no tiene el dominio del hecho. Sin embargo, el tipo se extiende con la complicidad y, sobre todo, con la participación por la vía del autor-cooperador del artículo 15 N° 3, donde puede castigarse como autores a personas que por sí mismas no pueden realizar la penetración, como el caso de la mujer que aplica la fuerza para que otro acceda carnalmente a la víctima”*. Los incluyo en este grupo debido a su interpretación del artículo 15 n° 3 como una regla que asimila comportamientos propios de complicidad a supuestos de autoría, por lo que en estricto rigor, también excluirían la coautoría del delito de violación. Sin embargo, la calificación de la conducta de la mujer que aplica fuerza a la víctima más bien –bajo su propia interpretación del artículo 15 n° 1 CP– sería un claro ejemplo de co-dominio funcional del hecho, resultando curiosa su consideración como supuesto regulado en el artículo 15 n° 3 CP. POLITOFF *et al.* (2004) pp. 418-420.

⁴⁸ CURY (2005) p. 621.

otro⁴⁹ y, por tanto, excluyendo su imputación a título de autoría mediata y coautoría.⁵⁰

Esta categoría dogmática, a juicio de un sector relevante de la doctrina, pareciera carecer de un fundamento conceptual unitario que justifique su mantención como instrumento de reconstrucción de la Ley penal⁵¹, aunque –pese a ello– siga considerándose como una clasificación presente en la literatura científica.⁵² El principal inconveniente para su mantenimiento en este contexto es que su aplicación al campo de los delitos contra la libertad sexual resultaría incompatible el preciso contenido de antijuridicidad propio de este bien jurídico.⁵³ En la medida que el desvalor de estos comportamientos mayo-

⁴⁹ GÓMEZ (2006) p. 15; MAÑALICH (2014) p. 46.

⁵⁰ GÓMEZ (2006) p. 15; MAÑALICH (2014) p. 46; ROXIN (2014) p. 189. De ahí que resulte contradictorio reconocer la naturaleza de la violación como delito de propia mano y admitir la posibilidad de configurar una situación de coautoría, como lo hacen ARACENA y FLORES (2005) p. 241.

⁵¹ A modo ejemplificativo, GÓMEZ (2006) pp. 16-36, sistematiza sus alternativas históricas de justificación en dos grupos de argumentos. En primer lugar, teorías formales ligadas a determinadas características expresas de la descripción típica (las teorías del movimiento corporal, del tenor literal y de la intensidad criminal), criticadas en general por desvincular su fundamento del contenido de injusto (material) de cada figura. En segundo lugar, aparecen las denominadas teorías materiales, donde destacan las posiciones de Herzberg (teoría de la especial referencia al autor y elementos personales referidos a valores), Schünemann (teoría de la auto-descalificación del autor ante la colectividad) y Roxin. La posición de ROXIN (2014) pp. 189-197, amerita un breve desarrollo, ya que su más reciente sistematización pone de relieve el dudoso estatus dogmático de esta categoría. En efecto, Roxin distingue tres grupos de delitos de propia mano: (i) delitos ligados a conductas que no menoscaban bien jurídico alguno –o de simple inmoralidad– (como el incesto); (ii) delitos de derecho penal de autor (como la vagancia) y; (iii) delitos de infracción de deberes altamente personales (como el falso testimonio), también denominados delitos de propia mano impropios porque resultan concebibles como un subgrupo de delitos de infracción de deber, y por ende, a cuyo respecto se aplican los criterios de autoría de tal construcción dogmática. Actualmente, MAÑALICH (2014) pp. 45-48, defiende en la doctrina nacional una fundamentación que se aparta de las teorías clásicas en la materia. Si la descripción de la acción típica implica una alteración de la situación en que se encuentra el propio agente (como la violación de morada y el incesto), a modo de una caracterización auto-involucrante en la ejecución del tipo, se bloquea la posibilidad de que el ejecutor pueda verse representado por la agencia de otra persona en su ejecución.

⁵² COX (2003) p. 277; CURY (2005) p. 621.

⁵³ Enfático al respecto se expresa ROXIN (2000) p. 455, en el contexto del Derecho penal alemán: *“Ahora bien, tales resultados [las afectaciones del bien jurídico específicamente*

ritariamente se radica en el menoscabo de la libertad de abstención sexual⁵⁴, la admisión de los delitos de propia mano significaría trasladar o mutar esta moderna concepción a un desvalor que sería propio del primitivo modelo de la teología moral escolástica, consistente en sancionar el uso prohibido del placer sexual.⁵⁵ En concreto, dado que la lujuria sería un pecado de tacto sólo podría ser autor quien interviene con su propio cuerpo en el delito, pues lo esencial de esta clase de ilícitos no sería el acto de coacción sobre otro, sino el desorden del ejercicio de la sexualidad y de obtención de placer sexual.⁵⁶

La explicación previa, evidencia la completa incompatibilidad de este modelo con la concepción actual y mayoritaria del injusto propiamente “sexual”, así como de la necesidad de descartarla como parámetro interpretativo de los tipos vigentes. En la medida que el contenido de antijuridicidad de los delitos sexuales sea el involucramiento no consentido de una persona en un contexto de significación sexual⁵⁷, pareciera inconsistente con esta finalidad de protección exigir el contacto genital directo por sobre el acto de constre-

de naturaleza sexual] son absolutamente dominables o codominables por aquellos que no ejecutan de propia mano la acción típica completa. Por eso, en la distinción entre autoría y participación el principio del dominio del hecho vuelve por sus fueros. Una delimitación con arreglo a principio distinto –en función del respectivo matiz de inmoralidad– no puede ser aquí determinante, pues la misión del legislador de un Estado de Derecho tiene que ser siempre primordialmente la protección de bienes jurídicos; la inmoralidad no le interesa por sí misma, sino a lo sumo por sus consecuencias. Por eso, aquel que tiene el resultado en sus manos es la figura central del suceso de la acción”.

