

Trabajo recibido el 15 de abril y aprobado el 9 de julio de 2014

La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno Una reconstrucción desde la teoría de las normas*

RAPE AS OFFENCE AGAINST SEXUAL INDEMNITY UNDER CHILEAN CRIMINAL LAW
A NORM-THEORETICAL RECONSTRUCTION

JUAN PABLO MAÑALICH R.**

RESUMEN

El artículo ofrece una reconstrucción sistemática de la regulación legal de la violación en el marco del derecho chileno, desde el punto de vista de la teoría de las normas. La tesis central consiste en que una violación punible bajo el art. 361 y una violación punible bajo el art. 362 se corresponden con el quebrantamiento de dos prohibiciones diferentes, pero que protegen un mismo bien jurídico.

ABSTRACT

The article offers a systematic reconstruction of the regulation of rape crimes under Chilean law, from the point of view of the theory of norms. The central claim is that rape punishable under art. 361 and rape punishable under art. 362 are to be understood as the breach of two different prohibitions, which share the same protection aim.

PALABRAS CLAVE

Delitos de violación, Teoría de las normas, Libertad sexual e indemnidad sexual

KEYWORDS

Rape offences, Theory of norms, Sexual liberty and sexual indemnity

La utilización múltiple de una norma para la formación de leyes penales exhibe por de pronto la divergencia de que o bien los tipos de las varias leyes penales están todos ellos formados a partir de la contravención de la misma norma, o bien que una parte de estas contravenciones es usada en conjunción con el quebrantamiento de otras normas diversas para la construcción de leyes penales.

(Binding, Die Normen und ihre Übertretung I.)

* El trabajo se inserta en el Proyecto Fondecyt N° 11110274, titulado "La ontología del hecho punible". Agradezco la colaboración editorial de Alejandra Olave Albertini e Ítalo Reyes Romero, ayudantes *ad honorem* del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, así como la muy generosa ayuda prestada por Javier Contesse Singh, becario del DAAD y candidato a doctor por la Universidad de Bonn, en la obtención de una parte de la bibliografía.

** Profesor asociado del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (Santiago, Chile). Doctor en derecho (Universidad de Bonn, Alemania). Correo electrónico: jpmanalich@derecho.uchile.cl.

Para los fines del derecho penal, las normas singulares no necesitan de una formulación exacta, tarea que por lo demás constituiría un trabajo de Sísifo.

(Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*.)

1. La disputa teórica: Beling versus Binding

Entre las múltiples objeciones dirigidas en contra de la propuesta de una teorización estrictamente normológica del derecho penal, construida sobre la distinción fundamental entre normas de comportamiento –en la terminología de Binding: “normas” a secas– y normas de sanción –en la terminología de Binding: “leyes penales”–¹, que Binding fuera construyendo a partir del año 1872, cuando apareciese publicada la primera edición del tomo primero de su monumental *Die Normen und ihre Übertretung*, hay una cuyo refinamiento parece situarla por debajo de la línea de flotación sobre la cual usualmente navega la literatura secundaria. Ciertamente, parece más provocativo sostener que “[l]a teoría de las normas de Binding conduce al exterminio de seres humanos indefensos por el Estado”², o bien que las normas de la primera clase no podrían exhibir el estatus de normas jurídicas, sino sólo de “normas de la cultura”³, que sostener que la dificultad capital que enfrenta esa distinción, por más exacta e irrenunciable que ella sea en términos puramente conceptuales⁴, es de índole estrictamente operativa, a saber: la dificultad concerniente a la *individuación* de las normas de comportamiento cuyo quebrantamiento es eventualmente punible.

Esta última es, en efecto, la objeción que en su igualmente monumental *Die Lehre vom Verbrechen*, del año 1906, Beling dirigiera en contra de la “teoría de las normas” de Binding⁵. En lo fundamental, la objeción de Beling descansa en la consideración de que la o las normas cuya contravención puede fundamentar la ilicitud predicable del comportamiento constitutivo del respectivo hecho punible serían resistentes a cualquier ejercicio de individuación, hasta el punto de que no serían “las normas singulares detalladas aquello con lo cual uno tiene que trabajar, sino la normalidad o no-normalidad de la acción en cuanto tal”⁶. Pues el hecho de que la gran mayoría de las normas de comportamiento carezca de

¹ Véase BINDING (1922), pp. 3 y ss., 35 y ss., 132 y ss.

² Así en el estudio introductorio de Naucke en BINDING y HOCHÉ (2006), pp. ix ss., lli, en referencia al opúsculo en el cual Binding y el médico Alfred Hoche abogaran por la permisibilidad de la destrucción de la vida “sin valor de vida”.

³ Así MAYER (1903), pp. 14 y ss.; MAYER (1915), pp. 19 y ss., 37 y ss. Al respecto, véase el ilustrativo estudio de GUZMÁN DALBORA (2010), pp. 1 y ss.

⁴ Así BELING (1906), pp. 115 y ss., 127 y ss.

⁵ Véase BELING (1906), pp. 117 y ss.

⁶ BELING (1906), p. 118.

formulación legislativa explícita llevaría a que sea imposible tener certeza acerca de *cuáles* son esas normas, con lo cual éstas devendrían inservibles desde el punto de vista de su posible “aplicación práctica”⁷.

Desde luego, hay que conceder sin más a Beling que, para la praxis jurídico-penal, las normas de comportamiento carecen de relevancia directa⁸. Precisamente en esto consiste el hecho de que –en la terminología de Hart– las normas de comportamiento, en tanto *reglas primarias de obligación*, cuenten como razones para la omisión o la ejecución de acciones a ser situacionalmente “auto-aplicadas” por la generalidad de sus destinatarios, en circunstancias de que son las normas de sanción, en tanto *reglas secundarias de adjudicación*, las que reciben aplicación institucionalizada por parte del cuadro de funcionarios competente para ello⁹. Y también hay que dar razón a Beling en cuanto a que cada especie de hecho punible queda estrictamente determinada por el “tipo de la ley penal” correspondiente¹⁰. La pregunta es, más bien, si acaso cabe descartar de buenas a primeras la posibilidad de que la correcta aplicación de una o más normas de sanción penal eventualmente dependa de una correcta –y esto quiere decir también: exacta– individuación de la o las normas de comportamiento por ellas reforzadas.

Aquí se defenderá la tesis de que –pace Beling– esto último es efectivamente el caso. Pues la renuncia a la individuación de las correspondientes normas de comportamiento, por más ardua e intrincada que pueda ser esta tarea¹¹, supone renunciar a la distinción misma entre los presupuestos de la *antinormatividad* y los presupuestos de la *punibilidad* de un comportamiento con potencial relevan-

⁷ BELING (1906), p. 117. Notablemente, sin embargo, Beling añade –tres páginas más adelante (pp. 121 y s.)– que la objeción no depende de la circunstancia de que las normas no se encuentren legislativamente formuladas, pues aun de ser este último el caso habría que asumir la posibilidad de que las normas así formuladas fuesen o bien agrupadas en (un menor número de) normas de nivel superior, y así sucesivamente hasta alcanzar una “única norma omnicompreensiva”, o bien disgregadas en (un mayor número de) normas de nivel inferior, lo cual obstaría a la viabilidad de cualquier “tipificación” (Vertypung) exacta. Si bien Beling advierte que exactamente al mismo procedimiento de unificación o desmembramiento cabría someter los tipos (Tatbestände) de las normas de sanción, sostiene que ello deja intacto que los tipos así obtenidos carecerían de toda relevancia para la fundamentación de la tipicidad bajo la correspondiente “ley penal”, mientras que cada norma obtenida por agrupación o disgregación sería una nueva “proposición jurídica”. Esto último es manifiestamente falso, empero, en la medida en que –por mor del argumento– la formulación legislativa de la norma respectiva fungiera, en tal caso, como su criterio institucional de reconocimiento, tal como ello sucede tratándose de las normas de sanción con arreglo al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*.

⁸ Véase VOGEL (1993), pp. 32 y s.

⁹ En detalle al respecto MAÑALICH (2012 a), pp. 572 y ss., 580 y ss.

¹⁰ BELING (1906), pp. 118 y s.

¹¹ Como observa BELING (1906), p. 117, n. 2, la dificultad es abiertamente reconocida por Binding; véase BINDING (1922), pp. 46 y ss.

cia jurídico-penal, que Beling mismo no pone en cuestión¹². En efecto, sobre esta última distinción reposa la exacta demarcación bindingiana de los conceptos de *delito* y *hecho punible* o “crimen” (*Verbrechen*): mientras que por “delito” cabe entender el quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento, por “hecho punible” habría que entender un delito o una conjunción de delitos que satisface las ulteriores condiciones de las cuales pudiera depender su punibilidad, fijadas por la correspondiente norma de sanción y por las reglas que complementan¹³. Con ello, de la individuación de la norma de comportamiento respectivamente quebrantada dependerá la identificación del correspondiente “género delictivo”, cuya correspondiente extensión queda constituida por la totalidad de las instancias de quebrantamiento de esa misma norma¹⁴.

En lo que sigue se intentará demostrar que la demarcación de los presupuestos del carácter estrictamente delictivo frente a los presupuestos de la punibilidad de un comportamiento con relevancia jurídico-penal es irrenunciable. Para ello, el argumento se circunscribirá a un contexto regulativo sumamente acotado, a saber: la tipificación de las diversas variantes de violación que resultan punibles bajo los arts. 361 y 362 del Código Penal. Ello se explica por la circunstancia de que en este contexto puede ser especialmente reconocible la significación práctica de la distinción en cuestión, que concierne a la determinación del alcance de las exigencias de imputación subjetiva, y en particular del dolo. Pues tal como lo mostrara Binding, de la exacta diferenciación de los presupuestos de antinormatividad y los presupuestos de punibilidad depende la determinación de las circunstancias cuya representación es constitutiva del dolo del respectivo “delito-género”, lo cual significa: las circunstancias de cuya representación depende la imputabilidad del quebrantamiento de la norma en cuestión a título de dolo¹⁵. Y ciertamente: el éxito de esa demostración dependerá de que, en contra de lo sostenido por Beling, la individuación de las correspondientes normas de comportamiento no haya de responder nada más que “el gusto y el arbitrio” de quien la propone¹⁶, sino a criterios internamente conectados con los parámetros de legitimación teleológica de esas mismas normas. Pues de

¹² Véase BELING (1906), p. 52, n. 1.

¹³ BINDING (1922), pp. 194 y ss.; en detalle al respecto MAÑALICH (2011 a), pp. 89 y ss. La sustitución del término “crimen” por la expresión “hecho punible”, que aquí se favorece, se orienta a evitar toda posible confusión asociada al hecho de que, legislativamente, por “crimen” se entienda un hecho punible de especial gravedad penológica, tal como sucede bajo el derecho chileno.

¹⁴ Para este concepto de “delito-género” (*Gattungsdelikt*), véase BINDING (1902), pp. 5 y s.; BINDING (1922), p. 190.

¹⁵ Véase BINDING (1922), pp. 46 y s., n. 1; en detalle BINDING (1916), pp. 785 y ss., 802 y ss., 909 y ss.

¹⁶ BELING (1906), p. 121.

esto último depende, en efecto, que tenga sentido siquiera preguntarse si la individuación propuesta es *correcta*.

