

LA VIOLACIÓN COMO DELITO DE PROPIA MANO

JUAN PABLO MAÑALICH R.

Universidad de Chile

SUMARIO: I. La violación como delito de penetración. II. “Auto-involucramiento ejecutivo” como marca típica. III. La demostración de la tesis: el caso del “picado de la araña”. IV. La violación como delito común: la irrelevancia del sexo del agente penetrador para la adscripción de autoría. V. Conclusión: legalidad como desiderátum.

PALABRAS CLAVE: Violación, delitos de propia mano, acciones autoinvolucrantes, autoría.

I. LA VIOLACIÓN COMO DELITO DE PENETRACIÓN

En un trabajo reciente, he defendido la tesis de que cada una de las formas de comportamiento que resultan tipificadas a título de violación, bajo los arts. 361 y 362 del Código Penal chileno, representan formas de comportamiento delictivo cuyo específico contenido de injusto se corresponde, diferenciadamente, con un menoscabo de un (único) bien jurídico que cabe identificar como la “indemnidad sexual” de la víctima respectiva¹. En el marco de ese trabajo he procurado demostrar, asimismo, que tal comprensión de los delitos de violación, tal como ellos se encuentran tipificados bajo el Código Penal chileno, es consistente con su caracterización como delitos de penetración. El propósito de la presente ponencia es desarrollar más exhaustivamente el argumento, también propuesto en ese trabajo, a favor de la tesis de que, en cuanto delito de penetración, la violación debe ser entendida como un delito de propia mano², lo cual supone, como es obvio, clarificar la aparentemente muy oscura noción de delito de propia mano.

La premisa sustantiva que ofrece sustentación ética a la configuración de los delitos de violación como delitos de penetración consiste en la caracterización de los mismos como delitos de objetualización³. Siguiendo a Gardner y Shute, empero, esta conexión es contingente, en el sentido de que ella sólo es reconocible en atención a un determinado marco de significación sociocultural. Pues como ellos mismos observan:

¹ MAÑALICH (2014a), *passim*.

² Al respecto MAÑALICH (2014a), pp. 44 ss.

³ GARDNER y SHUTE (2000), pp. 209 ss.

El especial simbolismo de la violación penetrativa está asociado muy de cerca, en nuestra cultura, con el especial simbolismo de la actividad sexual penetrativa. Ese último simbolismo quizá esté sobre-romantizado. [...] Pero sea como sea, el hecho de que el sexo penetrativo sea considerado como teniendo esa significación efectivamente le confiere esa significación, por la vía de modificar su significado social. 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-objeto⁴.

Lo que interesa ahora, empero, es hacer explícita la posible implicación “gramatical” de semejante clarificación “semántica” del estatus de la violación en cuanto “delito de penetración”. Bajo el derecho chileno vigente, y como habrá de demostrarse en lo que sigue, la violación tiene que ser entendida como un delito de propia mano⁵. Aquí es imprescindible enfatizar que esta última caracterización de la violación es estrictamente relativa al derecho chileno vigente. Pues que un delito exhiba la estructura de un delito de propia mano no puede sino estar determinado por su específica configuración típica⁶. Y en la medida en que el o los tipos de acción sometidos a prohibición *sub specie* violación queden especificados a través de descripciones construidas sobre la forma verbal “acceder carnalmente”, se impone la caracterización de un delito consistente en el quebrantamiento de semejante prohibición como un delito de propia mano. (Ciertamente: la caracterización de la violación como un delito de propia *mano* no sólo es metafórica, sino eufemística, en razón de que –como habrá de examinarse más abajo– no es precisamente la “mano” del autor aquello cuya situación espacial puede adquirir relevancia típica).

Por ende, lo mismo ha de ser predicable, por de pronto, de cualquier delito cuya tipificación descansa en semejante descripción nuclear. Bajo el derecho chileno, ello sucede tratándose del estupro (art. 363), así como de la sodomía de un varón

⁴ GARDNER y SHUTE (2000), p. 210.

⁵ Véase al respecto, y críticamente, RODRÍGUEZ COLLAO (2015), pp. 214 ss.