⁵⁴ RODRÍGUEZ (2014) pp. 136, 142 y ss.

⁵⁵ En este sentido, COX (2003) pp. 276-278, refiriéndose al delito de abuso sexual, apunta que *“una correcta lectura de los distintos tipos potencialmente incorporables a esta categoría nos lleva a concluir que, en realidad, sólo aquellos que protegen ‘bienes jurídicos’ como la moralidad u otros similares pueden ser catalogables como tales, en atención a que la impronta y disvalor de la inmoralidad es intraspasable: la estructura moral sólo puede verse afectada por acciones intrínsecamente inmorales del autor (...) [la no admisión de la autoría mediata en el delito de abuso sexual resultaría carente de sentido] El disvalor y el atentado al bien jurídico se producen igualmente, y parece más razonable atender a tal afectación que al inmediato causante”.* También así lo entiende, CURY (2005) p. 622: *“Así, por ejemplo, nada obsta a la existencia de autoría mediata mediante coacción, en el caso de una violación, pues aquí el hombre de atrás ataca, sirviéndose del instrumento, la libertad sexual de la víctima, sin que nada importe que él no experimente la satisfacción de ejecutar el acceso carnal, pues lo que en este caso se reprueba es el quebrantamiento de la voluntad contraria del ofendido u ofendida, y no la obtención de un placer prohibido”.*

⁵⁶ BASCUÑÁN (2013) pp. 408-410.

⁵⁷ RODRÍGUEZ (2014) pp. 142-152.

ñimiento sobre la libertad de otro. Desde esta perspectiva, Cox Leixelard, refiriéndose al delito de abuso sexual, apunta que *“una correcta lectura de los distintos tipos potencialmente incorporables a esta categoría [delitos de propia mano] nos lleva a concluir que, en realidad, sólo aquellos que protegen ‘bienes jurídicos’ como la moralidad u otros similares pueden ser catalogables como tales, en atención a que la impronta y disvalor de la inmoralidad es intraspasable: la estructura moral sólo puede verse afectada por acciones intrínsecamente inmorales del autor (...) [la no admisión de la autoría mediata en el delito de abuso sexual resultaría carente de sentido]. El disvalor y el atentado al bien jurídico se producen igualmente, y parece más razonable atender a tal afectación que al inmediato causante”*.⁵⁸ También así lo entiende Cury Urzúa al señalar que *“nada obsta a la existencia de autoría mediata mediante coacción, en el caso de una violación, pues aquí el hombre de atrás ataca, sirviéndose del instrumento, la libertad sexual de la víctima, sin que nada importe que él no experimente la satisfacción de ejecutar el acceso carnal, pues lo que, en este caso, se reprueba es el quebrantamiento de la voluntad contraria del ofendido u ofendida, y no la obtención de un placer prohibido”*.⁵⁹

De ahí que un sector relevante de la doctrina nacional se incline por considerar a la violación como un delito en que resulta admisible tanto la autoría mediata como la coautoría⁶⁰, resultando limitada la ejecución a título de autoría directa exclusivamente a individuos dotados biológicamente de pene, restricción que no derivaría de la naturaleza jurídica del delito (su contenido de injusto), sino que por el medio de ataque específicamente tipificado en el CP, consideración que fluye de las restricciones interpretativas que impondría la vigencia del principio constitucional de legalidad.⁶¹

⁵⁸ COX (2003) pp. 276-278.

⁵⁹ CURY (2005) p. 622.

⁶⁰ BULLEMORE y MCKINNON (2005) p. 186; RODRÍGUEZ (2014) pp. 215-216. Implícitamente, CURY (2005) p. 622.

⁶¹ RODRÍGUEZ (2014) p. 216, añade algunas consideraciones, más bien de justicia material que estrictamente dogmáticas, para validar esta interpretación: *“si se acepta el castigo, a título de autor de violación, de quien ejerce en contra de la víctima la fuerza o la intimidación necesarias para llevar a cabo el acceso carnal, no se alcanza a comprender por qué no habría de adoptarse el mismo predicamento respecto de quien fuerza a aquel que ha de realizar la penetración, y menos aún si la fuerza es ejercida conjuntamente (a través de un mismo acto) en contra del autor y de la víctima. Cabe agregar, finalmente, que si toda la doctrina acepta la figura de la instigación aplicada al delito de violación, que, entre nosotros, es castigada con la misma pena correspondiente a los autores, resulta inexplicable que un comportamiento más grave, como es la autoría mediata, no vaya a recibir también el mismo trato penal”*.