2. El esquema dualista

2.1. Libertad sexual versus indemnidad sexual

En relación con al menos una parte del catálogo de delitos tipificados bajo los párrafos 5º y 6º del Título VII del Libro II del Código Penal, cuyos epígrafes respectivamente rezan “De la violación” y “Del estupro y otros delitos sexuales”, no es inusual que se proponga una clasificación de los mismos en atención al específico bien jurídico (individual) cuyo menoscabo determinaría su correspondiente contenido de injusto. Esto vale especialmente en referencia al subconjunto de esa misma familia de delitos que agrupa a aquellos que exhiben la estructura de delitos de lesión¹⁷. A tal respecto, la distinción sistemáticamente capital sería aquella entre delitos que lesionan la libertad (o autonomía) sexual de la víctima en cuestión, por un lado, y delitos que lesionan su indemnidad (o intangibilidad) sexual, por otro. En lo que sigue, esta propuesta de reconstrucción de la regulación, por postular una duplicidad de objetos de protección, será designada como el “esquema dualista”¹⁸. En tanto especie de solución “pluralista” al problema de la identificación del objeto de protección de las normas de comportamiento cuyo quebrantamiento puede ser constitutivo de los delitos de violación, estupro y abuso sexual, el esquema dualista admite ser

¹⁷ Bajo el párrafo 6º del Título VII, y más allá de la determinación precisa del respectivo bien jurídico, tendrían que ser entendidos como delitos de peligro abstracto los siguientes: la producción de material pornográfico con utilización de menores de edad (art. 366 quinquies), el proxenetismo respecto de menores de edad (art. 367) y la obtención recompensada de servicios sexuales (art. 367 ter). A favor de esa interpretación de las disposiciones mencionadas se manifiesta decisivamente el hecho de que en ellas se hable –siempre en plural– de “menores de edad”, o bien de “menores de 18 años”, o bien de “mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad”, para caracterizar a los individuos sobre quienes ha de incidir la acción respectivamente sometida a prohibición. Técnicamente, en razón de esto, esos mismos individuos no ostentan el estatus de víctimas. Con ello –y con total independencia de lo que quepa decir al respecto en el marco de un discurso de *lege ferenda*– debería disiparse la perplejidad, apuntada por COX (2005), pp. 151 y s., así como por MAYER (2014), pp. 42 y s. asociada a la constatación de la aparente “disparidad de criterio” manifestada en el hecho de que, en este contexto regulativo, carezca de relevancia la diferenciación de las posiciones de una persona mayor de 14 años y de una persona menor de 14 años. Pues semejante disparidad de criterio no es sino la disparidad entre la protección de un determinado bien jurídico frente a su eventual lesión y la protección de ese mismo bien jurídico frente al peligro abstracto. Esta puntualización, desde luego, nada dice acerca de la legitimidad de semejante programa de protección.

¹⁸ Como debería ser obvio, los esfuerzos taxonómicos son a todas luces incompatibles con la –extendida– tendencia a circunscribir el ejercicio de categorización al fútil recurso a la categoría de los “delitos sexuales”. Véase en este sentido el prólogo de Rivacoba en RODRÍGUEZ COLLAO (2000), pp. 9 y s.; fundamental al respecto, asimismo, GUZMÁN DALBORA (2000), pp. 202 y ss. Para una análoga –y enérgica– crítica a la terminología de “delitos carnales”, véase ya BINDING (1902), pp. 193 y s.

contrastado entonces con las múltiples variantes de propuestas monistas que también se dejan reconocer en la literatura especializada¹⁹.

El criterio formal sobre el cual descansa la diferenciación que hace suya el esquema dualista está constituido por la edad de quien en cada caso puede fungir como víctima del delito en cuestión. Así, y en estricta referencia a las particularidades del derecho chileno a este respecto, los delitos que sólo podrían tener como víctima a una persona cuya edad sea igual o superior a los 14 años habrían de ser categorizados como delitos contra la *libertad sexual*; los delitos que sólo podrían tener como víctima a una persona menor de 14 años, en cambio, como delitos contra la *indemnidad sexual*²⁰. En efecto, una persona menor de 14 años siempre sería –por su sola condición de tal– *incapaz* de un ejercicio autónomo de su sexualidad, lo cual justificaría proteger su falta de padecimiento o involucramiento en cualquier contacto sexual²¹; recién a partir de los 14 años de edad, por contrapartida, se volvería merecedora de protección la libertad sexual.

Pero a este último respecto todavía hay que introducir una subdistinción. Pues bajo el derecho chileno vigente, la libertad sexual de una persona ya mayor de 14 años, pero todavía menor de edad, parecería quedar sometida a una protección intensificada, en atención a la distintiva vulnerabilidad que estaría asociada al temprano ejercicio de su sexualidad. Tal protección intensificada se haría operativa a través de la prohibición de todo contacto que a su respecto tenga lugar o bien mediante abuso de una anomalía o perturbación mental, o bien mediante abuso de una relación de dependencia, o bien mediante abuso

¹⁹ Entre las propuestas monistas, cabe destacar aquellas que identifican la libertad sexual como el único objeto de protección de las normas de comportamiento aquí relevantes. En la doctrina española, esta senda fue ante todo marcada –todavía bajo la vigencia del Código de 1944– por DÍEZ RIPOLLÉS (1981), pp. 214 y ss.; véase también DÍEZ RIPOLLÉS (1985), pp. 17 y ss.; en la discusión chilena, véase sólo ETCHEBERRY (1998), pp. 10, 45 y ss., cuya postulación de la libertad sexual como objeto de protección se ve, empero, considerablemente matizada. Por contrapartida, existen propuestas monistas que recurren al concepto de indemnidad sexual para especificar el único bien jurídico individual protegido por el respectivo subconjunto de normas. Paradigmáticamente en este sentido RODRÍGUEZ COLLAO (2000), pp. 123 y ss.; en la misma línea parece ubicarse MAYER (2014), pp. 39 y ss. A favor de la identificación de la honestidad –en tanto bien jurídico individual– como único objeto de protección en este ámbito, véase empero GUZMÁN DALBORA (2000), pp. 204 y ss., 211 y ss.

²⁰ Paradigmáticamente GARRIDO (2010), pp. 261 y ss., aunque extendiendo la protección de la indemnidad sexual a toda persona incapacitada para “ejercer su sexualidad en forma plena” (pp. 267 y s.); coincidentemente POLITOFF *et al.* (2004), pp. 241, 252 y s. Véase también MAÑALICH (2012 b), pp. 55 y ss.; en el mismo sentido, véase ya BASCUÑÁN (2011), p. 119, aun cuando bajo una comprensión de la protección de la indemnidad sexual como equivalente a la protección del “desarrollo de la autonomía sexual de los menores”.

²¹ Para una revisión exhaustiva del problema en el contexto comparado, véase WAITES (2005), pp. 11 y ss., 208 ss.; también ARCHARD (1998), pp. 116 y ss. Al respecto, véase asimismo COUSO (2010), pp. 233 y ss.

de una situación de grave desamparo, o bien mediante abuso de su inexperiencia o ignorancia sexual. Esta protección intensificada dejaría de ser necesaria y conveniente –de acuerdo con la correspondiente representación legislativa– una vez que la persona en cuestión cumpla los 18 años de edad, hito a partir del cual sólo resultaría prohibido un contacto sexual que tenga lugar o bien mediante fuerza o intimidación, o bien respecto de alguien que está privado de sentido, o bien abusando de su incapacidad de oponerse, o bien abusando de su eventual enajenación o trastorno mental.

Circunscribiendo el análisis al contexto regulativo asociado a la tipificación de los delitos de violación, estupro y abuso sexual (*stricto sensu*), el panorama resultante se deja esquematizar como sigue:

Delitos contra la libertad sexual	Delitos “genéricos” contra la libertad sexual	Violación de P>14	Art. 361
		Abuso sexual de P>14	Arts. 365 bis N° 1; 366 inc. 1°
	Delitos contra la libertad sexual de menores púberes	Estupro	Art. 363
		Abuso sexual de 14<P<18	Arts. 365 bis N° 3; 366 inc. 2°
Delitos contra la indemnidad sexual	Violación de P<14		Art. 362
	Abuso sexual de P<14		Arts. 365 bis N° 2; 366 bis

Ciertamente, aquí no se está afirmando que esta propuesta de sistematización se ajuste estrictamente al punto de vista de la doctrina actualmente mayoritaria, pero sí que ella representa su mejor articulación posible. Y lo que habrá que demostrar es que, incluso así presentada, esta propuesta necesita ser abandonada, al menos en tanto herramienta de reconstrucción del derecho vigente. Para ello, y según ya se anunciara, el análisis quedará por de pronto circunscrito a la relación sistemática en que se encuentran las normas de sanción de los arts. 361 y 362, que con arreglo a la tesis dominante tipificarían delitos de violación cuyos respectivos contenidos de injusto serían del todo heterogéneos. Pues según ya se indicara: mientras que el art. 361 tipificaría un delito contra la libertad sexual de personas mayores de 14 años, el art. 362 tipificaría un delito contra la indemnidad sexual de personas menores de 14 años.

2.2. La heterogeneidad de los ámbitos típicos de los arts. 361 y 362

Para emprender la impugnación del esquema dualista, puede ser útil considerar un caso ficticio algo extravagante, en relación con el cual podamos preguntarnos cuál tendría que ser su solución de *lege lata* bajo la propuesta de reconstrucción que hace –o tendría que hacer– suya la doctrina dominante. El caso que se propone es el siguiente:

A, un adulto de constitución física robusta, sorprende paseando en bicicleta a la menor M, quien lleva puesto su uniforme escolar. No obstante no tener más que 10 años recién cumplidos, y a consecuencia de una alteración hormonal, M aparenta tener una edad considerablemente mayor, siendo frecuente que sea confundida con estudiantes de tercer o cuarto medio del establecimiento educacional al que asiste; ésta es, en efecto, la impresión que se forma A.

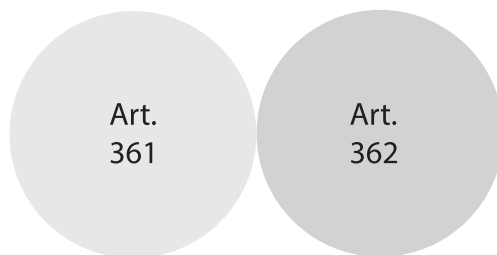
A procede a extraer una filosa cortaplumas del bolsillo de su pantalón, para ponerla súbitamente sobre el cuello de M, logrando forzar a ésta a desplazarse unos cuantos metros hacia un pasaje de escasa visibilidad desde la avenida respectiva. Ahí, A logra maniatar a M con una sogá que encuentra sobre la vereda, para entonces desabrochar y bajar rápidamente sus propios pantalones –A, anda “a lo gringo”–, no sin antes haber levantado el *jumper* y rasgado la ropa interior de la colegiala, tras lo cual A procede a penetrar a M por vía rectal. Tras eyacular, y al oír un ruido desde una vivienda aledaña, A abandona el lugar.

De llegar lo sucedido a conocimiento de algún agente del Ministerio Público, ¿cuál o cuáles pudieran ser los cargos susceptibles de ser formulados contra A? De asumirse el esquema dualista como premisa de análisis, la respuesta tendría que parecer a lo menos contra-intuitiva. Pues en referencia a las reglas de los párrafos 5 y 6 del Título VII, A sólo podría ser perseguido, a lo sumo, como autor de una tentativa inidónea (acabada) de violación, en la modalidad tipificada en el art. 361 N° 1 del Código Penal; y *nada más*²². Aquí puede ser importante fundamentar con algún detalle esta conclusión.

Según ya se indicara, bajo el esquema dualista es necesario asumir la heterogeneidad de los ámbitos típicos de la violación de persona mayor de 14 años (art. 361), por un lado, y la violación de persona menor de 14 años (art. 362), por otro. En términos lógico-formales, se trata aquí de una relación de *heterogeneidad* o *mutua exclusión*²³, que se deja graficar como sigue:

²² Ciertamente, a A también sería imputable un delito (consumado) de amenaza condicional de mal constitutivo de delito, tipificado en el art. 296 N° 1 del Código Penal; la eventual condena de A por tal delito dependería, si efectivamente se postula la punibilidad de la supuesta tentativa inidónea de violación (en el sentido del art. 361), de si el consiguiente concurso entre el delito de amenaza condicional y la tentativa de violación ha de ser entendido como un concurso ideal (en la medida en que se asuma que la coacción mediante amenaza ejercida por A habría tenido relevancia ejecutiva, y no puramente preparatoria, para el acceso carnal), o bien como un concurso aparente. De negarse la punibilidad de la supuesta tentativa inidónea de violación, en cambio, A habría de ser a todas luces condenado como autor del delito de amenaza condicional. Y desde luego, una pregunta parcialmente coincidente se abriría a propósito de la posibilidad de un eventual cargo por un delito de secuestro (asociado a la situación de privación de libertad en la cual A mantuviera a M durante el desarrollo de los acontecimientos).

²³ Fundamental KLUG (1956), pp. 403 y ss., quien valiéndose del aparato conceptual de la teoría de conjuntos mostrara que la relación que puede darse entre la extensión de dos o más descripciones tiene que exhibir una de las siguientes cuatro formas: identidad, heterogeneidad, inclusión (o subordinación) e interferencia (o superposición). Al respecto, véase también HRUSCHKA (1988), pp. 387 y ss.;



Que no haya punto de contacto alguno entre el alcance –más precisamente: la extensión– de las descripciones que especifican una y otra variante de violación significa que ninguna acción particular puede satisfacer una y otra descripción; o para ponerlo en la terminología de la dogmática de los concursos de delitos: que no es posible concurso alguno –tampoco aparente– entre una y otra variante de violación en “unidad de hecho”²⁴. Tal relación de heterogeneidad queda formalmente determinada por la especificación de quién puede contar como víctima de una y otra variante de violación: una persona que ya ha cumplido los 14 años de edad, tratándose del delito tipificado en el art. 361, o una persona que aún no ha cumplido los 14 años de edad, tratándose del delito tipificado en el art. 362. Lo cual significa: víctima (idónea) de violación, en el sentido del art. 361, sólo podría ser una persona cuya edad sea igual o superior a los 14 años; víctima (idónea) de violación en el sentido del art. 362, en cambio, sólo una persona cuya edad sea inferior a los 14 años.

