

**CO-PARTICIPACION CRIMINAL. PRINCIPIO DE
CONVERGENCIA. CONCIERTO PARA DELINQUIR Y
FACILITACION DE LOS MEDIOS.
ART. 15 Nº 3 DEL CODIGO PENAL.**

Carlos Künsemüller Löebenfelder

Profesor de Derecho Penal

La Sentencia de primera instancia condenó a los dos encausados, en calidad de co-autores del delito del art. 372 bis del Código Penal: "El que con motivo u ocasión de violación o sodomía, causare, además, la muerte del ofendido será castigado con la pena de presidio perpetuo a muerte".

El fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, de 24 de Junio de 1993, tiene por establecido que el reo Guzmán se encontraba con el procesado Araya en la puerta de la casa de este último, cuando pasó la víctima por la calle y Araya le comentó que quería tener relaciones sexuales con la menor. Cuando pasó de vuelta frente al portón de la casa, Hugo Araya la tomó a la fuerza y Guzmán le aferró los pies a la niña para ayudarlo a entrarla al inmueble. Araya la amarró y amordazó, yéndose ambos a tomar vino. Posteriormente, dicho reo violó en repetidas oportunidades a la ofendida. Araya le dijo a Guzmán que también la violara, pero éste no pudo hacerlo, porque, según declaró, no tenía ganas y la niña sangraba mucho, estando él ebrio. Frente a la resistencia que la víctima aún oponía, Araya le enterró un sable, tomándolo con ambas manos y ocasionándole una herida en la región esternal paramedia derecha, tercio medio, de carácter penetrante punzo cortante, de 1,8 cms. de longitud, que fue la causa de la muerte, según el informe del médico legista.

La decisión de la Ilustrísima Corte, concluye, sobre la base de los antecedentes de la causa, que si bien el procesado Guzmán se concertó con el otro reo para violar a la menor y concurrió al hecho, facilitando los medios para la ejecución, ello permite tenerlo como autor del delito de violación; pero no procede imputarle, además, la muerte de la ofendida, la que este evento, aparece como un resultado más grave, no querido ni aceptado por Guzmán, debiendo considerarse además, que la muerte de la menor se debió a una acción independiente y voluntaria de Araya, de matar a la mujer,

debido a la resistencia opuesta por la ofendida en la ocasión en que él la violentaba sexualmente. (Considerandos 3º y 4º).

En los motivos A.- a G.-, del fallo, se contiene una prevención del Abogado Integrante Carlos Künsemüller, quien, concurriendo a la decisión, efectuó algunas precisiones que consideró necesarias, por la complejidad y trascendencia del caso (que causó gran alarma pública en su oportunidad), precisiones que están referidas al principio esencial de convergencia que rige en materia de participación criminal y a la circunstancia de que cuando hay divergencia de voluntades o de dolo entre los partícipes -como ocurrió en el caso de la especie- la culpabilidad de cada sujeto debe apreciarse independientemente. Se indica en el motivo D, que la muerte de la ofendida fue un hecho ejecutado sólo por Araya y que si bien ocurrió en el contexto del violentamiento sexual de la niña, aparece como una acción independiente, ajena al acuerdo de voluntades que había unido los comportamientos de aquel reo y de Guzmán. Al sobrepasar Araya, con su conducta homicida, lo planeado conjuntamente con Guzmán, ha de resolverse la cuestión de si este último es responsable o no del exceso en la co-autoría.

En relación a lo anterior, se expresa en el motivo F., que no cabe duda que lo actuado o ejecutado por uno de los co-realizadores -Araya- sobrepasó ostensiblemente, en términos de afectar a un bien jurídico diverso, de mayor entidad -la vida de la ofendida- lo proyectado respecto de un objeto jurídico de menor significación, como la libertad sexual de la víctima; la responsabilidad de los co-autores queda restringida únicamente a lo comprendido en el acuerdo previo; en relación al "plus" o exceso, responde tan sólo el que lo provocó.

SENTENCIA

SAN MIGUEL, veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y tres.

VISTOS.