Lo anterior implica que la violación tampoco constituiría un delito especial (o de sujeto activo cualificado). Como bien expresa Gómez Martín: *“En ambas clases de delitos se produciría una limitación del círculo de posibles sujetos activos del delito. Sin embargo, mientras que en los delitos especiales la restricción de la esfera de autores se produciría mediante la exigencia legal de que concurran en el sujeto activo determinadas cualidades, propiedades o relaciones, en los delitos de propia mano podría ser autor cualquiera, pero sólo cabría autoría directa, nunca autoría mediata o coautoría”*.⁶²

De ahí que la violación constituye un delito común cuya sola acción típica requiere de una condición biológica específica. Considerar a la violación como un delito especial significaría excluir la posibilidad de que una mujer pudiese ejecutar alguna de las circunstancias abusivas descritas por el legislador o, dicho de otra forma, que sólo un sujeto dotado de pene estaría calificado para emplear violencia o intimidación sobre otro mientras que otro sujeto (de sexo masculino) accede carnalmente a la víctima. Como se verá, esta opinión es resistida mayoritariamente por la doctrina nacional. En síntesis, y de acuerdo a la interpretación mayoritaria del injusto de la violación, esta es un delito común, rechazándose su adicional caracterización como un delito de propia mano.

2. *Violación y modalidades de autoría*

Bajo la conceptualización de la violación como un delito común, cabe ahora examinar su articulación dentro de las categorías de autoría reconocidas por el Derecho penal vigente, examinando su viabilidad de imputación a un individuo de sexo femenino.

A) *AUTORÍA DIRECTA O EJECUTIVA*

De acuerdo a lo ya –latamente- desarrollado, por regla generalísima, la mujer no puede ser autora de propia mano de la acción penetrativa.⁶³ La excepción, sería la inverosímil posibilidad de que se configurase una situación

⁶² GÓMEZ (2006) p. 15.

⁶³ Explícitamente, AGUILAR (2005) p. 13, incluyendo la nota 11, señala: *“el sujeto activo (...) debe ser necesariamente un varón imputable, puesto que el acceso carnal sólo puede llevarlo a cabo uno de aquellos, que es el único que puede introducir su miembro viril en la cavidad vaginal, anal o bucal de una mujer o un hombre, según corresponda (...) sin perjuicio de los casos de co-autoría y otras formas de participación, en que se puede concebir la asistencia de una mujer, de acuerdo al artículo 15, 16 y 17 CP”*. En contra, según lo ya expuesto, GARRIDO (2010) pp. 271-276.

de *vis absoluta* (o de ausencia de acción en el instrumento)⁶⁴, en que la mujer se sirviese del cuerpo de un hombre como instrumento inanimado para penetrar a la víctima.⁶⁵

A partir de la interpretación mayoritaria del verbo rector, la que aquí favorezco, surge la cuestión de cómo sancionar la denominada *violación inversa*⁶⁶, consistente en el supuesto de que una mujer coaccione a un hombre para que la acceda carnalmente, es decir, que use fuerza o intimidación para ser penetrada (artículo 361 N°1 CP).

La consecuencia de la postura dominante es rechazar la posibilidad de calificar tal hecho como violación. Sin embargo nada impediría considerar la comisión de un delito de abuso sexual.⁶⁷ Esta alternativa surge de la relación concursal en que se encontrarían la violación y el abuso sexual. La provocación de la situación de parte del accedido, implicaría la realización de una acción sexual (de relevancia) sobre el accedente mediante el empleo de fuerza o intimidación, en los términos del artículo 366 inciso I en relación al artículo 361 N°1 CP. Para sostener esta posición, Mañalich Raffo plantea una interpretación de la cláusula “distinta del acceso carnal” de los artículos 366 y 366 bis que posibilitaría su consideración como abuso sexual, variante que también debería ser apreciada tratándose el accedente de una persona menor de 14 años (artículo 366 bis CP).

Esta tesis consiste, en contra de la doctrina que la estima como un elemento negativo del tipo de abuso sexual⁶⁸, considerar la expresión como una regla de subsidiariedad expresa para la fundamentación de un concurso

⁶⁴ CURY (2005) p. 596. Así, BOLEA (2000) p. 149, “es de advertir, sin embargo, que el empleo de para cometer el delito de otra persona cuya voluntad queda completamente anulada nos remite a la autoría inmediata individual o unipersonal (supuestos en que no se aprecian siquiera alternativas de acción). En dicho caso no es necesario acudir a la autoría mediata porque la persona de delante es perfectamente equiparable con una fuerza inanimada”.

⁶⁵ El ejemplo fue propuesto por Mañalich Raffo en las X Jornadas Nacionales de Derecho Penal, celebradas en la Universidad de Talca, el día 20 de noviembre de 2015.

⁶⁶ CARRASCO (2007) pp. 141 y 142.

⁶⁷ CARRASCO (2007) pp. 147 y 148, niega esta posibilidad señalando que se trataría de un forzamiento artificial del principio de tipicidad. Sin embargo, su tesis asume que el delito de abuso sexual contendría un elemento negativo del tipo frente a la violación, lo que como se verá, no resulta compartido en este trabajo.