⁶ Aquí puede ser ilustrativo el desacuerdo constatable entre HÄLSCHNER (1884), pp. 229 s., quien negaba a la violación tipificada en el § 177 del RStGB el carácter de delito de propia mano, y BINDING (1915), pp. 265 ss., quien le reconocía tal carácter; véase también BINDING (1902), pp. 200 s., con n. 1. Si bien Binding tiene razón en insistir en los antecedentes que avalan la caracterización de la violación como delito de propia mano en la historiografía jurídico-penal, en lo tocante a su tipificación bajo el RStGB hay que dar la razón a Hälschner. Pues bajo el ya mencionado § 177, una de las modalidades de la violación (*Notzucht*) consistía en coaccionar a una mujer, mediante violencia o amenaza de un peligro actual para el cuerpo o la vida, a tolerar un coito extramatrimonial; acertadamente en contra del argumento de Binding se posiciona ya HERZBERG (1970), pp. 932 ss. La cuestión no se presenta del mismo modo tratándose de una tipificación que circunscribe la violación a un “acceso carnal”, lo cual es pasado por alto en MAÑALICH (2011), p. 92, n. 192.

menor de 18 años (art. 365). Notablemente, la fórmula del acceso carnal es ajena a la tipificación del incesto (art. 375), lo cual hace posible sostener que la acción sometida a prohibición consiste aquí en *tomar parte en un coito* (vaginal) con una persona con quien se está emparentado por consanguinidad o bien en la línea recta o bien en el segundo grado de la línea colateral⁷. Ciertamente, lo anterior deja intacto el estatus del incesto como delito de propia mano, en la medida en que una acción consistente en tomar parte en un coito (vaginal) satisfaga las propiedades estructurales que convierten a la tipificación de la ejecución u omisión de una acción de cierta índole en la tipificación de un delito de propia mano.

II. “AUTOINVOLUCRAMIENTO EJECUTIVO” COMO MARCA TÍPICA

Según ya se anticipara, la consideración determinante para ello es de naturaleza lógico-gramatical, lo cual significa: se trata de una consideración referida a la *estructura* de toda acción que satisface una descripción así formulada⁸. En efecto, una acción que satisface una descripción construida sobre la forma verbal “acceder carnalmente” es una acción cuya *ejecución* es necesariamente “auto-involucrante”, esto es, cuya ejecución necesariamente conlleva una alteración de la situación (corporal) del propio agente⁹. Ello también es predicable, *mutatis mutandis*, de una acción que satisface la descripción “entrar en (una) morada ajena”, la cual es legislativamente utilizada para tipificar la violación de domicilio (o allanamiento de morada), que justamente también exhibe la estructura de un delito de propia mano¹⁰.

En tal medida, se trata aquí de acciones cuya estructura no deja espacio para que, *en su ejecución*, el agente pueda verse “representado” a través de la agencia de alguna otra persona¹¹, lo cual resulta estrictamente determinado, empero, por las descripciones que especifican los tipos de acción de cuya ejemplificación se

⁷ Al respecto, véase MAÑALICH (2011), p. 91.

⁸ Ello es agudamente detectado por SOLER (1992), pp. 308 s., con n. 14, aunque identificando la peculiaridad lógico-gramatical aquí involucrada con un dato de la “gramática superficial” del castellano, consistente en que verbos como “acceder”, “entrar” y “penetrar” cuentan como intransitivos, en tanto carecen de acusativo (o “complemento directo”). La observación de Soler ha sido previamente recogida por GUZMÁN DALBORA (2000), p. 218, n. 47, así como por CARRASCO (2007), p. 145, n. 27.

⁹ Véase BENNETT (1988), pp. 221 ss., quien argumenta en referencia al verbo “patear” (*to kick*); al respecto, también MOORE (1993), pp. 227 ss.

¹⁰ Véase GUZMÁN DALBORA (2007), pp. 16 s., para una escueta pero sugerente comparación de la estructura típica de los delitos de violación y de allanamiento de morada en tal sentido.