Se reproduce la sentencia en alzada con las siguientes modificaciones:

- a) Se elimina el considerando sexto;
- b) En el considerando vigésimo octavo, a continuación del punto final, se agrega la siguiente frase: "y atendida la naturaleza del hecho, su gravedad, la entidad de las circunstancias agravantes y las dolorosas consecuencias producidas, no la aplicará en su grado mínimo".

Y TENIENDO EN SU LUGAR Y ADEMÁS PRESENTE:

1º Que con los antecedentes mencionados en el considerando quinto del fallo en alzada, y con las propias declaraciones de Alejandro Antonio Guzmán Galaz de fs. 63, 69, 752 y careo de fs. 71 vta. de los que consta que: se encontraba con Hugo Araya en la puerta de la casa de Angel Guarello, de propiedad de José Velásquez; pasó una niña, y Hugo Araya le comentó que quería tener relaciones sexuales con ella. Cuando pasó de vuelta, frente al portón de la casa, Hugo la tomó a la fuerza y el declarante la tomó de los pies para ayudarlo; que Hugo Araya la amarró y amordazó; después fueron a tomar vino y Hugo la violó en reiteradas oportunidades. Posteriormente, Araya le dijo que también tuviera relaciones con la menor, y Guzmán se subió encima de ella, pero no pudo penetrarla porque no tenía ganas; ella sangraba mucho y él se encontraba ebrio. Frente a la resistencia de la víctima, Araya le enterró el sable, tomándolo con ambas manos; y más tarde metieron a la niña en bolsas de basura para transportarla después en una carretilla al sector de los pozos.

2º Que los hechos ya expuestos comprueban en la forma señalada en el considerando quinto del fallo apelado, que Alejandro Guzmán Galaz se concertó con Hugo Araya Urzúa para cometer el delito de violación a Viviana Lavado, facilitando los medios para su ejecución, lo que permite tener por establecida su participación en calidad de co-autor del delito de violación de la menor mencionada.

3º Que, si bien el procesado Guzmán Galaz tiene la calidad de co-autor del delito de violación, debe tenerse presente que el concierto previo para cometer dicho delito no puede extenderse al resultado más grave ocurrido, como lo que la muerte de la ofendida, ni puede presumirse que este último resultado haya sido deseado o previsto por el encausado.

Debe considerarse, además que la muerte de la menor se debió a una acción independiente y voluntaria de Araya, debido a la resistencia opuesta por la ofendida en ocasión que éste la violentaba sexualmente.

4º Que, a mayor abundamiento, no hay en autos antecedentes suficientes para determinar la participación directa de Guzmán Gálvez en la violación, salvo sus propios dichos en cuanto "intentó tener relaciones" pero no le dieron ganas debido a su estado de ebriedad y a que la menor sangraba mucho, versión que se encuentra avalada por los informes médicos de fs. 234 y 871 efectuados a pelos del escroto encontrado en el cadáver, que no corresponden a Guzmán Galaz, diferentes en color, diámetro y forma, y a muestras de semen de los procesados Araya y Guzmán en que se estableció que en el semen de este último se encontró abundante cantidad de espermatozoides, a diferencia de Araya, en cuya muestra se encontró escasa

cantidad de tales elementos, muy por debajo del mínimo normal, conclusión que es preciso analizar en relación con el informe de autopsia de fs. 77 en cuanto constató con las pruebas de orientación para establecer la existencia de semen en contenido rectal, vaginal y uterino de la occisa dieron resultados positivos, pero no se encontraron espermios.

5º Que atendido lo expuesto este tribunal tiene por establecida la participación de Alejandro Antonio Guzmán Galaz, en calidad de co-autor del delito de violación a Viviana Lavados Vásquez, previsto y sancionado en el artículo 361 del Código Penal y se le absolverá del cargo formulado en su contra en la acusación, en cuanto a ser autor del delito contemplado en el artículo 372 bis del Código Penal.