⁶⁸ CARNEVALI (2001) pp. 16-18; CARRASCO (2007) pp. 147-153.

aparente entre la violación y el abuso sexual⁶⁹: es decir, que la acción constitutiva de violación operaría como *lex specialis* por sobre la *lex generalis* de los tipos de abuso sexual, es decir, manifestaría un criterio de especialidad reglamentado expresamente por el legislador para la solución de un concurso aparente de delitos, que otorgaría primacía a la norma de sanción de la violación.⁷⁰ En el mismo sentido Ramírez Guzmán señala: “*Su función [de la cláusula de exclusión] consiste en determinar la relación concursal con los delitos precedentes, vale decir, la violación, estupro y sodomía. (...) En materia de violación, el delito está limitado a un sujeto pasivo varón, de acuerdo a una línea de interpretación que resulta ser mayoritaria entre nosotros, quedando fuera de este tipo penal aquellas conductas cuyo sujeto activo es una mujer, por lo que constituirían abuso sexual*”.⁷¹ Esta interpretación de la cláusula de exclusión se condice con la sistematización legislativa de la violación como acción sexual agravada, precisamente en razón del mayor desvalor objetivo

⁶⁹ Implícitamente: MAÑALICH (2014) pp. 49-50, nota 114. En igual sentido aunque de forma menos clara, COX (2003) p. 153, señala: “*Mientras se mantenga la situación tal cual está [sin modificar el verbo rector de la violación], lo más aconsejable parece ser incluir la hipótesis de un acceso carnal provocado por una mujer dentro de la normativa de los abusos sexuales, interpretación que no resulta forzada a la luz del texto legal. En efecto, los artículos en cuestión hacen referencia a una actuación del sujeto activo que no puede consistir en acceder carnalmente a otra persona, situación radicalmente distinta a la que nosotros conjeturamos: abuso consistente en que otra persona acceda carnalmente al abusante. Está claro que se trata de una acción sexual y es, en estos términos, distinta del acceso carnal, por lo que, si se dan los requisitos del artículo 366 ter, sería encuadrable dentro de los tipos penales estudiados*”.

⁷⁰ En igual línea, RODRÍGUEZ (2014) p. 256: “*Si el acceso carnal es valorado como el más grave de los atentados en contra de la indemnidad sexual de una persona, resulta ilógico pensar que la voluntad de la Ley sea dejar impunes las modalidades de aquel comportamiento que no fueren susceptibles de incluirse en los tipos de estupro y violación, en circunstancias de que otros atentados menos graves en contra del mismo bien jurídico sí reciben sanción precisamente a título de abuso sexual. La intención de la norma obviamente no puede ser ésta; y la única forma de atribuir un sentido lógico a la exclusión que formulan los artículos 366 y 366 bis, es entender que su propósito (evidente, por lo demás, en el texto) es delimitar claramente el ámbito del delito de abuso sexual respecto de los delitos de violación, estupro y, eventualmente, sodomía; y, sobre esta base, entender que lo excluido no es el acceso carnal, sino aquellas formas de acceso carnal castigadas a título de estupro, violación o sodomía. De manera, entonces, que la acción sexual constitutiva del delito que ahora nos ocupa puede consistir en un acceso carnal, con tal de que éste no sea de aquellos que resultan captados por los tipos anteriormente aludidos y siempre que importe una forma de abuso de una persona sobre otra*”.

⁷¹ RAMÍREZ (2007) pp. 3-5.

de la conducta⁷², el que no se daría en el caso de la denominada “violación inversa”, y resultaría compatible tanto con la doctrina dominante como con los autores que consideran al delito como de propia mano.

Lo anterior demostraría que la mencionada laguna de punibilidad denunciada por Carnevali Rodríguez y Carrasco Jiménez, sólo resultaría de una errónea comprensión de las relaciones concursales entre las descripciones de los tipos de violación y abuso sexual.⁷³

B) AUTORÍA MEDIATA

Como ya se adelantó, una parte relevante de la doctrina nacional admite la posibilidad de configurar una situación de autoría mediata de violación por parte de una mujer.⁷⁴ Se define al autor mediato como el que ejecuta un hecho propio a través de otro cuya conducta es instrumentalizada.⁷⁵ Sintéticamente, esta modalidad de autoría respondería a una específica estructura de imputación consistente en la producción un determinado déficit de responsabilidad penal en un instrumento actuante (u hombre de adelante), de manera que la ejecución inmediata del delito resultaría “mediada” por una acción (u omisión) del hombre de atrás. Por lo anterior, habría una reconducción del comportamiento del instrumento al ámbito de responsabilidad del autor mediato, basada en la competencia de este último por la específica circunstancia que impide atribuir responsabilidad al primero.⁷⁶

⁷² MALDONADO (2003) pp. 242-244.

⁷³ Lo problemático de considerar expresiones como elementos negativos del tipo y no cláusulas de subsidiariedad expresa se refleja en las insatisfactorias consecuencias prácticas que se derivan ante las situaciones de error de tipo. Así, de entender como elemento negativo del tipo la expresión “*el que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior*” del artículo 391 CP, quien mata a su padre habiéndose representado como objeto de ataque a un extraño, bajo una situación de error invencible, no realizaría el tipo penal de homicidio por falta de tipicidad objetiva (no se mata a “otro”), como tampoco el tipo penal de parricidio por falta de imputación subjetiva. SZCZARANSKI (2013) pp. 501-502.

⁷⁴ BULLEMORE y MCKINNON (2005) p. 186; RODRÍGUEZ (2014). 215-216. Implícitamente: CURY (2005) p. 622.

⁷⁵ COUSO y HERNÁNDEZ (2011) p. 389. En la terminología de la dominante (entre nosotros) teoría del dominio del hecho, se trataría del dominio mediato del acontecer a través de la instrumentalización de otro, variante denominada por ROXIN (2014) p. 84, como dominio de la voluntad.

⁷⁶ MAÑALICH (2010 b) pp. 396-411.