¹¹ Fundamental ya BINDING (1915), pp. 265 ss., 270; coincidentemente KADISH (1985), pp. 372 ss., quien en el contexto de la literatura angloamericana acuñó la noción de *non-proxyable crimes*, que es el equivalente exacto de la noción de delitos de propia mano.

trata¹². Es esto —y sólo esto— lo que determina que el quebrantamiento de una norma que prohíbe una acción *ejecutivamente* “auto-involucrante” sólo pueda resultar imputable a título de autoría directa¹³, quedando a su respecto descartadas, en consecuencia, la autoría mediata y la coautoría¹⁴.

Para evitar posibles malentendidos, es importante advertir la divergencia estructural que cabe reconocer entre tipos de acción *ejecutivamente* “auto-involucrante” y tipos de acción *resultativamente* “auto-involucrante”, pues sólo el quebrantamiento de una norma que prohíbe (o requiere) una acción de la primera clase puede ser constitutivo de un delito de propia mano. Un ejemplo de la segunda categoría lo provee cualquier subtipo de acción autolesiva, como lo es el tipo de acción sometido a la prohibición cuyo quebrantamiento imputable es punible bajo el art. 295 del Código de Justicia Militar, cuyo inc. 1º dispone:

El que, por su propia voluntad y con el objeto de sustraerse de sus obligaciones militares, se mutilare o se procurare una enfermedad que le inhabilite para el servicio, aunque sea temporalmente, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

En tanto instancia de autolesión (*lato sensu*), la acción cuya ejecución es aquí delictiva cuenta como resultativamente “auto-involucrante”, lo cual deja intacta la posibilidad de una autoría mediata¹⁵. Pues es ciertamente posible que la ejecución de una acción constitutiva de mutilación de un miembro de X sea imputable al propio X, aun cuando esa acción haya sido ejecutada por Y. En tal caso, y de haber pretendido X “sustraerse de sus obligaciones militares” por tal vía, éste podría ser autor mediato del delito así tipificado.

Ello se deja afirmar con independencia de cómo tenga que ser respondida la pregunta acerca de la eficacia de un eventual consentimiento de X en la mutilación de propia mano efectuada por Y. Pues esto último sólo tiene importancia

¹² Como aquí ya JOERDEN (1988), pp. 82 ss., 84.

¹³ El criterio del carácter ejecutivamente “auto-involucrante” como marca del correspondiente tipo de acción, aquí propuesto, se corresponde con ninguno de los criterios, ya sea “formales” o “materiales”, que tradicionalmente son invocados en la defensa o la impugnación de la categoría misma de los delitos de propia mano. En la segunda dirección, véase la ilustrativa exposición de GÓMEZ MARTÍN (2006), pp. 15 ss.

¹⁴ En contra de lo sugerido por GÓMEZ RIVERO (2006), pp. 106 ss., 110 s., la exclusión de la posibilidad de una autoría mediata es totalmente independiente de la pregunta de si, tratándose de un delito de propia mano, puede resultar operativa la estructura de imputación de la *actio libera in causa*, pregunta cuya respuesta —al menos bajo el así llamado “modelo de la excepción”— sólo puede ser afirmativa; acertadamente ya JOERDEN (1988), pp. 85 s.

¹⁵ El punto es claramente detectado por HERZBERG (1970), pp. 921 ss., cuyo recurso a la categoría de “delitos auto-referidos” para caracterizar un subconjunto de la totalidad de los delitos que él identifica como de propia mano no alcanza a dar cuenta, empero, de la distinción entre un “auto-involucramiento ejecutivo” y un “auto-involucramiento resultativo”.

para establecer si la acción de Y queda sometida a la prohibición de la mutilación de un miembro corporal *de otro*, en circunstancias de que sólo respecto de X se plantea la eventual imputabilidad del delito (de *auto-lesión*) tipificado en el art. 295 del CJM; a este último respecto, Y se encuentra en la posición de una persona (“de adelante”) respecto de la cual la respectiva norma prohibitiva no resulta situacionalmente aplicable, tal como ello también sucede, *mutatis mutandis*, en los casos de “autolesión del instrumento” y de “actuación de un instrumento no cualificado”¹⁶. En cualquier caso, que la imputabilidad a título de autoría mediata del delito tipificado en el art. 295 del CJM sea constructivamente posible muestra que aquí *no* se trata de un delito de propia mano.