¿Qué se sigue de esto para nuestro caso? Por una parte, el tipo de delito objetivamente realizado por el comportamiento de A es el del art. 362, bajo el cual carecería de toda relevancia, por lo demás, la coacción efectivamente ejercida por A sobre M²⁵. Pero en la medida en que A se haya representado a M como una persona cuya edad en todo caso superaría los 14 años, la realización del tipo de la violación del art. 362 no le sería imputable a título de *dolo*; y puesto que el derecho vigente –en virtud del régimen de *numerus clausus* al cual se sujeta la punibilidad del delito imprudente– no reconoce la punibilidad del correspondiente “cuasidelito” de violación, es ocioso preguntarse acerca

latamente al respecto MATUS (2001), pp. 370 y ss.; asimismo MAÑALICH (2005), pp. 1111 y ss. Una muy temprana formulación de un modelo analítico del todo similar al de Klug se encuentra ya en BELING (1906), pp. 281 y ss.

²⁴ Véase al respecto MAÑALICH (2011 b), pp. 148 y ss., 152 y ss., con ulteriores referencias.

²⁵ Que ese ejercicio de coacción tuviera que identificarse con un ejercicio de “fuerza” (en el sentido de violencia coercitiva grave), en referencia a la maniobra por la cual A logró maniatar a M, o bien con un ejercicio de “intimidación” (en el sentido de amenaza coercitiva grave), en referencia a la exhibición amedrentadora del cuchillo por parte de A, carece de importancia aquí.

del carácter eventualmente vencible –esto es, indicativo de imprudencia– del error de tipo así constituido²⁶.

Por otra parte, la (errada) representación de la edad de M como con creces superior a los 14 años, con la cual A contaba al momento del hecho, en conjunción con su (indubitable) representación de haber estado penetrando analmente a esa misma persona, habiéndola previamente maniatado a tal efecto sobre la base de un ejercicio de coacción mediante amenaza grave, fundamenta –en la forma de un “error de tipo invertido”– el dolo referido a la realización de la variante típica de violación del art. 361 N° 1. Pero que la representación, por parte de A, del rango etario al que habría pertenecido M haya sido *errada* implica que este último tipo de delito no se ha visto objetivamente realizado. Pues al momento del hecho, la edad de M no alcanzaba los 14 años, con lo cual ésta no contaba como víctima idónea de una violación en el sentido del art. 361. De ahí que, con arreglo al esquema dualista, a A no sea imputable más que una tentativa inidónea (acabada), cuya específica punibilidad –a título de delito frustrado– quedaría supeditada a la determinación general de si bajo el CP chileno resulta punible la tentativa inidónea.

Cabe suponer que la caracterización de esta conclusión como contra-intuitiva no resulta demasiado exagerada. Pues incluso asumiendo que hubiese que reconocer –desafiando el punto de vista mayoritario de la doctrina chilena– la punibilidad de la tentativa inidónea así constituida, el correspondiente reproche de culpabilidad dirigido a A estaría entonces circunscrito, para ponerlo en terminología tradicional, a un reproche exclusivamente referido al “injusto subjetivo” de un delito de violación, cuyo “injusto objetivo”, empero, no se habría materializado, a pesar de que A efectivamente accedió carnalmente a M valiéndose de un ejercicio de coacción grave en todo caso constitutiva de “fuerza o intimidación”, enteramente a sabiendas.

2.3. La reconstrucción normológica del esquema dualista

La única manera de articular una solución divergente para el caso ya considerado consiste en desactivar las premisas que llevan a tal solución. Para esto, el aparato conceptual de una teoría de las normas comprometida con la distinción –tanto lógica como teleológica– entre los conceptos de norma (“primaria”) de comportamiento y norma (“secundaria”) de sanción²⁷, puede resultar especialmente provechoso.

²⁶ Por supuesto, ello no significa que semejante violación imprudente de menor impúber no sea constructivamente concebible; ciertamente lo es. Pues como enfatizara BINDING (1922), pp. 80 y s.: toda norma de comportamiento puede resultar quebrantada tanto a título de dolo como a título de imprudencia.

²⁷ *Supra*, 1.

En estos términos, y en tanto propuesta de reconstrucción del derecho vigente, el esquema dualista descansa en la hipótesis de que el autor de una violación tipificada en el art. 361 quebrantaría una norma de comportamiento distinta de aquella que quebranta el autor de una violación tipificada en el art. 362. Pues la heterogeneidad de los respectivos ámbitos típicos implicaría la correspondiente heterogeneidad de las normas de comportamiento quebrantadas en cada caso. Así, una violación típica en el sentido del art. 361 tendría que consistir en el quebrantamiento de una norma que exhibiría la siguiente estructura:

Prohibido:

- acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal a X,
- si X es una persona (natural) mayor de 14 años:
 - mediante fuerza o intimidación ejercidas sobre X; o
 - si X se encuentra privado de sentido; o
 - mediante abuso de la incapacidad de X de oponerse; o
 - mediante abuso de la enajenación o trastorno mental de X.

Por su parte, la norma de comportamiento reforzada por la norma de sanción del art. 362 exhibiría la siguiente estructura:

Prohibido:

- acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal a X,
- si X es una persona (natural) menor de 14 años²⁸.

Esta diferenciación estructural de una y otra norma de comportamiento, tal como ya se sostuviera, iría aparejada de una correspondiente diferenciación concerniente a sus respectivos objetos de protección: la prohibición cuyo quebrantamiento sería punible *sub specie* violación en el sentido del art. 361 serviría a la protección de la libertad sexual de la persona que funge como objeto de penetración, mientras que la prohibición cuyo quebrantamiento sería punible bajo el art. 362 serviría a la protección de la indemnidad sexual de la persona que es objeto de penetración.

Como es obvio, y según ya se anticipara, los ámbitos de aplicación de las normas de comportamiento así individuadas resultan ser mutuamente excluyentes, en los mismos términos en que lo son los ámbitos típicos de los delitos

²⁸ Semejante esquematización de la estructura de una norma de comportamiento está inspirada en las observaciones de BLACK (1962), pp. 95 y ss., 107 y s., así como en la propuesta de VON WRIGHT (1963), pp. 70 y ss.; esquemáticamente al respecto MAÑALICH (2014), pp. 17 y ss. Es importante advertir que, en el contexto de tal formulación de la norma en cuestión aquí propuesta, la expresión “X” no funciona (lógico-semánticamente) como un término singular, sino como la marca de una variable individual, susceptible de ser llenada por cualquier constante individual que designe a algún miembro de la clase de individuos especificada por la correspondiente descripción. Al respecto, véase MAÑALICH (2014), pp. 63 y ss., con referencias ulteriores.

respectivos. Lo cual significa: ninguna acción que quede sometida a la prohibición reforzada por la norma de sanción del art. 361 podría al mismo tiempo satisfacer una descripción que la dejase sometida a la prohibición reforzada por la norma de sanción del art. 362, y viceversa. Esto se explica, simplemente, por la estrategia que el esquema dualista tiene que asumir para la individuación de las normas de comportamiento a partir de las correspondientes normas de sanción, que consiste en la adopción de una tesis de correspondencia singularizada, o de correspondencia “uno-a-uno”, entre unas y otras. Así, la norma de sanción del art. 361 reforzaría una correspondiente norma de comportamiento, mientras que la norma de sanción del art. 362 reforzaría una correspondiente norma de comportamiento, necesariamente *distinta* de la primera.

3. La identificación del objeto de protección

3.1. La inviabilidad de la libertad sexual como objeto de protección

La plausibilidad del esquema dualista depende de que se sostenga en pie la tesis según la cual una violación punible bajo la norma de sanción del art. 361 lesionaría un bien jurídico distinto de aquel que resultaría lesionado por una violación punible bajo la norma de sanción del art. 362. Frente a ello, la tesis –“monista”– a ser defendida aquí postula la protección de un único bien jurídico susceptible de ser menoscabado a través de una y otra especie de violación. En pos de la identificación de tal objeto de protección unitario, el primer paso consiste en la demostración de la inadecuación de la categoría de la libertad sexual a ese mismo respecto.

En efecto, el *topos* de la protección de la libertad sexual conspira contra la reconstrucción de la regulación legal, puesto que conduce al siguiente dilema. Por una parte, si la libertad sexual de una persona se entiende en el sentido de una mera especificación de su libertad general de acción, se vuelve extremadamente difícil justificar que su protección quede sometida a un régimen jurídicamente diferenciado²⁹. Pues, en esos términos, el específico contenido de injusto de semejante violación tendría que ser reducible al de un delito de coacción³⁰. En esto consiste el primer polo del dilema, para cuya disolución parece ser insuficiente sostener, como sugiriera Díez Ripollés, que “el concepto de ‘libertad sexual’ posee unas matizaciones valorativas a añadir al juicio de valor genéricamente referido a la ‘libertad personal’”³¹. Pues la pregunta es precisamente si acaso tales “matizaciones valorativas” son de tal significación

²⁹ Véase Díez Ripollés (1981), pp. 218 y ss.

³⁰ Al respecto Bascuñán (1997), pp. 86 y s.; Bascuñán (2013), pp. 410 y ss.

³¹ Díez Ripollés (1981), p. 220.

que ellas pudiesen llegar a justificar la identificación de la libertad sexual como un objeto de protección sistemáticamente diferenciado³².

Por otra parte, si en efecto se sostiene que la autonomía en el ejercicio de la propia sexualidad reclamaría una protección intensificada e irreductible a la dispensada a la libertad general de acción, entonces se vuelve especialmente difícil de explicar la asimetría exhibida por esa supuesta protección. Pues en estos términos, sólo resultaría prohibida *sub specie* violación una acción consistente en la *imposición* coercitiva del padecimiento de un acceso carnal, en la forma de un menoscabo de la “libertad sexual negativa” de la víctima, pero no así una acción consistente en el *impedimento* coercitivo del padecimiento –o el goce– de un acceso carnal, en la forma de un menoscabo de “libertad sexual positiva” de la víctima³³. En esta aparente “anomalía” consiste el segundo polo del dilema³⁴, el cual se deja ilustrar a través del siguiente caso:

La virginal M y su casto novio H se “han guardado” el uno para el otro hasta la noche de bodas, que es traumáticamente interrumpida por P, el celoso pretendiente de M, quien desdichado se apersona en la alcoba nupcial con un arma de fuego, forzando a cada uno de los nóveles cónyuges a no poner manos sobre el otro durante toda la noche.

Aquí está fuera de discusión, ciertamente, que a P son imputables –en concurso ideal– sendos delitos (consumados) de amenaza condicional con mal constitutivo de delito (art. 296 N° 1) respecto de M y respecto H. ¿Pero qué justifica que el efectivo impedimento coercitivo de todo contacto sexual entre M y H, por parte de P, carezca de relevancia delictiva *sub specie* menoscabo de la libertad sexual de uno y otro cónyuge³⁵; ¿es que acaso –y para

³² Acertadamente en este sentido BASCUÑÁN (1997), pp. 86 y s.

³³ DÍEZ RIPOLLÉS (1985), p. 23; BASCUÑÁN (1997), pp. 86 y s. En la discusión angloamericana, véase sólo DRIPPS (1992), p. 1785.

³⁴ Así BASCUÑÁN (2013), pp. 405 y ss.