En el Derecho chileno, la opinión dominante sitúa a la autoría mediata en la primera parte del artículo 15 n°2 CP, referida a “*los que fuerzan (...) directamente a otro*” a “*ejecutar*” el hecho.⁷⁷ De esta forma, bajo el concepto legal de “forzamiento” tendrían cabida las diferentes variantes de instrumentalización. No obstante que se han sistematizado diversas hipótesis a título de autoría mediata⁷⁸, tratándose del delito de violación cobra relevancia la generación de un déficit de responsabilidad en la etapa categorial de atribución de culpabilidad. Me refiero a las denominadas variantes de configuración de una situación de necesidad exculpante en el instrumento.⁷⁹ En este caso específico, el autor mediato ejecutaría una acción constitutiva de un delito de coacción sobre el hombre de adelante, generando una situación de exculpación que bloquearía la posible atribución de culpabilidad en la ejecución del acceso carnal⁸⁰, doblegando su voluntad mediante la creación de una situación de inexigibilidad de otra conducta.⁸¹ Dicho de otra forma, el hombre de atrás, empleando violencia o intimidación obligaría al hombre de adelante a llevar a cabo el comportamiento.⁸² En términos de nuestra legislación, se ha entendido que la “fuerza” exigida en el artículo 15 N°2 CP captaría el empleo de *vis compulsiva* para configurar la situación de inexigibilidad en el instrumento, sea por la causal de fuerza irresistible o miedo insuperable del artículo 10 N°9 CP⁸³ o por la comprensión del artículo 10 N°11 CP como una situación de estado de necesidad exculpante.⁸⁴

El caso concreto atinente a la violación consistiría en que el autor mediato “obligaría” a dos personas mediante fuerza o intimidación a mantener una relación sexual penetrativa. De ello surge entonces el problema de cómo deben ser calificadas las acciones ejercidas por la mujer sobre accedente y accedido.

De acuerdo a la tesis mayoritaria que no concibe a la violación como un delito de propia mano, debería considerarse un concurso ideal entre el delito de abuso sexual ejecutado contra el accedente y el delito de violación sobre

⁷⁷ COUSO y HERNÁNDEZ (2011) p. 391.

⁷⁸ *Ídem.*, pp. 389-399.

⁷⁹ BOLEA (2000) pp. 253-257; CURY (2005) pp. 598-601; ROXIN (2014) pp. 85-91.

⁸⁰ En abstracto, MAÑALICH (2010 b) pp. 396-403.

⁸¹ CURY (2005) p. 598.

⁸² BOLEA (2000) pp. 253-257.

⁸³ COUSO y HERNÁNDEZ (2011) p. 391.

⁸⁴ Para un acertado resumen de la reciente discusión nacional sobre el alcance del artículo 10 n° 11 CP, *vid.* NÁQUIRA (2015) pp. 619-621.

el accedido.⁸⁵ Lo interesante del caso es que uno y otro título de imputación serían realizados en autoría mediata: el ejercicio de intimidación contra ambos generaría una situación de coacción que menoscaba dos bienes jurídicos personalísimos: el accedente resultaría ‘abusado sexualmente’ por la acción de tolerar la penetración de parte del accedido, mientras que el accedido resultaría ‘violado’ por la penetración del accedente. Debido a la descarga de responsabilidad de cada coaccionado por exculpación, el autor mediato resultaría competente por el suceso, el que se ha verificado bajo una situación de unidad de hecho, pues se evidencia con nitidez la convergencia de dos infracciones a través de un mismo suceso en sentido natural (concurso ideal heterogéneo, artículo 75 inc. 1 CP).

Para la tesis minoritaria que adscribe a la caracterización de la violación como un delito de propia mano (lo que se extendería naturalmente al abuso sexual⁸⁶), dado que el peso del injusto propiamente sexual recaería exclusivamente en la interacción corporal (o ejecutivamente auto-involucrante) del agente sobre las cavidades de la víctima, dado que el ejemplo no presentaría compenetración sexual alguna entre autor y los respectivos objetos de la acción, esta dimensión de antijuridicidad no se verificaría, restando valorar la conducta como dos atentados de naturaleza coercitiva, es decir, como delitos contra la libertad.⁸⁷ Por ello, el título de imputación únicamente podría re-

⁸⁵ Esta sería la solución coherente con el modelo de la violación como un delito contra la autodeterminación sexual no considerado de propia mano. Así lo expresa BASCUÑÁN (1997) p. 83, pese a no sostener tal solución.

⁸⁶ Así se desprende de la crítica de BASCUÑÁN (2013) p. 426, al moderno derecho penal sexual, que centra el peso de injusto sexual en la sola constatación del contacto físico entre dos cuerpos, lo que constituiría una mera concepción naturalista del abuso sexual. En contra se manifiesta RODRÍGUEZ (2014) p. 267, nota 76, citando los antecedentes históricos de la tipificación del abuso sexual: “*La Comisión Mixta, en efecto, junto con estimar que la expresión “cualquier” (acto de significación sexual) que utiliza el artículo 366 ter, permite comprender la realización de la conducta por medio de otra persona, optó por dejar al desarrollo jurisprudencial la determinación de las formas de autoría mediata que resulten compatibles con aquella definición y con lo dispuesto por el artículo 15 del C. Penal (Informe de la Comisión Mixta, pp. 25-26)*”.