Nótese, de paso, que la distinción entre tipos de acción ejecutiva y resultativamente autoinvolucrante es determinante, asimismo, para clarificar el estatus del delito de bigamia: en la medida en que esté jurídicamente prevista la posibilidad de contraer matrimonio a través de la intervención de un mandatario, tal como lo declara el art. 103 del Código Civil, es claro que la acción de contraer matrimonio es sólo *resultativamente*, mas no *ejecutivamente*, “auto-involucrante”. Ello significa que esa acción puede ser ejecutada, “de propia mano”, por una persona distinta de quien –en tal caso: por vía de representación– en efecto funge como contrayente del matrimonio, lo cual vuelve constructivamente viable una bigamia en autoría mediata. Al menos bajo el derecho chileno, entonces, la bigamia *no* es un delito de propia mano. No está de más advertir que, invertidamente, la misma consideración lleva a Herzberg a caracterizar, con razón, el delito de declaración falsa por testigo o perito, tipificado en el § 153 del StGB, como un delito de propia mano, justamente en atención a que –bajo el derecho alemán– no es posible prestar semejante declaración a través de otro¹⁷.

Tratándose de una violación, la alteración que la ejecución (exitosa) de la acción constitutiva del acceso carnal conlleva para la situación corporal del agente resulta ser el correlato estricto de la alteración de la situación corporal de la víctima, siendo esta última constitutiva de la correspondiente lesión de su indemnidad sexual (por vía de penetración). Y por supuesto, es del todo correcto caracterizar esta última alteración como un “resultado” (lesivo)¹⁸, siempre que no se pierda de vista que la descripción de una acción como constitutiva de un acceso carnal es una descripción “primitiva”, esto es, una descripción que identifica la acción en cuestión sin incorporar referencia a *consecuencia causal* alguna de esa misma

¹⁶ Acerca de los criterios para la fundamentación de una posible autoría mediata en tales casos, véase MAÑALICH (2010), pp. 405 ss., 407 ss.; MAÑALICH (2014b), pp. 153 ss.

¹⁷ HERZBERG (1970), pp. 943 ss.

¹⁸ Acertadamente JOERDEN (1988), pp. 83 s.

acción¹⁹. En pos de la clarificación del punto, considérese, por contraste, la descripción “matar a otro”, que especifica a una acción “mediada” y no primitiva, en cuanto se trata aquí de una descripción causalmente compleja: una acción identificada bajo la descripción “matar a otro” lo es en virtud de la referencia a una determinada consecuencia causal de esa acción, en circunstancias de que esa *misma* acción podría ser identificada bajo una descripción alternativa –verbigracia: “disparar un arma de fuego” o “lanzar una roca”, etc., según corresponda– que no incorporase referencia alguna a tal consecuencia.

En tal medida, la violación se deja entender –al igual que el hurto– como un delito de *resultado intrínseco*²⁰. Especialmente indicativo 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). Pues mientras la acción de X, consistente en producir la muerte de Y, es un evento distinto de la muerte de Y producida por X, la acción de X, consistente en acceder carnalmente a Y, *no* es un evento distinto del acceso carnal padecido por Y “a manos” de X.

III. LA DEMOSTRACIÓN DE LA TESIS: EL CASO DEL “PICADO DE LA ARAÑA”

Un aspecto determinante de la clarificación aquí propuesta de la categoría de los delitos de propia mano es el siguiente: la proposición de que lo distintivo de los delitos de propia mano sería que la realización del correspondiente tipo-de-hecho-punible sólo resulta imputable a título de autoría directa –y no, en cambio, a título de autoría mediata o de coautoría– es equívoca, y no porque ésa no sea una implicación de la caracterización de un delito como delito de propia mano, sino precisamente porque se trata de una *implicación*. Dicho en otros términos: una vez que sabemos que un delito cualquiera tiene la estructura típica de un delito de propia mano, podemos extraer de ello la *consecuencia* de que la imputación de la realización del respectivo tipo sólo podrá tener lugar a título de autoría directa. Esto significa, empero, que lo que convierte a un delito en uno de propia mano no es la circunstancia de que el mismo sólo pueda conocer la autoría directa como forma de autoría, pues esto último es algo que se sigue, meramente, de esa misma caracterización.