³⁵ Para descartar la viabilidad de una protección jurídica de la dimensión positiva de la libertad sexual, DRIPPS (1992), pp. 1785 y s., sostiene que ello supondría reconocer un “derecho a la sexualidad” cuyo correlato, dado que toda acción sexual supondría la intervención de a lo menos dos personas, tendría que estar constituido por un deber para (alguna) otra persona de tomar parte en la respectiva interacción sexual, lo cual socavaría la protección de la dimensión negativa de la libertad sexual. Pero la objeción descansa en un *non sequitur*. Pues más allá de la problemática hipótesis de que la ejecución de toda acción sexual supondría la intervención de más de una persona –acertadamente en contra BOGART (1996), p. 259–, el hecho de que la dimensión positiva de la libertad sexual no haya de ser protegida a costa de la dimensión negativa de la libertad sexual no es un argumento a favor de la desprotección sin más de aquella. Pues basta con que, tal como sucede en el caso ficticio discutido en el texto principal, M y H se dispongan voluntariamente a tomar parte en un contacto sexual para que el impedimento coercitivo de éste suponga un menoscabo para la “libertad sexual positiva” de cada uno, sin que ese mismo impedimento coercitivo favorezca la preservación de la “libertad sexual negativa” de cualquiera de ellos.

usar la terminología favorecida por los defensores del *topos* de la protección sexual— no se encuentra aquí radicalmente comprometida la “autorrealización personal” de M y H, justamente en atención a que la sexualidad sería una esfera vital en la cual sería especialmente reconocible una “mayor aportación” del individuo en cuanto al sentido de la propia existencia³⁶? Y a este respecto, no está de más observar que el argumento de que la regulación legal de todas formas se mostraría comprometida con la promoción de la dimensión positiva de la libertad sexual, en la medida en que no quede sometido a prohibición el ejercicio de la propia sexualidad que no conlleve coacción u otra forma de interacción abusiva respecto de otras personas³⁷, es a todas luces falaz. Pues en ese argumento se confunde la identificación del objeto de protección de una o más normas de prohibición, de un lado, con la caracterización de acciones de cierto tipo como jurídicamente “indiferentes” —en el sentido de “débilmente permitidas”³⁸— como consecuencia de que la regulación legal no los someta a prohibición alguna, de otro³⁹.

El dilema no es otro, entonces, que el siguiente: bajo el *topos* de la protección de la libertad sexual, una violación tendría que ser enteramente equiparable a una coacción referida al ejercicio de la propia sexualidad. Mas como el caso ficticio recién considerado lo muestra, semejante concepción de la violación resulta radicalmente inverosímil, al menos de *lege lata*. Antes bien: la aparente restricción de la protección de la libertad sexual a su sola dimensión negativa sugiere, irónicamente, que el concepto de libertad sexual no es idóneo para la determinación del bien jurídico de cuya protección se trata.

Esto último tiene una consecuencia sistemática de importancia. Si se abandona el *topos* de la protección de la libertad sexual, desaparece el fundamento para la tradicional caracterización de la modalidad específicamente coercitiva de violación, que es la prevista por el N° 1 del art. 361, como constitutiva de “violación propia”, por contraste con la cual las restantes variantes —entre las cuales habría de figurar la del art. 362— tendrían que ser etiquetadas como especies de “violación impropia”⁴⁰. Pues semejante estrategia conceptual resulta

³⁶ Díez RIPOLLÉS (1981), pp. 221 y ss.

³⁷ Así Díez RIPOLLÉS (1985), p. 23.

³⁸ Latamente al respecto MAÑALICH (2013), pp. 179 y ss., con referencias ulteriores.

³⁹ A modo de analogía: sería infundado sostener que la libertad para destruir la propia vida se encontraría específicamente protegida por el derecho por la sola circunstancia de que la respectiva regulación legal no conozca una prohibición del suicidio.

⁴⁰ Véase LABATUT (2005), pp. 138 y s.; GARRIDO (2010), pp. 280 y ss.; GUZMÁN DALBORA (2000), pp. 6 y s. Para una aplicación divergente de esta misma terminología, véase POLITOFF *et al.* (2004), pp. 241 y ss., 252 y s., quienes reservan la expresión “violación impropia” para designar la violación de menor impúber, tipificada en el art. 362.

difícil de compatibilizar con un dato de la regulación legal: bajo el art. 361, el común denominador de las variantes típicas de violación se encuentra expresado por la descripción “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal”; frente a este común denominador, las cláusulas de los números 1, 2 y 3, que especifican las circunstancias de cuya satisfacción disyuntiva depende que una acción que satisface esa descripción quede sometida a prohibición, tienen que ser interpretables como funcionalmente equivalentes⁴¹. Lo cual en todo caso significa: nada *paradigmático* del contenido de injusto de la violación es específicamente reconocible en la variante del N° 1 del art. 361.

3.2. La violación como delito de objetualización

Para sustentar esta última proposición puede resultar particularmente iluminadora la reconstrucción del fundamento de ilicitud de la violación que en el contexto de la discusión anglosajona ha sido propuesta por John Gardner y Stephen Shute⁴². Esto, porque uno de los méritos de su indagación se encuentra en el hallazgo de que es necesario centrar el análisis en aquel conjunto de propiedades que cabe identificar como la marca del “caso puro” de violación⁴³. Por tal ellos entienden lo que queda de un caso más o menos ajustado a la fenomenología característica de una violación⁴⁴, una vez que se hace abstracción de todas aquellas circunstancias que pueden condicionar un *trauma* asociado al padecimiento de la penetración misma.

Según Gardner y Shute, para establecer el fundamento de ilicitud de la violación en su “forma pura” es necesario prescindir de cualquier dimensión de daño (*harm*) ulterior que pudiese estar próxima o remotamente conectada con ese mismo padecimiento, en el entendido de que la eventual “dañosidad” de una violación para su víctima tendría que exhibir el carácter de un epifenómeno⁴⁵.

⁴¹ En este sentido ya RODRÍGUEZ COLLAO (2000), pp. 136 y s., n. 3.

⁴² GARDNER y SHUTE (2000), pp. 193 y ss.

⁴³ GARDNER y SHUTE (2000), pp. 195 y ss.

⁴⁴ Sobre ello, véase también BOGART (1995), p. 166. Para ilustrar en qué consistiría semejante “caso puro” de violación, GARDNER y SHUTE (2000), p. 196, ofrecen el siguiente ejemplo: asúmase (i) que la violación ha tenido lugar sin que la víctima jamás haya tomado noticia de haber sido violada, al haber estado ebria o drogada hasta el punto de la inconsciencia durante el desarrollo de la penetración, (ii) que el autor tenía puesto un preservativo (eficaz y en buen estado), de modo tal que cualquier riesgo de que el coito llevase aparejada alguna consecuencia fisiológica o –en su caso– reproductiva para la víctima hubiera quedado neutralizado, y (iii) que el autor resultó muerto, a raíz de un incidente del todo inconexo con la violación en cuestión, antes de haber tenido posibilidad alguna de revelar lo acontecido a otra persona.

⁴⁵ Puede ser importante tener en cuenta que la comprensión del así llamado “principio del daño” (*harm principle*) favorecida por Gardner y Shute difiere de su formulación más célebre, sistemáticamente elaborada en FEINBERG (1984), pp. 31 y ss. Pues mientras los primeros –siguiendo a Raz– entienden por

Ello no sólo vale, como es obvio, para el eventual daño corporal que pudiera resultar de la penetración en cuestión, sino también y decisivamente para las posibles consecuencias psicológicas del contacto sexual para la víctima, en la forma de una “experiencia traumática”⁴⁶. En sus propias palabras:

Si nada incorrecto [*wrong*] hubiera con ser violado además del hecho de que uno reaccionara con malestar después, entonces uno no tendría razón alguna para reaccionar con malestar después. Por ello, para ser racionales, tales reacciones tienen que ser epifenomenales, en el sentido de que ellas no pueden constituir, sino que tienen que sombrear, lo que es básica o esencialmente incorrecto de una violación⁴⁷.

Y como ellos mismos añaden inmediatamente a continuación, resulta capital resistir la tentación de abrazar una interpretación más laxa o abstracta del concepto de daño para así poder postular, no obstante, una distintiva dañosidad común a toda instancia de violación, también en su “caso puro”⁴⁸. Pues la representación de que al solo padecimiento de la correspondiente penetración, con total independencia de que la víctima jamás llegue a tener noticia de ello, sería inherente un daño distintivo, resulta peligrosamente próxima a la representación sexista que parece subyacer a la tradicional comprensión de la violación como un delito cuya víctima necesariamente tendría ser una mujer: la víctima de una violación sería alguien que, por esa sola circunstancia, ha caído en desgracia, convirtiéndose en un espécimen “menos que perfecto”⁴⁹. Por esta vía, Gardner y Shute pueden tomar distancia tanto de aquellas concepciones que intentan identificar la supuesta lesividad de la violación con un menoscabo de la “integridad sexual” de la víctima⁵⁰, en términos que en última instancia remiten

“daño” “la disminución de las perspectivas y posibilidades de alguien, el cambio para peor en su vida”, Feinberg define “daño” como un “revés para los intereses de una persona”. Esto lleva a que Gardner y Shute admitan la posibilidad (estadísticamente marginal) de que una violación no suponga daño alguno –véase GARDNER y SHUTE (2000), pp. 196 y s.–, lo cual es abiertamente descartado por FEINBERG (1984), pp. 10 y s., 206 y ss., 213 y s.

⁴⁶ Así empero WERTHEIMER (2003), pp. 89 y ss., 102 y ss. Para una defensa de la necesidad de que el diseño regulativo sea específicamente a la dimensión “experiencial” del daño sufrido por la víctima de violación, véase asimismo LACEY (1998), pp. 115 y s., 122.

⁴⁷ GARDNER y SHUTE (2000), p. 197. En el mismo sentido ya BOGART (1995), pp. 168 y ss.

⁴⁸ Así BOGART (1995), p. 170.

⁴⁹ GARDNER y SHUTE (2000), p. 198. Semejante punto de vista parece encontrar su retrato más fiel en la caracterización dogmática de la violación como delito contra la honestidad, que hacía suya una parte de la doctrina penal alemana a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, a saber: como un delito contra el “honor sexual” de la (mujer en tanto) víctima. Véase, por ejemplo, HÄLSCHNER (1887), pp. 220 y ss.; MERKEL (1889), pp. 345 y ss.; BINDING (1902), pp. 159 y ss.

⁵⁰ Paradigmáticamente en este sentido LACEY (1998), pp. 117 y ss., según quien el objetivo teórico a perseguir sería la elaboración “una concepción sofisticada de los daños sexuales”.

a un muy problemático modelo de protección del bienestar sexual⁵¹, por un lado, como de aquellas concepciones que intentan redefinir la violación como un delito de agresión o maltrato corporal⁵², por otro.

Pero entonces se plantea la pregunta de cómo cabría fundamentar la específica ilicitud de la violación, también cuando ésta se presenta en su “forma pura”⁵³. Acertadamente, Gardner y Shute entienden que la respuesta sólo puede obtenerse a través de una indagación en el o los intereses de una persona que hubieran de resultar necesariamente afectados por el solo hecho de ser ella objeto de la respectiva penetración, en las circunstancias constitutivas del “caso puro”. Y a este respecto, su primera puntualización está encaminada a demostrar la inviabilidad de la frecuentemente sugerida analogía entre el fundamento de ilicitud de la violación y el fundamento de ilicitud de un atentado contra la propiedad de otro⁵⁴.

Lo distintivo del argumento de Gardner y Shute se encuentra en que su impugnación de la analogía no apunta a su supuesta inverosimilitud⁵⁵. Antes bien, ellos impugnan la analogía por descansar en una premisa cuyo estatus sería el de un auténtico error categorial, a saber: la tesis de la propiedad sobre el “propio” cuerpo⁵⁶. Más precisamente, se trata de lo que cabría llamar un error por “analogía invertida”: si bien tiene perfecto sentido entender que la relación entre una persona y uno o más objetos de su propiedad puede adquirir el carácter de una relación de auto-identificación, en el sentido de que esos objetos pasen a ser considerados por su dueño como extensiones artificiales de

⁵¹ Críticamente BASCUÑÁN (1997), pp. 88 y ss.; BASCUÑÁN (2013), pp. 426 y ss.

⁵² Paradigmáticamente en este sentido DAVIS (1984), pp. 88 y ss., quien sostiene que, en tanto delito de agresión mediante contacto corporal (*battery*), la violación no exhibiría peculiaridad alguna; en contra GARDNER y SHUTE (2000), pp. 211 y s.

⁵³ Aquí no estaría de más reparar en que, en los términos del derecho chileno, esa forma pura encuentra su codificación más próxima en la variante de violación tipificada en la primera parte del N° 2 del art. 361, la cual resulta realizada siempre que la penetración por vía vaginal, anal o bucal de otra persona tenga lugar encontrándose la víctima “privada de sentido”, esto es, en estado de inconsciencia.