⁸⁷ Esta es una conclusión natural que se desprende del propio sistema vigente de incriminación del derecho penal sexual, es decir, como un híbrido entre el modelo medieval y los impulsos liberales (o más recientemente, reformistas) de modernización. En la medida que sea el acto lujurioso el concepto central de la regulación y no el acto coercitivo o abusivo, las conductas de interacción ilegítima sin fricción corporal o genital necesariamente deben quedar excluidas de los delitos de abuso sexual (en sentido amplio). En este sentido: BASCUÑÁN (1997) pp. 82-83.

caer en el delito de coacción mediante amenaza (o amenazas condicionales, artículos 296 y 297 CP) o en el delito-falta de coacción mediante violencia⁸⁸ (artículo 494 N°16 CP), en igualmente régimen de concurso ideal de delitos.

4.3. Coautoría

En doctrina suele definirse a la coautoría como la realización conjunta del delito por los intervinientes.⁸⁹ La recepción legislativa de esta categoría dogmática ha significado un ejercicio interpretativo sobre las modalidades de autoría definidas en los numerales 1 y 3 del artículo 15 CP, mayoritariamente interpretadas por la doctrina y jurisprudencia nacional a través de la teoría del dominio del hecho en su variante desarrollada por Claus Roxin.⁹⁰

Tratándose de la violación, el caso aquí relevante consiste en que dos o más sujetos se dividen organizadamente, aún de forma espontánea, fragmentos de la realización del delito. Para este análisis, resulta importante resaltar previamente la estructura formal de la violación. La acción típica propiamente tal –el acceder carnalmente–, al menos en el caso de la variante “propia” del delito, en principio resultaría completamente lícita existiendo voluntad libre y consentimiento entre los intervinientes. Ella debe realizarse acompañada de alguna de las circunstancias de comisión que le otorgan su preciso contenido de antijuridicidad⁹¹, las que se encuentran legalmente establecidas en los numerales 1° a 3° del artículo 361 CP: (i) uso de fuerza o intimidación; (ii) cometerla cuando la víctima se halla privada de sentido; (iii) aprovechar la incapacidad –preexistente– de oposición al acceso por la víctima; (iv) abusar de la enajenación o trastorno mental de la víctima.⁹²

Bajo la perspectiva mayoritaria, sólo un hombre o un individuo que presente una variante de hermafroditismo puede realizar la acción típica en el contexto de una ejecución conjunta o planificada del hecho bajo división del trabajo.⁹³ Sin embargo, esta circunstancia no excluye la posibilidad de que una mujer ejecute la prestación complementaria del ejercicio de violencia o

⁸⁸ La solución dependerá del criterio demarcatorio que se adopte para considerar el concreto modo de coacción como violencia (artículo 494 n° 16 CP) u amenaza (artículo 296 y 297 CP). MAÑALICH (2010a) pp. 73-81; MATUS y RAMÍREZ (2014) 227-228.

⁸⁹ COUSO y HERNÁNDEZ (2011) p. 399.

⁹⁰ BASCUR (2015) pp. 193-212.

⁹¹ MALDONADO (2003) p. 236.

⁹² RODRÍGUEZ (2014) pp. 189-203.

⁹³ La estructura de la coautoría, de acuerdo a ROXIN (2014) p. 147, quedaría determinada por tres requisitos centrales: (i) la existencia de un plan conjunto o común de ejecutar el

intimidación sobre la víctima mientras el coautor masculino la accede carnalmente⁹⁴, en los términos del artículo 15 N°1 primera parte CP. A lo anterior, debe añadirse la posibilidad de que la prestación realizada por la mujer consista en desplegar acciones impeditivas de auxilio por terceros (artículo 15 N°1 segunda parte CP: impidiendo o procurando impedir que se evite la ejecución del hecho)⁹⁵ o tareas periféricas (como actos calificados de vigilancia) con un peso de injusto –o dominio del hecho– que amerite la subsunción en los casos del artículo 15 N°3 CP (el que concertado previamente actúa facilitando los medios o presenciando su ejecución).⁹⁶ Igual consideración resulta extensible a la variante “impropia” de violación (artículo 362 CP).

La solución desde la perspectiva minoritaria que concibe a la violación como delito de propia mano resulta distinta. Si el injusto de la violación depende de la ejecución personal de la acción típica, la realización por la mujer de la acción coercitiva resultaría jurídicamente desvinculada del contenido sexual de antijuridicidad de la violación.⁹⁷ Ella no ejecutaría de propia mano el contenido del tipo, por lo que tanto acceso carnal como las circunstancias

hecho; (ii) una ejecución conjunta del hecho y; (iii) una contribución esencial prestada en la fase ejecutiva.

⁹⁴ MALDONADO (2003) p. 245; BULLEMORE y MCKINNON (2005) p. 186, 188; MATUS y RAMÍREZ (2014) p. 325; RODRÍGUEZ (2014) p. 215. Indiciariamente, aunque no explicitando a la mujer como sujeto activo: YÁÑEZ (1975) pp. 36-37. Al respecto, RODRÍGUEZ (2014) p. 215, apunta: *“es preciso recordar que los tres numerandos de este artículo giran en torno a la idea de ejecución del hecho, expresión esta última no sólo hace referencia al núcleo conductual del tipo, sino a cualquier otro comportamiento que fuere necesario para la consumación del delito. Por ello, el empleo de fuerza física, por ejemplo, también forma parte del hecho descrito en el tipo de violación; y como en la realización de aquel comportamiento puede intervenir tanto un hombre como una mujer, resulta que ésta, en verdad, se encuentra habilitada para asumir la calidad jurídica de autora del delito de violación, en cualquiera de las hipótesis de autoría que la norma citada contempla”*.