Para ilustrar el punto, quisiera permitirme someter a análisis el siguiente caso, que propongo denominar “el caso del picado de la araña”:

¹⁹ Véase al respecto (2012), pp. 676 ss., 679 ss.; MAÑALICH (2014b), pp. 67 ss., con referencias ulteriores.

²⁰ Véase MAÑALICH (2014b), pp. 32 ss., con nota 62.

Desde hace un tiempo, A se dedica a coleccionar arañas (vivas) de la más diversa índole, entre las cuales figura un ejemplar de “araña bananera”, cuya mordida, además de ser venenosamente letal, puede producir priapismo; imaginemos que este último efecto habría de consistir, característicamente, en que el individuo “picado” por la araña en cuestión sufrirá una erección cuya duración superará, dolorosamente, un lapso de 4 horas. Sobre esta base, A decide poner a prueba el poder de su arácnido, logrando que éste muerda a B, a quien A ha secuestrado para tal efecto. Una vez producida la mordida, A procede a narcotizar a B, dejándolo en estado de inconsciencia. Tras constatar la erección exhibida por el miembro de B, A desplaza a éste –todavía inconsciente– hasta la habitación donde se encuentra C, a quien A también ha secuestrado. Tras amarrar a C en una posición de piernas abiertas, A procede a montar a B –que sigue mostrando la erección– sobre C, para entonces empujar el cuerpo del primero, cuyo miembro ingresa por la cavidad rectal del segundo, repitiéndose la maniobra por algo más de un minuto.

Lo crucial aquí es reparar en lo desafortunado que resultaría identificar, sin más, la pregunta de si la violación es un delito de propia mano con la pregunta de si, dadas las circunstancias del caso, se ven satisfechas las condiciones de las cuales dependería que, en referencia a la penetración padecida por C, a A pudiera imputarse la realización del tipo de la violación, a título de autoría directa. Pues es manifiesto que, en tanto que A ha puesto a B en la situación de *vis absoluta* bajo cual tiene lugar la introducción del miembro de B en la cavidad anal de C, esa introducción del miembro de B en el recto de C es imputable a A *qua* autoría directa. Pues la plena falta de capacidad física de evitación de esa penetración, por parte de B, determina que la utilización que A hace del cuerpo de B sea en todo idéntico a la utilización que A podría hacer de cualquier objeto corporal inanimado, sin que quepa caracterizar la posición de B como la posición de una “persona de delante” en el sentido de una posible autoría mediata de A en referencia al comportamiento de B. Pues el sentido (metafórico) en que, tratándose de una autoría mediata, la persona de delante aparece como “instrumento” de la persona de atrás supone que la primera venga en consideración como un *agente* en quien se presenta un déficit de responsabilidad jurídico-penal²¹.

Pero es justamente esta observación la que ofrece la clave para detectar el problema: si en vez de haber introducido el miembro de B por la cavidad anal de C, A hubiese en efecto introducido un objeto cualquiera, sería manifiesta la imposibilidad de plantear una imputación a A de un comportamiento constitutivo de violación, precisamente porque en tal caso no se dejaría predicar de A que él haya accedido carnalmente a C. Y lo mismo tiene que valer, entonces, de cara al caso originalmente propuesto: si bien C ha padecido un acceso carnal, este acceso carnal no ha involucrado corporalmente a A, de modo tal que de A no puede decirse que haya penetrado a C.

²¹ Al respecto MAÑALICH (2010), pp. 394 s.; MAÑALICH (2014b), pp. 79 s.

Esto muestra que la caracterización de la violación como un delito de propia mano no concierne directamente, sino sólo indirectamente, a las formas de intervención como estructuras de imputación de la realización del tipo; antes bien, semejante caracterización de la violación concierne, por de pronto, a la especificación del objeto mismo de la imputación, en el sentido de que la acción sometida a prohibición por la norma de comportamiento respectiva es una acción cuya especificación semántica la hace ejecutivamente autoinvolucrante. En tal medida, se trata de una caracterización estrictamente determinada por la estructura típica del delito en cuestión. Lo cual quiere decir: se trata de una caracterización que es relativa a un dato de la “parte especial”, que lleva a una reducción de las posibles formas de autoría a la autoría directa como implicación para la “parte general”. Ello muestra, de paso, que en contra de un muy pernicioso lugar común de la dogmática contemporánea, la parte especial es, en sentido funcional, lógicamente primaria frente a la parte general²².