⁵⁴ Para una defensa detallada de la analogía, resultante en una comprensión de la violación como un delito contra la propiedad sobre el propio cuerpo, véase DRIPPS (1992), pp. 1786 y ss., quien propone una “teoría de la mercancía”, con arreglo a la cual el concepto de “ataque sexual” tendría que ser redefinido en términos de la obtención de servicios sexuales de otro a través del ejercicio presiones ilegítimas. Véase en contra BOGART (1996), pp. 258 y ss.

⁵⁵ Para esta objeción, véase BASCUÑÁN (2013), p. 431.

⁵⁶ GARDNER y SHUTE (2000), pp. 199 y ss. Para una pormenorizada exposición de la tesis de la propiedad sobre el propio cuerpo, que termina en su caracterización como “irrefutable”, véase COHEN (1995), pp. 209 y ss., 229 y ss., quien por lo demás ofrece una conceptualización de la violación como consistente en “tomar prestados violentamente órganos sexuales” (p. 244). Para una propuesta de refutación de esa misma tesis, véase ya WALDRON (1988), pp. 398 y ss.

sí mismo⁵⁷, de ello no se sigue, a la inversa, que la relación entre una persona y su propio cuerpo pueda ser entendida como equivalente a una relación de propiedad sobre objetos⁵⁸. Pues una vez que se advierte la incoherencia de una metafísica dualista –de corte “cartesiano”–, tendría que resultar claro que una persona (“física”) no sólo *tiene* un cuerpo, sino que al mismo tiempo es su cuerpo⁵⁹. En la muy precisa formulación de la objeción por Gardner y Shute:

Uno puede establecer una analogía entre lo que sucede a aquello de lo cual uno es dueño y lo que sucede a uno mismo, porque aquello de lo que uno es dueño puede ser una extensión de uno mismo. Pero uno no puede, de la misma manera, establecer una analogía entre lo que sucede a uno mismo y lo que sucede a aquello de lo cual uno es dueño, porque uno mismo no puede ser una adición a aquello de lo cual es dueño⁶⁰.

Según ellos, una consecuencia decisiva que se sigue de la impugnación de la tesis de la propiedad sobre el propio cuerpo consiste en que, por esa vía, deja de tener sentido la reducción del valor del propio cuerpo a nada más que su valor de uso. Pues si mi cuerpo es una parte –más precisamente: un aspecto– de mí mismo, entonces su valía para mí no puede agotarse en el uso que yo pueda darle⁶¹. Esto descansa en que el valor de uso que puede exhibir un objeto cualquiera no es sino el valor que ese objeto tiene para una o más personas. Pero entonces, si un objeto es valioso en la medida en que tiene valor para una o más personas, se sigue de ello que la valía de una persona, *en tanto* persona, no es reducible –so pena de circularidad– a un eventual valor de uso. Y si eso vale para la valía de una persona, entonces por implicación también vale para el cuerpo de esa persona, precisamente porque esa persona no es algo distinto de su cuerpo⁶².

Por esta vía, Gardner y Shute quedan en posición de identificar dónde ha de radicar el fundamento preciso para la ilicitud de la violación, a saber: precisamente

⁵⁷ Véase al respecto, en clave hegeliana, RADIN (1982), pp. 959 y ss., 971 y ss.; desde una perspectiva matizadamente constructivista, DAN-COHEN (2002), pp. 264 y ss., 271 y ss., 284 y ss.

⁵⁸ GARDNER y SHUTE (2000), pp. 202 y s.; véase ya RADIN (1982), pp. 965 y ss. Para una enérgica crítica a la “interpretación mentalista” del fundamento de ilicitud de la violación que se obtiene de la validación de la analogía entre el cuerpo de una persona y los objetos de su propiedad, véase asimismo LACEY (1998), pp. 110 y ss.

⁵⁹ Fundamental WILLIAMS (1973), pp. 64 y ss.; también PARFIT (1987), pp. 209 y ss., 273 y ss.; al respecto MAÑALICH (2009), pp. 268 y ss.

⁶⁰ GARDNER y SHUTE (2000), p. 203.

⁶¹ GARDNER y SHUTE (2000), pp. 203 y s.

⁶² Aunque ciertamente: una persona puede ser algo más que su cuerpo. A este respecto, resulta especialmente ilustrativa la analogía, propuesta por PARFIT (1987), pp. 211 y ss., 294 y s., entre la existencia de una persona y la existencia de una nación: la existencia del cuerpo de una persona es a la existencia de esa misma persona lo que la existencia del territorio de una nación es a la existencia de esa misma nación.

en el hecho de que la violación, también en su “forma pura”, es el paradigma de la reducción de la valía del cuerpo de otro a su mero valor de uso. Y puesto que el cuerpo de una persona es un componente de lo que esa persona es, lo que el padecimiento de una penetración constitutiva de violación siempre conlleva es la “objetualización” de la persona de la víctima⁶³. Aquí es importante, sin embargo, despejar *ab initio* algunos posibles malentendidos. En primer lugar, al menos bajo esta formulación, la tesis de la objetualización no representa una versión –siquiera “sofisticada”– de una “teoría normativa del trauma”, funcional a una comprensión de la violación como un delito contra el “bienestar sexual”⁶⁴, precisamente porque se trata de una tesis que pretende fundamentar la específica ilicitud de la violación en referencia a su “forma pura”. En segundo lugar, y con prescindencia de lo anterior, tampoco tendría sentido predicar de esa misma tesis un compromiso con una “personalización superlativa de la sexualidad”⁶⁵, puesto que la noción misma de objetualización, que ciertamente puede resultar vaga e incluso errática⁶⁶, se encuentra aquí especificada en referencia a la conexión constitutiva que cabe reconocer entre el cuerpo y la identidad de una persona. Por lo mismo, y en tercer lugar, en su contra tampoco se sostendría la objeción de que ella difícilmente pudiera “dar cuenta de la peculiar relevancia de la cosificación sexual frente a toda otra forma de trato social denegatorio de la dignidad de la persona”⁶⁷. Pues semejante descripción resulta ser nada más que un eufemismo tratándose de una forma de comportamiento que, como la violación, representa el paradigma de la reducción de la corporeidad de una persona al estatus de un mero recipiente de valor de uso⁶⁸.

3.3. Autonomía personal como fundamento de protección de la indemnidad sexual

Hasta aquí, el argumento de Gardner y Shute se deja recapitular como sigue: la violación es el paradigma del “uso puro y simple” (*sheer use*) de una

⁶³ GARDNER y SHUTE (2000), pp. 203 y ss.

⁶⁴ Tal es, empero, el estatus que BASCUÑÁN (2013), p. 430, atribuye a la “teoría de la cosificación”, aun cuando sin aportar especificación bibliográfica alguna a este respecto.

⁶⁵ Así BASCUÑÁN (2013), p. 432.

⁶⁶ Acerca de la necesidad de la clarificación de la semántica del término “objetualización” (*objectification*), véase NUSSBAUM (1995), pp. 256 y ss., a quien Gardner y Shute siguen.

⁶⁷ BASCUÑÁN (2013), p. 430; similarmente ya DAVIS (1984), pp. 77 y s.

⁶⁸ Por lo demás, y en contra de lo sostenido por DAVIS (1984), p. 79, es manifiestamente falso que “[t]odos los crímenes de violencia [sean] seriamente incorrectos por la misma razón que el análisis de la objetualización dice que lo es la violación”; acertadamente en contra GARDNER y SHUTE (2000), pp. 211 y s., n. 29.

persona, y en tal medida el paradigma de abuso de una persona⁶⁹. Con ello se vuelve explicativamente fértil el marcadísimo parecido de familia que ya Hälschner detectara entre la violación y la injuria (en tanto género común de los delitos contra el honor)⁷⁰, siempre y cuando la noción misma de honor sea redefinida, bajo un principio de estricta universalización, en términos de la noción de dignidad, entendida como el “estatus por rango” que corresponde a una persona por el solo hecho de serlo⁷¹. El punto es que de ello ciertamente no se sigue que tenga sentido caracterizar la violación como un delito contra el “honor sexual”⁷². Pues a menos que se esté dispuesto a validar una proclamación de la abstinencia sexual como marca de honorabilidad personal, hay que concluir que nada específicamente sexual es predicable del estatus cuya vulneración (por vía de objetualización) es definitoria de toda instancia de violación. Que la violación pueda ser entendida como una injuria “de hecho” materializada en el respectivo contacto sexual no la convierte en un delito contra el “honor sexual”.

Sin embargo, la detección del marcado parecido de familia entre la injuria y la violación no contribuye en lo absoluto a delinear la específica fisonomía delictiva de esta última⁷³. En tal medida, el rendimiento estrictamente dogmático de esa detección es apenas reconocible. Y justamente lo mismo se deja decir de la tesis en definitiva suscrita por Gardner y Shute, quienes se contentan con caracterizar la violación como la vulneración de un “derecho a la autonomía

⁶⁹ GARDNER Y SHUTE (2000), p. 205.

⁷⁰ HÄLSCHNER (1887), pp. 221 y s.

⁷¹ Véase al respecto WALDRON (2009), pp. 209 y ss., 225 y ss., quien acertadamente contrapone su concepción de la dignidad como estatus por rango (universalizado) a una comprensión –vulgarmente: “kantiana”– de la dignidad como marca de “valor absoluto” o de “valor sin precio”, la cual resulta especialmente difícil de clarificar.

⁷² Véase supra, nota 49.

⁷³ Pues como notablemente lo sugiriera MERKEL (1889), pp. 285 y s., la injuria –en tanto lesión del honor– es el común denominador de todos los delitos contra la persona, esto es, de todo delito cuyo contenido de injusto haya de ser identificado con el menoscabo de un bien jurídico individual. Merkel llega a insinuar el trayecto del proceso jurídico-cultural que culminara en la relegación de la injuria (*stricto sensu*) al lugar de un resabio de un modelo de derecho penal privado, como corolario de la progresiva “publicación” de la pretensión punitiva referida al quebrantamiento del derecho instanciado por todo delito. Muy ilustrativo al respecto resulta ser el análisis ofrecido por GÜNTHER (2002), pp. 211 y ss., quien da luces acerca de la particular significación que, en tal marco, exhibe el régimen de acción penal privada al cual queda modernamente sometida la persecución de los delitos contra el honor. En tal medida, el hecho de que la violación y los delitos sistemáticamente emparentados con ésta tiendan a quedar sometidos a un régimen de persecución cuya activación exige alguna forma de impulso de parte de la presunta víctima –tal como sucede, en el contexto del derecho chileno, con el régimen de acción penal pública “previa instancia particular” al cual, en virtud del art. 369 del CP, queda sometida la persecución de la violación, siempre que la presunta víctima sea mayor de edad– puede resultar indiciario del particular vigor de la conexión latente entre la violación y la injuria.

sexual” de la víctima⁷⁴. Es evidente, por de pronto, que la objetualización predicable de toda instancia de violación se encuentra internamente conectada con la vulneración del estatus de la víctima como sujeto portador de autonomía⁷⁵. Ello resulta particularmente fácil de advertir bajo la definición del ideal político de la libertad que es propia del republicanismo, a saber: como un estatus relacional de no-dominación⁷⁶. Pues en estos términos, no estar sometida a una relación de dominación es la expresión adecuada del estatus de toda persona “como fin en sí mismo”⁷⁷. Pero *mutatis mutandis*: tal estatus de autonomía no está específicamente revestido de “significación sexual” alguna⁷⁸.

De ahí que sea del todo correcto identificar el *fundamento* de la protección dispensada a toda persona a través de la prohibición jurídica de la violación con un interés de autonomía, lo cual no equivale, empero, a identificar el *objeto* mismo de esa protección. Antes de entrar en este último, sin embargo, es crucial precisar que Gardner y Shute no están reduciendo lo que ellos llaman el “derecho a la autonomía sexual” a semejante interés (general) de autonomía. A este respecto, su argumento se inserta en una indagación de la manera en que la reconstrucción del fundamento de ilicitud de la violación en la objetualización de la persona de la víctima contribuiría a la racionalización de la generalizada apelación –característica de la discusión angloamericana– a la etiqueta de “sexo no-consentido” para caracterizar la violación⁷⁹. Si bien Gardner y Shute correctamente observan que resultaría errado partir centrando el análisis del fundamento de ilicitud de la violación en el problema de la existencia o inexistencia de genuino consentimiento en referencia al respectivo contacto sexual⁸⁰, su hipótesis es que el significado del requisito de la “falta de consentimiento” necesita ser clarificado para que ese mismo fundamento de ilicitud pueda ser correctamente identificado.