⁹⁵ BASCUR (2015) pp. 211-212.

⁹⁶ Existe una corriente mayoritaria en la doctrina que interpreta el numeral 3° del artículo 15 CP como situaciones de complicidad asimiladas sólo a efecto de la pena a imponer (y no en su estructura accesoria) a casos de autoría. En detalle: BASCUR (2015) pp. 206-212. En contra de ello y exigiendo considerar los requisitos sustantivos para configurar coautoría, propone una lectura restrictiva de la disposición: COUSO y HERNÁNDEZ (2011) pp. 406-408.

⁹⁷ ROXIN (2000) p. 435, denuncia este problema, en relación al delito de actos lúbricos con animales: *“Asimismo cabe construir fácilmente casos de ejecución conjunta –por ejemplo, uno sujeta al animal para que otro realice el acto lúbrico– en los que resulta innegable la presencia del dominio del hecho funcional, pero en los que el cooperador, sin embargo, no es autor”*.

comisivas deberían coincidir en el sujeto activo para que se configurase el delito de violación.⁹⁸ De esta forma, la intervención de la mujer sólo podría ser calificada en principio como un acto de complicidad (artículo 16 CP) en el delito principal de violación, punible alternativamente, dependiendo del contexto, como un atentado contra la salud individual, generalmente a título de lesiones menos graves (artículo 399 CP) o como un atentado contra la libertad, a título de coacción mediante violencia (delito–falta del artículo 494 N°16 CP) o coacción mediante amenaza (artículo 296 CP). Lo anterior, en virtud de un concurso aparente entre la forma de intervención menos intensa (participación) y la de mayor gravedad, zanjado a favor de la aplicación de la norma de sanción de la segunda.⁹⁹

CONCLUSIONES

1. En el contexto de nuestra regulación vigente, la violación constituye un atentado agravado de contacto corporal de naturaleza sexual. Acorde a ello, la interpretación de la acción típica como el acto de invasión mediante el pene en alguna de las cavidades tipificadas (ano, boca o vagina) del cuerpo de la víctima es la que, a mi juicio, y tanto por consideraciones de texto legal como de contenido de antijuridicidad material, se adecúa más satisfactoriamente al diseño legislativo.
2. La afirmación de que generar un acceso carnal por otro constituye un vacío legal a título de atentado de relevancia sexual resultaría erróneo. La superación de este problema consiste en interpretar la cláusula de exclusión del delito de abuso sexual como la especificación de una cláusula de subsidiariedad expresa para regular las eventuales situaciones concursales entre los delitos de abuso sexual y las demás acciones sexuales tipificadas.
3. En lo que concierne a la teoría de la intervención delictiva, sin perjuicio de la restricción biológica que impone la tipicidad de la acción típica, la violación admite ser interpretada a través de la mayoritariamente aceptada teoría del dominio del hecho como un delito común (o de dominio) que permite su comisión en autoría directa, autoría mediata y coautoría.

⁹⁸ Indirectamente, ROXIN (2000) pp. 453 y 454.

⁹⁹ Para POLITOFF *et al.* (2004) p. 463, la situación correspondería a un concurso aparente solucionado mediante el principio de consunción, en la variante de acto acompañante copenado. En el derecho alemán, se considera un caso de subsidiariedad material o tácita. ROXIN (2014) pp. 1010-1011.

4. La exigencia de penetración masculina no implica considerar a la violación como un delito de propia mano. Esta última categoría apunta a una restricción del círculo de posibles autores basada en el contenido de injusto del delito, que actualmente no resultaría admisible bajo el moderno paradigma de antijuridicidad de los delitos de connotación sexual: la libertad de abstención sexual y la indemnidad sexual de los menores en su concepto tradicional.
5. Habida consideración de los aspectos previamente desarrollados, no existiría mayor restricción que la derivada del principio de legalidad para articular las diferentes variantes de intervención delictiva en el delito. De esta forma, los casos discutidos de autoría de una mujer en el delito de violación se resuelven de la siguiente forma¹⁰⁰:
 - a. Por regla general la mujer no puede ser autora directa de violación. El caso en que una mujer coacciona a un hombre para que la penetre (denominado como 'violación inversa'), la provocación de un acceso carnal no consentido debe calificarse como abuso sexual coercitivo, en los términos del artículo 366 inciso I en relación al artículo 361 N°1 CP.
 - b. La mujer puede ser autora mediata de violación. Tratándose del caso en que esta coacciona a dos personas para que mantengan una relación penetrativa, debe apreciarse un concurso ideal (artículo 75 inciso I CP) entre el delito de abuso sexual (artículo 366 inciso I en relación al artículo 361 N°1 CP) contra el accedente y el delito de violación contra el accedido (Artículo 361 en relación al artículo 15 N°2 CP), ambos realizados en autoría mediata en virtud del ejercicio de coacción sobre el instrumento.
 - c. La mujer también puede ser coautora de un delito de violación. En caso de división funcional de la realización del delito, solamente –por aplicación del principio de legalidad– quedaría excluida de realizar de propia mano la acción típica, lo cual no obsta a: (i) el ejercicio conjunto de violencia o intimidación sobre el accedido (artículo 15 N°1 primera parte CP); (ii) la prestación de acciones impeditivas de cursos salvadores efectuados por terceros (artículo 15 N°1 segunda parte CP) y; (iii) la prestación complementaria de medios esenciales, materiales o inmateriales, para la ejecución del hecho (artículo 15 N°3 primera parte) o de acciones periféricas tales como actos calificados de vigilancia o coordinación ejecutiva (artículo 15 N°3 segunda parte CP).