IV. LA VIOLACIÓN COMO DELITO COMÚN: LA IRRELEVANCIA DEL SEXO DEL AGENTE PENETRADOR PARA LA ADSCRIPCIÓN DE AUTORÍA

Como último punto, quisiera sostener que la caracterización de la violación como un delito de propia mano es *conceptualmente* independiente de cuál haya de ser la respuesta a la pregunta de si una mujer pudiera ser autora (directa) de un delito de violación. Pues esa pretendida conexión conceptual se deja poner en cuestión por dos vías diferentes.

Por un lado, que la violación sea un delito de propia mano no implica que la acción sometida a prohibición *necesariamente* tenga que ser identificada con una acción de *penetración*. En efecto, que el argumento a favor de esa caracterización de la violación sea de índole lógico-gramatical precisamente lleva a que tal caracterización se sostenga con (relativa) independencia de cuál sea la mejor interpretación de la expresión “acceder carnalmente”. Así, por ejemplo, la tesis defendida por Garrido, según quien tal expresión “no limita la acción a la penetración del órgano viril mediante una conducta activa del varón, sino que la extiende –entre otros casos– a la de una mujer que introduce ella misma el referido órgano a su vagina, ano o boca”²³, es igualmente compatible con la comprensión de la violación como un delito de propia mano. Pues bajo esa misma propuesta interpretativa, la acción constitutiva de acceso carnal sigue siendo ejecutivamente autoinvolucrante.

Por supuesto, ello no quiere decir que la propuesta interpretativa de Garrido se sostenga. Pues su tesis es incapaz de dar cuenta de la sintaxis no ya de la expresión

²² Al respecto MAÑALICH (2009), pp. 77 ss., con referencias posteriores.

²³ GARRIDO (2010), p. 275. En igual sentido argumenta CARNEVALI (2001), pp. 14 ss.

“acceder carnalmente”, sino de la expresión “acceder carnalmente *por vía* vaginal, anal o bucal”²⁴. En efecto, la sintaxis de esta última formulación sugiere que la vagina, el ano y la boca de una persona vienen en consideración como las cavidades que pueden fungir como las vías de acceso carnal *a ella*, esto es, como cavidades localizadas *en el cuerpo* de la persona accedida²⁵. En tal medida, y bajo la hipótesis de la falta de identidad entre la persona accedente y la persona accedida²⁶, esa misma sintaxis resultaría trastocada, por vía de inversión, si la persona carnalmente accedida, en el marco de la *específica instancia de penetración* constitutiva del respectivo acceso carnal, pudiera simultáneamente ocupar el lugar de la persona accedente²⁷. Esto último deja a salvo la posibilidad de que X acceda carnalmente a Y y a la vez que Y accede carnalmente a X, como sucedería si X e Y se practicasen felaciones recíprocas: quien padece la respectiva felación accede carnalmente por vía bucal a quien practica la felación, y viceversa. Aquí se trataría, empero, de una conjunción de dos accesos carnales simultáneos, con lo cual la *asimetría* de la relación designada por la expresión “acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal” se ve preservada.

Es justamente un desconocimiento de la asimetría que caracteriza a una relación indicada por la forma verbal “X accede carnalmente a Y” lo que resulta plásticamente expresado en la jerga de la así llamada “violación inversa”, tal como ella es empleada por Carrasco²⁸. Éste yerra, empero, al sostener que en los casos así designados, y que son aquellos en los cuales se plantea la pregunta por el estatus eventualmente delictivo del comportamiento de una persona que logra que otra acceda carnalmente a ella, la persona carnalmente accedida no podría ser autora de un delito de abuso sexual en contra de la persona accedente²⁹. Pues incluso concediendo –por mor del argumento– que fuese correcta la interpretación de la cláusula “distinta del acceso carnal”, tal como ésta figura en los arts. 366 y 366

²⁴ Acertadamente a este CARRASCO (2007), pp. 144 ss.