6º Que en esta forma esta Corte no comparte el criterio del Ministerio Público, manifestado en su informe de fs. 1166, en cuanto estimó debía confirmarse el fallo en alzada, sin modificaciones.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 514, 527 y 534 del Código de Procedimiento Penal, se revoca la sentencia apelada de veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y dos escrita a fs. 1.144 y la complementaria de cinco de octubre del mismo año escrita a fs. 1.159 vta. en cuanto por ella se condena al procesado Alejandro Antonio Guzmán Galaz de ser autor del delito de violación causando muerte de Viviana Solange Lavado Vásquez y se declara que se le absuelve de tal acusación.

Se confirma dicha sentencia con declaración de que Alejandro Antonio Guzmán Galaz es condenado a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos e inhabilitación absoluta, para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito de violación a Viviana Solange Lavado Vásquez.

La pena impuesta al sentenciado se le empezará a contar desde el primero de Mayo de mil novecientos noventa y uno, fecha desde la cual permanece ininterrumpidamente privado de libertad, según consta de fs. 735, sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad, entre el veinticinco de febrero y primero de marzo de mil novecientos noventa y uno, como consta a fs. 57 y 245.

Pasen los antecedentes al Ministerio Público a fin de que emita informe respecto del sobreseimiento de veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y uno, escrito a fs. 863.

El Abogado Integrante don Carlos Künsemüller, previene que concurre a la decisión que condena al reo Alejandro Guzmán Galaz únicamente como autor del delito de violación en la persona de Viviana Lavados Vásquez,

absolviéndolo de la acusación de haber causado además la muerte de la ofendida, teniendo en cuenta, amén de lo ya expresado en los motivos precedentes, los razonamientos especiales que expone:

A. La participación criminal se encuentra regida, entre otros principios, por el de *convergencia*, de acuerdo con el cual, dicha participación exige un concurso *objetivo* (en los hechos) y uno *subjetivo* (en las voluntades). El hecho delictuoso perpetrado debe ser común, objetiva y subjetivamente. (Alfredo Etcheberry, Derecho Penal, T. II, 2a. edición, pág. 61).

Con respecto a los co-autores -señala el Profesor don Mario Garrido Montt- ellos realizan un *hecho común* que interesa al conjunto de ejecutores considerados como un todo y en relación al que cada uno se siente partícipe: lo que hace cada cual lo es tanto por él como por el conjunto, y aquello que llevan a cabo sus compañeros lo estiman como suyo. (Mario Garrido Montt, "Etapas de Ejecución del delito, Autoría y Participación", Edit. Jurídica de Chile, pág. 315).

B. En la especie, hubo concierto entre los encausados Araya y Guzmán, para violar a la menor, este hecho fue considerado por ambos como una meta en común, subjetivamente querida por cada uno de ellos.

C. Como apunta el profesor Etcheberry, el problema más serio que se plantea en este ámbito de la necesaria convergencia entre los partícipes, es el de la posible *divergencia* de voluntades, que en la práctica se plantea cuando la acción de un partícipe excede de lo querido en común por todos, cuando va más allá del hecho que sus compañeros han estimado en conjunto como suyo. (op. citada, pág. 62).

La opinión doctrinaria es que en estos casos "el hecho es común pero la culpa es individual", la culpabilidad de cada sujeto debe apreciarse independientemente. (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, T. II, pág. 267).

D. Según ha quedado establecido en los ordenamientos 2º y 3º del presente fallo, Guzmán se concertó con Araya para violar a la muchacha, facilitando a través de su cooperación material, los medios necesarios para que se llevara a cabo esa acción delictiva, atentatoria a la libertad sexual de la mujer. El hecho aludido, referido a ese bien jurídico protegido, tuvo carácter común para ambos encausados, objetiva y subjetivamente.

En cambio, la muerte de la ofendida, fue un hecho ejecutado sólo por Araya y que, si bien ocurrió en el contexto del violentamiento sexual de la niña, aparece como una acción independiente, ajena al acuerdo de voluntades que había unido los comportamientos de aquel reo y de Guzmán. Al sobrepasar Araya, con su conducta homicida, lo planeado conjuntamente con Guzmán, ha de resolverse la cuestión de si este último es responsable

o no del exceso en la co-autoría.

No hay antecedentes que permitan concluir que dicha situación de exceso fue querida o representada como posible o probable y luego aceptada por Guzmán, de manera que no puede atribuírsele dolo de homicidio.