¹⁰⁰ Todas las cuales resultan extensibles a las variantes impropias de violación o abuso sexual sin la concurrencia de las circunstancias comisivas tipificadas en el artículo 361 CP.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILAR ARANELA, Cristian (2006): *Manual de Delitos Sexuales: Legislación chilena, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Metropolitana).
- ARACENA MORALES, María Lorena y FLORES FRÍAS, Melva (2005): *Tratado de los Delitos Sexuales* (Santiago, Editorial Jurídica La Ley).
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo (2014): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (Santiago, Editorial Librotecnia).
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2013): "La inconsistencia del Derecho Penal sexual moderno", en MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (coord.), *La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* (Santiago, Editorial Universidad de Chile) pp. 405-433.
- _____ (1997): "Problemas básicos de los delitos sexuales", *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, número especial: pp. 73-94.
- BASCUR RETAMAL, Gonzalo (2015): "Consideraciones sobre la delimitación entre coautoría y complicidad en el contexto del Derecho Penal chileno", *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 23: pp. 175-226.
- BOLEA BARDÓN, Carolina (2000): *Autoría mediata en Derecho Penal* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- BULLEMORE, Vivian y MCKINNON, John (2006): *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III (Santiago, Editorial Lexis Nexis).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1991): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (2° edición, Barcelona, Editorial Ariel).
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2001): "La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica", *Gaceta Jurídica*, n° 250: pp. 13-18.
- CARRASCO JIMÉNEZ, Edison (2007): "El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales", *Ius et Praxis*, n° 2: pp. 137-155.
- COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2011): *Código Penal Comentado: Libro Primero (artículos 1° a 105), Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Editorial Legal Publishing).

COX LEIXELARD, Juan Pablo (2003): *Los abusos sexuales. Aproximación dogmática* (Santiago, Editorial Lexis Nexis).

CURY URZÚA, Enrique (2005): *Derecho Penal Parte General* (8° edición, Santiago, Editorial Universidad Católica de Chile).

GARRIDO MONTT, Mario (2010): *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III (4° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2006): "Pertinencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 17: pp. 11-43.

GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (2000): "Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile", *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta (1999-2000)*: pp. 201-244.

MALDONADO FUENTES, Francisco (2003): "Tratamiento de la nueva regulación de los delitos sexuales", en VV.AA., *Problemas actuales de Derecho Penal* (Temuco, Imprenta Austral) pp. 227-265.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2010a): *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor. La realización arbitraria del propio derecho frente a los delitos contra la libertad, la propiedad y el patrimonio* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).

_____ (2010 b): "La estructura de la autoría mediata", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, vol. XXXIV: pp. 385-414.

_____ (2014): "La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el Derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas", *Ius et Praxis*, n° 2: pp. 21-70.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2014): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, Tomo I (3° edición, Santiago, Editorial Legal Publishing).

_____ (2015): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Fundamentos y límites constitucionales del Derecho penal positivo*, Tomo I (3° edición, Santiago, Editorial Legal Publishing).

NÁQUIRA RIVEROS, Jaime (2015): *Derecho Penal Chileno. Parte General*, Tomo I (2° edición, Santiago, Editorial Legal Publising).

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General* (2° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2007): "Delitos de abuso sexual: Actos de significación sexual y de relevancia", *Política Criminal*, n° 3: pp. 1-13.

RODRÍGUEZ COLLAO, José Luis (2014): *Delitos Sexuales* (2° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

_____ (2006): "Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal", *Política Criminal*, n° 1: pp. 1-19.

ROXIN, Claus (2000): *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (trad. Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo, Madrid-Barcelona, Editorial Marcial Pons).

_____ (2014): *Derecho Penal Parte General: Especiales formas de aparición del delito*, Tomo II (trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Navarra, Editorial Aranzadi).

SZCZARANSKI VARGAS, Federico (2013): "Aproximación a la reiteración delictiva y a la teoría concursal desde la teoría de la pena", *Política Criminal*, n° 16: pp. 500-543.

YÁÑEZ PÉREZ, Sergio (1975): "Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno", *Revista de Ciencias Penales*, n° 1: pp. 49-64.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil del 22 de octubre de 2015, Decreto con Fuerza de Ley n° 1, Fija Texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil.

Código Orgánico de Tribunales del 9 de julio de 1943, actualizado al 18 de marzo de 2016.

Código Penal del 12 de noviembre de 1874, actualizado al 21 de abril de 2015.

Código Penal español del 24 de noviembre de 1995, actualizado al 28 de abril de 2015.

Ley n° 18.216 del 14 de mayo de 1983, actualizado al 6 de febrero de 2015, Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.

Ley n° 19.617 del 12 de julio de 1999, actualizado al 17 de septiembre de 1999, Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación.

Ley n° 19.970 del 6 de octubre de 2004, actualizado al 25 de noviembre de 2008, Crea el Sistema Nacional de Registros de ADN.