⁷⁴ GARDNER y SHUTE (2000), pp. 206 y ss.

⁷⁵ Véase en este sentido LACEY (1998), pp. 118 y ss., quien acertadamente enfatiza el componente relacional del concepto de autonomía personal aquí relevante.

⁷⁶ Contemporáneamente, fundamental PETTIT (2001), pp. 125 y ss.; para una formulación que enfatiza la dimensión positiva de la autonomía así entendida, véase especialmente ARENDT (1961), pp. 143 y ss. Para una muy ilustrativa visión de conjunto, véase también VATTER (2012), pp. 39 y ss., 245 y ss.

⁷⁷ VATTER (2012), p. 49.

⁷⁸ Es particularmente ilustrativo que lo mismo valga, adicionalmente, a propósito del recurso a la noción de “integridad sexual”, tal como ello es propuesto por LACEY (1998), pp. 118 y ss.: a lo largo de su argumento, esa noción es en varios pasajes sustituida, *salva veritate*, por la noción de “integridad corporal”.

⁷⁹ Paradigmáticamente ARCHARD (1998), pp. 19 y ss., 130 y ss.; WERTHEIMER (2003), pp. 11 y ss., 28 y ss.; críticamente LACEY (1998), p. 121.

⁸⁰ GARDNER y SHUTE (2000), p. 193.

Para esto, ellos se plantean la pregunta de si la objetualización que es distintiva de toda violación también tendría que ser predicable, en los mismos términos, de un contacto sexual enmarcado en el ejercicio de la prostitución. Gardner y Shute observan que los trabajadores (y las trabajadoras) sexuales “típicamente están siendo objetualizados por sus clientes”, en tanto “están siendo usados exclusivamente para [su] gratificación sexual”⁸¹. Y que a pesar de ello un contacto sexual de esa índole esté lejos de resultar *per se* constitutivo de violación se explicaría, según ellos, por el hecho de que “el derecho a la autonomía sexual de los trabajadores sexuales, cuando su consentimiento es genuino, sirve para autorizar el abuso”⁸².

En este último pasaje se deja reconocer, empero, una para nada insignificante transformación del sentido de la invocación del “derecho a la autonomía sexual”. Pues Gardner y Shute sostienen que el ejercicio de ese derecho por parte de una persona que –como pudiera serlo un trabajador sexual– *toma parte* en un contacto sexual con alguna otra persona precisamente llevaría a descartar que ese mismo contacto sexual ejemplifique el tipo de objetualización característico de una violación. En tal medida, sin embargo, se trataría entonces de un ejercicio de “libertad sexual positiva”, que *ex definitione* no podría verse comprometida en el *padecimiento* de una penetración potencialmente constitutiva de violación⁸³. Por ello, lo que cabe extraer de la observación de Gardner y Shute, más bien, es que el interés de autonomía que en abstracto fundamenta la protección dispensada a través de la prohibición jurídica de la violación puede simultáneamente demarcar o *restringir* el alcance de esa misma protección. Y a pesar de la terminología por ellos mismos favorecida, la propia explicación que ofrecen Gardner y Shute muestra que, nuevamente, nada específicamente sexual distingue a este interés de autonomía en tanto criterio de limitación. Pues en sus propias palabras, se trata aquí del “valor distintivo de permitir clases particulares de opciones a ser perseguidas, incluyendo variadas opciones sexuales, que a primera vista pueden parecer deshumanizadoras”, dado que “permitir a las personas, no obstante, perseguirlas es, hasta cierto punto, re-humanizador, porque les reconoce agencia moral”⁸⁴.

Recapitulando entonces: si bien la noción de libertad o autonomía *sexual* es inservible para la identificación de aquello que es protegido a través de la prohibición jurídica de la violación, la noción más genérica de autonomía *personal* –entendida en términos de un estatus relacional de no-dominación– sí

⁸¹ GARDNER y SHUTE (2000), p. 207.

⁸² GARDNER y SHUTE (2000), p. 207.

⁸³ Véase *supra*, 3.1.

⁸⁴ GARDNER y SHUTE (2000), p. 208.

puede ser exitosamente invocada como un criterio de fundamentación y delimitación de esa misma protección.

Es dogmáticamente indispensable, empero, resistir el colapso de la distinción entre el *fundamento* y el *objeto* de la protección dispensada por la norma de comportamiento cuyo quebrantamiento es constitutivo del respectivo género delictivo⁸⁵. La identificación precisa del bien jurídico constitutivo del correspondiente objeto de protección ha de quedar determinada por su función dogmática en tanto herramienta de reconstrucción racional de la regulación en cuestión. Esto significa, ante todo, que la identificación del bien jurídico protegido por la norma respectiva ha de exhibir suficiente *rendimiento descriptivo* como para contribuir a perfilar los contornos de la forma de comportamiento sometida a la norma. En estos términos, por “bien jurídico” cabe entender una determinada propiedad susceptible de ser exhibida por una persona, una cosa o una institución, en cuya conservación se sustenta una valoración positiva o favorable del estado de una persona, cosa o institución en tanto ejemplifique esa misma propiedad⁸⁶. De ello se sigue que si el delito en cuestión exhibe el carácter de un delito de lesión, entonces en su consumación ha de ser reconocible un menoscabo del objeto de protección de la norma correspondiente que se deje describir como una supresión –eventualmente: relativa a un determinado estado– de la propiedad positivamente valorada.

En la medida en que la violación haya de ser entendida como un delito de lesión para un bien jurídico propiamente individual, las consideraciones precedentes hablan decisivamente a favor de identificar ese bien jurídico, en todos los casos –esto es, también tratándose de una violación en su “forma pura”–, con la *indemnidad sexual* de la persona de la víctima. Para ello, por “indemnidad sexual” hay que entender la propiedad situacional exhibida por una persona actualmente no involucrada en contacto sexual alguno con una o más personas. Así definido, el concepto de indemnidad sexual se ve libre de toda connotación favorable a su posible interpretación “bienestarista”, en el sentido de que su menoscabo no ha de identificarse en modo alguno con algún daño o trauma –verbigracia, de índole psicológica– que pudiera seguirse del respectivo contacto sexual⁸⁷. Antes bien, en el hecho de que tenga lugar el contacto sexual correspondiente ha de agotarse la base de constatación de la lesión de la indemnidad sexual de la eventual víctima. Por otra parte, bajo la presente propuesta de definición la indemnidad sexual de una persona resulta

⁸⁵ Fundamental ya BINDING (1922), pp. 353 y ss., a propósito de la distinción entre el bien jurídico protegido por la norma respectiva y el correspondiente interés referido a –o “puesto en”– su protección.

⁸⁶ Fundamental KINDHÄUSER (1989), pp. 137 y ss.; véase también MAÑALICH (2009), pp. 89 y ss.

⁸⁷ Véase la crítica de Díez RIPOLLÉS (2000), pp. 14 y s.

ser una propiedad estrictamente *situacional*, lo cual hace posible sortear la objeción que se seguiría de su equiparación con la noción de “intangibilidad sexual”, cuya protección respondería al desiderátum de que “ciertas personas [...] deben permanecer completamente al margen de las experiencias sexuales”⁸⁸. Pues a diferencia de la castidad o la virginidad, la indemnidad sexual de una persona es enteramente compatible con el hecho de que esa misma persona sea sexualmente experimentada.

La tesis según la cual la prohibición de un contacto sexual *sub specie* violación sirve a la protección de la indemnidad sexual ciertamente tiene que enfrentar la aparente objeción de que, por esa vía, el respectivo ordenamiento jurídico se mostraría comprometido con la validación de una “presunción cultural de voluntad individual de exclusión del contacto sexual”⁸⁹. El punto está en que tal constatación parece ser incontrovertible de *lege lata*, la negación de lo cual es lo que subyace al esfuerzo –fallido– por racionalizar la prohibición de la violación como supuestamente orientada a la protección de la libertad sexual. Lo crucial es advertir, más bien, que la protección jurídica dispensada a la indemnidad sexual, en los términos ya propuestos, no necesita ser una protección *absoluta*. Esto es precisamente lo que está en juego cuando se advierte que, bajo ciertas condiciones, la protección de la indemnidad sexual de una persona puede encontrar un *límite* en el reconocimiento de su propia autonomía⁹⁰.

3.4. Excurso: la violación como delito de propia mano

Antes de cerrar la presente sección, puede ser importante dar cuenta de la conexión que, siguiendo una vez más a Gardner y Shute, cabe reconocer entre el estatus de la violación como delito de objetualización, por un lado, y la tradicional insistencia regulativa en su configuración como un “delito de penetración”, por otro⁹¹. Esta conexión es, no obstante, contingente, en el sentido de que ella sólo es reconocible en atención a un determinado marco de significación sociocultural. Pues como ellos mismos observan:

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

⁸⁸ Así y críticamente DÍEZ RIPOLLÉS (2000), p. 13.

⁸⁹ BASCUÑÁN (2013), p. 429.

⁹⁰ Véase *infra*, 4.3.

⁹¹ GARDNER y SHUTE (2000), pp. 209 y ss.

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-objeto⁹².

Lo que interesa ahora, empero, es hacer explícita la posible implicación “gramatical” de semejante clarificación “semántica” del estatus de la violación en tanto “delito de penetración”. Bajo el derecho chileno vigente, la violación tiene que ser entendida como un delito de propia mano⁹³. 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 regulativa⁹⁴. 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 mano⁹⁵.

Según ya se anticipara, la consideración determinante para ello es de naturaleza lógico-gramatical, lo cual significa: se trata de una consideración referida

⁹² GARDNER y SHUTE (2000), p. 210.

⁹³ Véase al respecto, y críticamente, RODRÍGUEZ COLLAO (2000), pp. 166 y ss.

⁹⁴ Aquí puede ser ilustrativo el desacuerdo constatable entre HÄLSCHNER (1885), pp. 229 y s., quien negaba a la violación tipificada en el § 177 del RStGB el carácter de delito de propia mano, y BINDING (1915), pp. 265 y ss., quien le reconocía tal carácter; véase también BINDING (1902), pp. 200 y 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 y 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 c), p. 92, n. 192.

⁹⁵ 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 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 colateral; al respecto, véase el argumento ofrecido en MAÑALICH (2011 c), p. 91. 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) tenga que ser entendida como “ejecutivamente auto-involucrante”, en el sentido en que esta noción es definida en el texto principal.

a la *estructura* de toda acción que satisface una descripción así formulada⁹⁶. 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 en la cual se encuentra el propio agente⁹⁷. 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 precisamente exhibe la estructura de un delito de propia mano⁹⁸. 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 persona⁹⁹, lo cual resulta estrictamente determinado, empero, por las descripciones que especifican los tipos de acción de cuya ejemplificación se trata¹⁰⁰. 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 directa¹⁰¹, quedando a su respecto descartadas, en consecuencia, la autoría mediata y la coautoría¹⁰².

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

⁹⁶ Ello es agudamente detectado por SOLER (1992), pp. 308 y 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.

⁹⁷ Véase BENNETT (1988), pp. 221 y ss., quien argumenta en referencia al verbo “patear” (*to kick*); al respecto, también MOORE (1993), pp. 227 y ss.

⁹⁸ Véase GUZMÁN DALBORA (2007), pp. 16 y s., para una escueta pero sugerente comparación de la estructura típica de los delitos de violación y de allanamiento de morada en tal sentido.

⁹⁹ Fundamental ya BINDING (1915), pp. 265 y ss., 270; coincidentemente KADISH (1985), pp. 372 y 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.

¹⁰⁰ Como aquí ya JOERDEN (1988), pp. 82 y ss., 84.

¹⁰¹ 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 y ss.

¹⁰² En contra de lo sugerido por GÓMEZ RIVERO (2006), pp. 106 y ss., 110 y 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 y s.

el quebrantamiento de una norma que prohíbe (o requiere) una acción de la primera clase puede ser constitutivo de un delito de propia mano¹⁰³. Un ejemplo de la segunda categoría lo provee cualquier subtipo de acción auto-lesiva, 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 auto-lesión (*lato sensu*), la acción cuya ejecución es aquí delictiva cuenta como resultativamente “auto-involucrante”, lo cual deja intacta la posibilidad de una autoría mediata¹⁰⁴. 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 tipificado¹⁰⁵. En tal medida, *no* se trata aquí de un delito de propia mano.