F. No cabe duda que, en el caso de autos, lo actuado o ejecutado por uno de los correalizadores -Araya- sobrepasó ostensiblemente, en términos de afectar a un bien jurídico diverso, de mayor entidad -la vida de la ofendida- lo proyectado respecto de un objeto jurídico de menor significación -la libertad sexual de la víctima-; la responsabilidad de los co-autores queda restringida únicamente a lo comprendido en el acuerdo previo; en relación al "plus" o exceso, responde tan sólo el que lo provocó.

Con gran acierto precisa el Profesor Mario Garrido, citando a los tratadistas españoles Córdoba y Rodríguez, que el principio general para resolver las variantes que se presenten pueden resolverse en esto: "La responsabilidad de cada co-autor se determina conforme al contenido de la resolución conjunta": en aquello que sus compañeros la sobrepasen, no le corresponde responsabilidad (op. citada, pág. 330-331).

G. En tal virtud, la solución justa y adecuada a los antecedentes y particularidades del caso sub-lite, es reprocharle al encausado Guzmán, únicamente su co-autoría culpable en el delito de violación cometido en la persona de Viviana Lavado Vásquez, tal como ha quedado establecido en los considerandos pertinentes a esta reflexión, debiendo ser absuelto del cargo formulado en su contra, de ser autor del delito contemplado en el artículo 372 bis del Código Penal.

H. A mayor abundamiento de lo señalado anteriormente, cabe tener en cuenta que el informe de autopsia de fs. 78, se describe como lesión principal que presentaba el cadáver de la víctima, una herida en la región esternal paramedia derecha, tercio medio, de carácter penetrante punzo cortante que mide 1,8 cms. de longitud, orientación oblicua, ángulo más agudo superior interno.

En sus conclusiones, la médico legista que practicó la autopsia, expresa a fs. 81, que "la causa de la muerte fue herida penetrante punzo cortante tóraco cardíaca".

I. Que, a fs. 85 vta., la Dra. Myriam del Carmen Gallo Jiménez, ratifica el informe de autopsia, y con respecto a un destornillador de base color café, acompañado por el Departamento OS-7 de Carabineros, y con el cual el encausado Guzmán Galaz, habría inferido heridas en el abdomen a la víctima, señala que "es posible que haya ocasionado la lesión sin poder descartar alguna otra arma blanca de tipo cortaplumas o cuchillo que tenga

una longitud mínima de hoja de 10 cms. y un ancho máximo a ese nivel de más-menos 1,5 1,8 cms."

J. Que, en el domicilio de Hugo Araya, lugar donde ocurrió el hecho, fue incautado un sable como probable arma homicida, cuyo facsímil corre a fs. 306.

En la diligencia de fs. 304 y 304 vta., la Dra. Gallo, expresa, respecto de dicho sable que se le exhibe, "puedo constatar al medirlo en este momento con la huincha que se me proporciona que a una distancia de diez centímetros de su punta tiene un ancho de 1,8 cms., por lo que es posible que la herida que presentaba la occisa haya sido hecha con esa arma. Además, en mi informe de fs. 78, yo expreso que la herida tiene un ángulo más agudo en la parte superior interna lo que orienta a pensar en un arma blanca similar a cuchilla por lo que me inclino a pensar como arma más posible el sable que se me exhibe, en lugar del destornillador de mango color café".

L. En conclusión, y en lo que concierne al ámbito objetivo-probatorio, las aseveraciones de la médico legista, relacionadas con la autopsia por ella practicada, acreditan con la necesaria fuerza de convicción, que el homicidio de la menor Viviana Lavado Vásquez fue perpetrado únicamente por el procesado Araya, lo que ratifica lo argumentado en la motivación G, que antecede.

Regístrese y devuélvase. Redacción de la Ministro Srta. Ariaselva Ruz Durán y de la prevención, su autor.

Nº 2272-91.

Ministros Ariaselva Ruz Durán, José Miguel Varela Muñoz y Abogado Integrante Carlos Künsemüller Löebenfelder.