²⁵ Por lo demás, el hecho de que GARRIDO (2010), p. 275, defina la expresión “acceder carnalmente” en el sentido de “los actos destinados a realizar la cópula” confirma lo inviable de su propuesta. Pues en la medida en que por “acceso carnal” no quepa sino entender la cópula en cuestión, esa definición termina siendo no sólo técnicamente deficiente, sino también viciosamente circular.

²⁶ Más allá de cuáles sean las posibilidades gimnásticas para la autopenetración –cabría asumir: por vía anal o bucal– de una persona, la expresión “acceder carnalmente a” parece designar, en el contexto de la regulación jurídico-penal, una relación *irreflexiva*: X no puede *acceder* carnalmente a X.

²⁷ Asumir que una persona que es vaginal, anal o bucalmente penetrada por otra no ejecutaría acción sexual alguna en su posición de tal, en razón de la “pasividad” de esta misma posición en el contexto del respectivo contacto sexual, supondría validar una caricatura sexista, heteronormativamente impuesta; véase MAÑALICH (2011), pp. 84 ss., 92 s.

²⁸ CARRASCO (2007), p. 141

²⁹ CARRASCO (2007), pp. 147 ss.

bis, como expresando un “elemento negativo del tipo” de las respectivas variantes de abuso sexual (y no como una cláusula de subsidiariedad expresa para la fundamentación del carácter aparente del eventual concurso entre violación y abuso sexual), la conclusión alcanzada por Carrasco traiciona su propio argumento concerniente a la interpretación “gramatical” del concepto de acceso carnal: si sólo de la persona que penetra a otra por la correspondiente cavidad se deja decir que accede carnalmente a ésta, y no al revés, entonces nada obsta a que de la persona carnalmente accedida sea predicable la ejecución de alguna acción sexual (en el sentido del art. 366 ter) que sea coincidente con su “padecimiento” de la penetración en cuestión.

Pero, por otro lado, incluso si la caracterización de la violación como un delito de propia mano es combinada con –la correcta premisa adicional consistente en– una interpretación de la descripción “acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal” como especificando un tipo de acción consistente en la penetración de alguna de esas tres cavidades corporales ya mencionadas, de ello no se sigue que sólo un hombre pueda ser autor (directo) de un delito de violación³⁰. Pues con arreglo a esa misma interpretación, para que una persona esté en situación de poder acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal a otra basta con que la primera sea, en el momento relevante, “falo-portadora”³¹. Y conceptualmente al menos, no cabe descartar la posibilidad de que una persona cuyo organismo exhiba alguna variante específica de intersexualidad –otrotra calificada como “hermafroditismo”– hubiera de ser clasificada, bajo una taxonomía comprometida con la tesis de la sexualidad binaria, como un individuo de sexo femenino, no obstante “estar dotado” de un órgano genital masculino³². En la medida en que esa persona llegue a estar en posición de penetrar a otra por vía vaginal, anal o bucal, ella ciertamente podrá ser autora de un delito de violación.

³⁰ Así empero la doctrina chilena ampliamente mayoritaria: LABATUT (2005), p. 137; ETCHEBERRY (1998), pp. 57 s.; GUZMÁN DALBORA (2000), p. 217; RODRÍGUEZ COLLAO (2015), pp. 186 s.; POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2004), pp. 242 s. Lo generalizado de la desafortunada inferencia de la supuesta “restricción del sujeto activo” a partir de la correcta interpretación de “acceso carnal” como equivalente a “penetración” quizá resulte explicable por la errada asimilación a veces sugerida entre la categoría de los delitos sexuales y la categoría de los delitos especiales; acertadamente en contra ya HERZBERG (1970), pp. 914 ss., 920.

³¹ En este contexto, y *pace* LACAN (2006), pp. 575 ss., 579, los términos “pene” y “falo” son tenidos por semánticamente equivalentes.

³² Véase al respecto HIRD (2004), pp. 122 ss., quien entre otras variantes de intersexualidad menciona la “virilización inducida por progestina”, que llevaría a que “un infante de sexo femenino pueda nacer con un clítoris alargado, o pene completo” (p. 124). Acerca de las implicaciones de ello de cara a la diferenciación misma de las nociones de “sexo” (en tanto categoría biológica) y “género” (en tanto categoría cultural), véase MAÑALICH (2011), pp. 75 ss., 81 ss., con ulteriores referencias.