Tratándose de una violación, la alteración que la ejecución (exitosa) de la acción constitutiva del acceso carnal conlleva para la situación corporal del

¹⁰³ La distinción es determinante 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 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 contrae 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. Invertidamente, esta misma consideración lleva a HERZBERG (1970), pp. 943 y ss., a caracterizar, con razón, el delito de declaración falsa por testigo o perito, tipificado en el § 153 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 otro.

¹⁰⁴ El punto es claramente detectado por HERZBERG (1970), pp. 921 y 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”.

¹⁰⁵ Ello se dejaría 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 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”. Acerca de los criterios para la fundamentación de una posible autoría mediata en tales casos, véase MAÑALICH (2010), pp. 405 y ss., 407 y ss.; MAÑALICH (2014), pp. 153 y ss.

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)¹⁰⁶, 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 acción¹⁰⁷. 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)¹⁰⁸.

Para cerrar el análisis, cabe apuntar que, no obstante un muy extendido lugar común, 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* tuviera 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”¹⁰⁹, es igualmente compatible con

¹⁰⁶ Acertadamente JOERDEN (1988), pp. 83 y s.

¹⁰⁷ Por contrapartida, una descripción como “matar a otro” no es primitiva sino “mediada”, en tanto causalmente compleja: una acción identificada bajo esta última descripción 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 causal. Véase al respecto MAÑALICH (2012 c), pp. 676 y ss., 679 y ss.; MAÑALICH (2014), pp. 67 y ss., con ulteriores referencias.

¹⁰⁸ Pues mientras que 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. Véase al respecto MAÑALICH (2012 c), pp. 680 y ss.; MAÑALICH (2014), pp. 32 y ss.

¹⁰⁹ GARRIDO (2010), p. 275. En igual sentido argumenta CARNEVALI (2001), pp. 14 y ss.

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 “auto-involucrante”.

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 “acceder carnalmente”, sino de la expresión “acceder carnalmente *por vía vaginal, anal o bucal*”¹¹⁰. 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 accedida¹¹¹. En tal medida, y bajo la hipótesis de la falta de identidad entre la persona accedente y la persona accedida¹¹², 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 carnal¹¹³, pudiera simultáneamente ocupar el lugar de la persona accedente¹¹⁴.

¹¹⁰ Acertadamente a este respecto CARRASCO (2007), pp. 144 y ss.

¹¹¹ 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.

¹¹² Más allá de cuáles sean las posibilidades gimnásticas para la auto-penetración –cabría asumir: por vía anal o bucal– de una persona, la expresión “acceder carnalmente” parece designar una relación irreflexiva: X no puede acceder carnalmente a X.

¹¹³ Esto último deja a salvo la posibilidad de que X acceda carnalmente a 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.

¹¹⁴ Ello se ve plástica, aunque impropriamente expresado en la denominación “violación inversa”; véase al respecto CARRASCO (2007), p. 141, quien yerra manifiestamente, empero, al sostener que en los casos de esas características la persona carnalmente accedida por otra no podría ser autora de un delito de abuso sexual en contra de la persona que accede carnalmente a ella (pp. 147 y ss.): 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 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. 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

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 pudiera ser autor (directo) de un delito de violación¹¹⁵. 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”¹¹⁶. Y conceptualmente al menos, no cabe descartar la posibilidad de que una persona cuyo organismo exhiba alguna variante específica de intersexualidad –otrora 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 masculino¹¹⁷. 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.

4. La individuación de las normas de comportamiento

4.1. La inviabilidad de una estrategia “monista”

Más arriba se ofreció un pormenorizado argumento encaminado a refutar la tesis capital sobre la cual descansa el esquema dualista, a saber: la tesis que postula una bifurcación de la protección de la libertad sexual y la indemnidad sexual a través de las normas cuyo quebrantamiento imputable puede ser constitutivo de (alguna variante de) violación punible bajo el Código Penal. En contra de ello, la tesis aquí defendida postula la protección de un único bien

contexto del respectivo contacto sexual, supondría validar una caricatura sexista, heteronormativamente impuesta; véase al respecto MAÑALICH (2011 c), pp. 84 y ss., 92 y s.

¹¹⁵ Así empero la doctrina chilena ampliamente mayoritaria: LABATUT (2005), p. 137; ETCHEBERRY (1998), pp. 57 y s.; GUZMÁN DALBORA (2000), p. 217; RODRÍGUEZ COLLAO (2000), pp. 142 y s.; POLITOFF *et al.* (2004), pp. 242 y 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 y ss., 920.

¹¹⁶ En este contexto, y *pace* LACAN (2006), pp. 575 y ss., 579, los términos “pene” y “falo” son tenidos por semánticamente equivalentes.

¹¹⁷ Véase al respecto HIRD (2004), pp. 122 y 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 c), pp. 75 y ss., 81 y ss., con ulteriores referencias.

jurídico a través de las normas respectivas. Pero con ello aún nada se ha dicho acerca de cuáles son, exactamente, tales normas, esto es: acerca de cómo han de ser individuadas.

Lo primero que se impone, empero, es justificar el uso del plural en la formulación del problema recién ofrecida: ¿por qué habría que asumir, de entrada, que serían *varias* las normas de comportamiento cuyo quebrantamiento pudiera ser constitutivo de un delito de violación? La respuesta puede ser enunciada como sigue: resulta del todo implausible reconstruir el contenido de injusto de cada una de las formas de comportamiento cuya realización imputable resulta punible o bien bajo el art. 361 o bien bajo el art. 362 si se postula una *única* norma de prohibición en este contexto. Pues asumiendo que el tipo de acción sometido a esa única prohibición hubiese de quedar especificado por una descripción que se vea realizada por todo comportamiento que resulte punible –como delito consumado– bajo el art. 361 o el art. 362, esa descripción no sería otra que la siguiente: “acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal a una persona”. Pero ello significaría que la función de las cláusulas expresadas en los numerales del art. 361, que cualifican (alternativamente) esa misma descripción nuclear, se reduciría al establecimiento de meros *filtros de punibilidad* del eventual quebrantamiento de esa única norma de comportamiento. Con ello, esas mismas cláusulas carecerían de toda relevancia para la fundamentación del carácter específicamente delictivo de las variantes de violación establecidas en ese mismo artículo¹¹⁸.

Esto último es manifiestamente inverosímil. Pues supóngase que la pretendidamente única norma de comportamiento aquí involucrada hubiese de ser formulada como sigue:

Prohibido:

acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal a X,
si X es una persona (natural).

Una implicación de semejante estrategia de individuación “monista” sería, en efecto, que cada vez que una persona penetra a otra por alguna de las tres cavidades privilegiadas por el legislador, la primera persona estaría *eo ipso* quebrantando una prohibición jurídica, y esto significa: con total independencia de que la persona que es objeto del respectivo acceso carnal sea mayor de edad, disponga de una constitución física y psíquica enteramente adecuada a nuestros prototipos culturales, no se encuentre en estado de inconsciencia ni esté padeciendo ejercicio alguno de coacción. Esto resulta incompatible con el hallazgo de que la legitimidad de la protección jurídica de la indemnidad

¹¹⁸ Para la distinción entre los conceptos de delito y hecho punible, véase *supra*, 1.

sexual de una persona depende de que, bajo ciertos parámetros, el reconocimiento de su interés general de autonomía lleve a la configuración de un ámbito de *desprotección* de su indemnidad sexual. Ello devendría irrealizable, empero, a través de la postulación de una única norma de prohibición cuyo quebrantamiento pudiera representar el común denominador de toda variante de violación punible. Y ello cuenta como una razón suficientemente poderosa para tener por refutada esa tal propuesta de individuación “monista”.

4.2. ¿Correspondencia singularizada entre normas de comportamiento y normas de sanción?

La inviabilidad de una tesis como la recién examinada habla decisivamente a favor de la postulación de más de una norma de comportamiento cuyo quebrantamiento pueda ser punible bajo las normas de sanción de los arts. 361 y 362 del Código Penal chileno. *Cuántas* hayan de ser las normas de comportamiento en cuestión, no es algo que pueda establecerse con prescindencia de la indagación sustantiva en la especificidad del correspondiente contexto regulativo. Con arreglo al así llamado “principio de parsimonia”¹¹⁹, sin embargo, la estrategia de individuación que se privilegie tendría que postular nada más que aquel conjunto de normas que sea mínimamente suficiente para la adecuada reconstrucción de ese mismo contexto regulativo. Habiendo sido ya descartada una estrategia de individuación monista, por resultar explicativamente estéril, la cuestión a examinar es si a través de la postulación de (nada más que) *dos* normas prohibitivas pudiera alcanzarse una reconstrucción sustantivamente adecuada de la regulación.

Según ya se mostrara, tal solución en efecto subyace al esquema dualista. A este respecto, lo distintivo del esquema dualista es que éste asume una estrategia de individuación de dos normas prohibitivas diferentes, en la forma de una tesis de correspondencia singularizada o “uno-a-uno”: la norma de sanción del art. 361 reforzaría, exclusivamente, una determinada norma de comportamiento, mientras que la norma de sanción del art. 362 reforzaría, también exclusivamente, *otra* norma de comportamiento. La virtud de semejante estrategia radica en su simplicidad operativa. Pues la tarea de individuar cada una de las normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas se volvería ciertamente más sencilla si cada norma de sanción reforzara una y nada más que una norma de comportamiento. Pero ya Binding demostró, con suficiente contundencia, que

¹¹⁹ Vulgarmente, se lo conoce como el principio de la “navaja de Occam”, de acuerdo con el cual “deberíamos trabajar con la hipótesis de que una entidad no existe si su postulación carece de impacto explicativo”; así SOBER (1981), p. 145, en el contexto de un pormenorizado análisis del estatus del principio en cuestión.

semejante estrategia de individuación singularizada puede resultar del todo inadecuada¹²⁰. Pues es claro que hay ámbitos regulativos cuya adecuada reconstrucción puede depender de la adopción de una estrategia de individuación diversa. Simplemente a modo de ejemplo: ¿tendría sentido asumir que el autor de un parricidio quebranta una norma distinta de la norma quebrantada por el autor de un homicidio, por la sola circunstancia de que la norma de sanción del art. 390, que tipifica el parricidio es –indiscutiblemente– divergente de la norma de sanción del art. 391, que tipifica las variantes básica y calificadas del homicidio *stricto sensu*¹²¹?

La consideración determinante que explica el compromiso –a lo menos implícito– del esquema dualista con la estrategia de individuación singularizada, ya reseñada, se halla precisamente en la hipótesis de que la prohibición cuyo quebrantamiento puede ser punible bajo el art. 361 protegería un bien jurídico que no podría resultar protegido por la prohibición cuyo quebrantamiento pudiera ser punible bajo el art. 362. Pero puesto que, según ya se ha argumentado, esa hipótesis no se sostiene, cabe explorar una estrategia de individuación diferente.

4.3. La prohibición de la violación frente a la prohibición de la violación de menor impúber

En oposición a la hipótesis subyacente al esquema dualista, cabe asumir que las normas cuyo quebrantamiento puede resultar punible o bien bajo el art. 361 o bien bajo el art. 362 protegen uno y el mismo bien jurídico, a saber: la indemnidad sexual. Ya se ha establecido, además, que una estrategia de

¹²⁰ En detalle BINDING (1922), pp. 188 y ss.

¹²¹ De acuerdo con lo ya sugerido *supra*, 1, que el autor de un parricidio quebrante (nada más que) la misma norma de comportamiento que el autor de un homicidio –a saber: la prohibición de matar a otro– se traduce en que no cabe reconocer un dolo específico de parricidio, diferente del dolo de homicidio, en la medida en que el dolo quede constituido por la representación de las circunstancias que fundamentan la antinormatividad –esto es, el carácter específicamente delictivo– del comportamiento que es objeto de imputación, no extendiéndose a aquellas de cuya efectividad pudiese depender, ulteriormente, la constitución del correspondiente hecho punible. Al respecto, y en referencia específica a la tipificación del “homicidio de ascendiente” bajo el § 215 del RStGB, véase BINDING (1916), pp. 977 y ss., 981 y s., 987 y ss., quien al mismo tiempo observaba que el conocimiento –esto es: la representación acertada– por parte del autor de la relación de parentesco que lo vincula con la víctima operaría como un elemento de la punibilidad, y más precisamente: en la forma de una “marca de altura” de la punibilidad del correspondiente delito (*stricto sensu*) de homicidio. Ello ofrece una clave para la interpretación de la cláusula “conociendo las relaciones que los ligan” del art. 390 del CP chileno, en el sentido de que el conocimiento de la relación que vincula al autor con la víctima se encuentra explícitamente reconocido como un requisito de la punibilidad (del respectivo homicidio) sub specie parricidio. Así se obtendría una fundamentación (normológica) del tradicional aserto según el cual, bajo el derecho chileno, no se dejaría construir tal cosa como un “parricidio imprudente”: quien desconociendo la respectiva relación interpersonal con relevancia bajo el art. 390 mata a otro, será *ceteris paribus* autor de un homicidio doloso, punible como tal bajo el art. 391.

individuación “monista” resultaría incapaz de asignar relevancia delictiva a las variables especificadas por las cláusulas que complementan la descripción nuclear que es común a todas las variantes de violación punibles bajo los arts. 361 y 362. Precisamente para asignar relevancia a esas variables como factores del carácter específicamente delictivo de la respectiva instancia de acceso carnal, resulta imprescindible asumir la coexistencia de *dos* normas de comportamiento. Pero estas dos normas no necesitan ser individuadas con arreglo a una tesis de correspondencia singularizada *vis-à-vis* con las normas de sanción de los arts. 361 y 362, sino que admiten ser individuadas bajo una tesis de *correspondencia superpuesta*.