V. CONCLUSIÓN: LEGALIDAD COMO DESIDERÁTUM

Para cerrar, cabe hacer explícito lo que cabría llamar la moraleja del planteamiento que se ha intentado defender aquí: la caracterización de la violación como un delito de propia mano se encuentra impuesta por la estructura gramatical de su tipificación. Desde luego, es enteramente concebible que la protección dispensada por la norma de comportamiento implícitamente reconocible en la norma de sanción en la que se plasma esa tipificación pueda resultar insuficiente. Pero del hecho que las propiedades lingüísticas de la formulación de una norma de sanción en efecto determinen la extensión del ámbito de punibilidad demarcado por la correspondiente decisión de tipificación depende, en efecto, que todavía tenga alguna fuerza la pretensión de que la aplicabilidad de tal norma de sanción satisfaga aquello que tradicionalmente identificamos con una operación de subsunción: *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BENNETT, Jonathan (1988), *Events and Their Names* (Oxford, Clarendon Press).
- BINDING, Karl (1902), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, tomo I, 2ª ed. (Léipzig, Wilhelm Engelmann).
- _____ (1915), *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, tomo I (Múnich y Léipzig, Duncker & Humblot).
- CARNEVALI, Raúl (2001), La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica, en: *Gaceta Jurídica* (Nº 250), pp. 13-18.
- CARRASCO, Edison (2007), El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales, en: *Ius et Praxis* (año 13, Nº 2), pp. 137-155.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1998), *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., tomo IV (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GARDNER, John y SHUTE, Stephen (2000), *The Wrongness of Rape*, en: *Order, Oxford Essays in Jurisprudence. 4th Series* (Oxford, Oxford University Press), pp. 193-217.
- GARRIDO, Mario (2010), *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo III, 4ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2006), Pertenencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2ª época, Nº 17), pp. 11-43.
- GÓMEZ RIVERO, Carmen (2006), ¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?, en: *Revista Penal* (Nº 18), pp. 102-123.

- GUZMÁN DALBORA, José Luis (2000), Aprobación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile, en: *Anuario de Derecho Penal* (año 1999-2000), pp. 201-244. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1999_11.pdf [visitado el 1.04.2014].
- _____ (2007), Estudios y defensas penales, 2ª edición (Santiago, LexisNexis).
- HÄLSCHNER, Hugo (1884), Das gemeine deutsche Strafrecht, tomo II (Bonn, Adolph Marcus).
- HERZBERG, Rolf Dietrich (1970), Eigenhändige Delikte, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (vol. 82), pp. 896-947.
- HIRD, Myra (2004), Sex, Gender, and Science (Houndmills y Nueva York, Palgrave MacMillan).
- JOERDEN, Jan (1988), Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen (Berlín: Duncker & Humblot).
- KADISH, Sanford (1985), Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine, en: *California Law Review* (vol. 73), pp. 323-410.
- LABATUT, Gustavo (2005), Derecho Penal, 7ª ed., tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LACAN, Jacques (2006), *Écrits* (Traducc. Bruce Fink, Nueva York y Londres, W.W. Norton & Company).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2009), Nötigung und Verantwortung (Baden-Baden, Nomos).
- _____ (2010), La estructura de la autoría mediata, en: *Revista de Derecho PUCV* (vol. 34), pp. 385-414.
- _____ (2011), Ontología sexual y derecho penal, en: Centro de Estudios Críticos Universitarios, *En Reversa* (Santiago, Párrafo), pp. 75-95.
- _____ (2012), El concepto de acción y el lenguaje de la imputación, en: *DOXA* (vol. 35), pp. 663-690.
- _____ (2014a), La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno, *Ius et Praxis* (año 20, N° 2), pp. 21-70.
- _____ (2014b), Norma, causalidad y acción (Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo; Marcial Pons).
- MOORE, Michael (1993), Act and Crime (Oxford, Oxford University Press).
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2004), *Leciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2015), *Delitos sexuales*, 2ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SOLER, Sebastián (1992), *Derecho Penal Argentino*, tomo III (4ª edición, Buenos Aires, Tea).