La primera de esas dos normas, que para facilitar su identificación será denominada “la prohibición de la violación” a secas (en adelante: “PV”), exhibe la siguiente estructura:

Prohibido:

acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal a X,

si X es una persona (natural):

- mediante fuerza o intimidación ejercidas sobre X; o
- si X se encuentra privado de sentido; o
- mediante abuso de la incapacidad de X de oponerse; o
- mediante abuso de la enajenación o trastorno mental de X.

La norma así formulada resulta ser leve, pero decisivamente divergente de la primera de las dos normas de comportamiento con las cuales se encuentra ontológicamente comprometido el esquema dualista¹²². La diferencia específica concierne a la posición de quien puede ser objeto del respectivo acceso carnal. Pues bajo la formulación de PV aquí propuesta, esa posición puede ser ocupada por cualquier persona, con total independencia de cuál sea su rango etario. Esta proposición encuentra sustento en la identificación de la indemnidad sexual como el objeto de protección de PV, así individuada. Pues a diferencia de la así llamada “libertad sexual”, la indemnidad sexual se presenta como un bien jurídico cuya protección jurídica tiene sentido con total independencia de cuál sea la edad de la persona que puede contar como su titular individualizado.

La protección que PV dispensa a la indemnidad sexual, empero, es *relativa*, y más precisamente: relativa a la existencia de un determinado *déficit de autonomía* en la persona carnalmente accedida por el potencial autor. Justamente en este sentido se deja explicar la función de la cláusula disyuntiva que, en el contexto de la formulación de PV, complementa la descripción nuclear que especifica el tipo de acción sometido a prohibición. De este modo, el carácter prohibido de

¹²² Véase *supra*, 2.3.

una acción de acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal queda sometido a la condición de que su ejecución tenga lugar o bien mediante fuerza o intimidación, o bien estando la persona carnalmente accedida privada de sentido, o bien abusando de su incapacidad de oponerse, o bien abusando de su enajenación o trastorno mental. Cada una de estas circunstancias se deja entender como el *indicador* de un determinado déficit de autonomía de parte de aquella persona cuya indemnidad sexual es menoscabada por vía de penetración¹²³. Luego, y a *contrario sensu*, si la ejecución de la acción de acceso carnal no tiene lugar en una situación en la cual se presente alguna de tales circunstancias, esa misma acción no resulta sometida a PV, precisamente porque la autonomía de la persona penetrada es aquí reconocida como criterio de *desprotección* de su propia indemnidad sexual. Y esto último ofrece una clave, asimismo, para advertir por qué se encuentra categorialmente fuera de lugar la pregunta acerca de la pertinencia de un “consentimiento en la violación” frente a las circunstancias que condicionan el carácter prohibido del respectivo acceso carnal bajo PV¹²⁴.

En tanto criterio de exclusión del carácter delictivo de una determinada forma de comportamiento, la categoría del consentimiento se deja reconstruir en la forma de una condición de cancelación de la validez situacional de la norma respectiva, condición que por definición es externa a la norma de cuya aplicabilidad se trata¹²⁵. Esto significa que el consentimiento del titular del respectivo bien jurídico, en tanto ejercicio autónomo de libertad de disposición jurídicamente reconocida, deja intacto el efectivo acaecimiento del menoscabo de ese mismo bien jurídico cuya producción se encuentra sometida a prohibición¹²⁶. A modo de ejemplo: la acción del médico que corta la pierna gangrenada del paciente no deja de satisfacer la descripción que la convertiría en prohibida *sub specie* mutilación por la circunstancia de que el paciente haya prestado su consentimiento a la intervención quirúrgica¹²⁷.

¹²³ Nótese que se trata de indicadores y no indicios: mientras que un indicador se encuentra conceptualmente conectado con aquello de lo cual el mismo es indicativo, la conexión entre un indicio y aquello de lo cual aquél es indiciario se sustenta en alguna generalización empírica. De ahí que la correcta aplicación de un indicador sea –de cara a la posible impugnación de la respectiva decisión judicial– una “cuestión de derecho”, y no una “cuestión de hecho”. Fundamental al respecto PUPPE (2011), pp. 35 y s., 39 y ss.

¹²⁴ Véase al respecto, aunque desde una perspectiva diferente, RODRÍGUEZ COLLAO (2000), pp. 145 y ss.

¹²⁵ En detalle al respecto MAÑALICH (2009), pp. 80 y ss.; véase también KINDHÄUSER (2010), pp. 502 y ss.

¹²⁶ O cuyo impedimento se encuentra sometido a (una norma de) requerimiento o “mandato”, esto es: de una norma cuyo quebrantamiento puede ser constitutivo de un delito omisivo.

¹²⁷ Aquí se está dando por sentado que, bajo el derecho chileno vigente, “mutilación” y “lesión corporal” designan dos géneros delictivos diferentes, el primero constituido por el quebrantamiento de una norma orientada a la protección de la integridad corporal y el segundo constituido por el quebrantamiento de una norma orientada a la protección de la salud corporal.

Pero lo mismo no se deja decir, *mutatis mutandis*, cuando dos personas practican un coito en una situación en la cual ni existe un ejercicio de fuerza o intimidación, ni se encuentra privada de consciencia la persona penetrada, ni hay abuso de su eventual incapacidad de oponerse, ni hay abuso de su eventual enajenación o trastorno mental. En tal caso, la acción constitutiva del acceso carnal en cuestión precisamente *no* satisface la descripción que pudiera convertirla en prohibida *sub specie* violación (“a secas”), entendiendo por tal el género delictivo constituido por toda instancia de quebrantamiento (imputable) de PV. De ahí que sea dogmáticamente acertado hablar, en tal caso, de un “acuerdo” (*Einverständnis*) por parte de la persona penetrada, para expresar nada más que la falta de satisfacción de cada uno de los correspondientes indicadores de falta de autonomía, que aquí son *internos* a la norma –PV– de cuya aplicabilidad se trata¹²⁸.

Que PV proteja la indemnidad sexual a condición de que en el respectivo contacto sexual sea reconocible un déficit de autonomía de cierto tipo por parte de quien es objeto de penetración tendría que volver del todo comprensible que esa protección también se encuentre dispensada a favor de personas menores de 14 años. Pues no hay razón alguna para poner en cuestión la posibilidad de que una persona perteneciente a este rango etario pueda quedar expuesta a padecer un acceso carnal bajo alguna de las circunstancias que fungen como marca de semejante déficit de autonomía. Con ello, la pregunta se reduce a si una persona que aún no ha cumplido 14 años de edad puede encontrarse, frente a un posible contacto sexual, en alguna de las situaciones de falta de autonomía que activan la protección así dispensada a la indemnidad sexual en tanto bien jurídico individual, tal como ello ocurre tratándose de personas que han superado ese umbral etario. Y la respuesta sólo puede ser afirmativa¹²⁹.

Pero según ya se indicara, PV no agota el catálogo de normas de comportamiento cuyo quebrantamiento puede ser punible bajo los arts. 361 y 362. En efecto, para la adecuada reconstrucción del alcance de esas dos normas de sanción es necesaria la postulación de una segunda norma de comportamiento, que en lo que sigue será designada como “la prohibición de la violación de menor impúber” (en adelante: “PVMI”), y cuya estructura es la siguiente:

¹²⁸ Para semejante articulación normológica de la distinción entre las categorías de consentimiento y de acuerdo, véase MAÑALICH (2009), pp. 100 y ss., con referencias ulteriores. Ello deja intacto, desde luego, que una y otra categoría operen fundamentando, expresado en terminología dogmática, una exclusión de la tipicidad del comportamiento que funge como objeto de una potencial imputación.

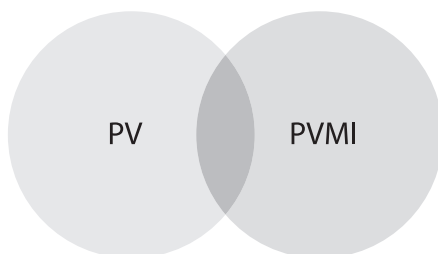
¹²⁹ Esto deja a salvo, desde luego, la posibilidad de que ello pudiera no ser predicable de un recién nacido, o aun de un niño de muy temprana edad. Pero al igual como sucede –entre otras– tratándose de la prohibición de la coacción o de la privación de libertad, se trata aquí de una cuestión estrictamente contingente, que de ningún modo justificaría recortar el alcance de la prohibición que dispensa la respectiva protección.

Prohibido:

acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal a X,
si X es una persona (natural) menor de 14 años.

La norma así formulada se deja entender como una prohibición que amplifica la protección dispensada por PV a la indemnidad sexual de toda persona menor de 14 años. La ampliación tiene lugar por la vía de que, bajo PVMI, resulta *per se* prohibida toda acción de acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal a una persona perteneciente a ese rango etario, cuya indemnidad sexual pasa a encontrarse, por esta exclusiva circunstancia, *absolutamente* protegida frente al “modo de ataque” representado por la penetración¹³⁰. Y que la protección así dispensada sea absoluta sólo se deja entender por contraste con la relatividad de la protección que PV dispensa a la indemnidad sexual de toda persona: la protección de la indemnidad sexual de una persona menor de 14 años frente a un acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal subsiste aun cuando ella no se encuentre en una situación en la cual se vea satisfecho alguno de los indicadores de déficit de autonomía que condicionan la aplicabilidad de PV.

Bajo la tesis aquí favorecida, entonces, una persona menor de 14 años puede ser víctima *tanto* de un delito de violación (“a secas”) *como* de un delito de violación de menor impúber¹³¹. Ello se explica en atención a la relación en que se encuentran los ámbitos de aplicación de una y otra norma de prohibición, que en términos lógico-formales resulta ser una relación de *interferencia*¹³²:



Que exista una superposición parcial de los ámbitos de aplicación de una y otra norma implica que es posible que una misma acción quede sometida a ambas prohibiciones. Y tal será precisamente el estatus de una acción consis-

¹³⁰ Esta divergencia en cuanto al fundamento de la protección de la indemnidad sexual dispensada por PVMI basta para dar cuenta de la considerable mayor plausibilidad de la invocación de un error de prohibición tratándose de una eventual imputación de una violación de menor impúber, que tratándose de una eventual imputación de una violación “a secas”. En detalle al respecto, aun cuando desde el punto de vista del esquema dualista, MAÑALICH (2012 b), pp. 55 y ss., 62 y ss.

¹³¹ Nótese que, por tratarse del quebrantamiento de normas prohibitivas diferentes, la violación (“a secas”) y la violación de menor impúber constituyen géneros delictivos asimismo diferentes; véase *supra*, 1, con nota 13.

¹³² Véase *supra*, nota 23.

tente en el acceso carnal a una persona menor de 14 años que tenga lugar o bien mediante fuerza o intimidación a su respecto, o bien estando esa persona en estado de inconsciencia, o bien abusando de su incapacidad de oponerse, o bien abusando de su enajenación o trastorno mental¹³³. Que en tal caso, empero, el quebrantamiento conjunto de PV y PVMI resulte exclusivamente punible bajo el art. 362, es un dato de la regulación cuya explicación pasa por clarificar la relación en que se encuentran las normas de comportamiento y las correspondientes normas de sanción, una vez que se ha renunciado a la tesis de la correspondencia singularizada¹³⁴.

4.4. El alcance de la prohibición del estupro

A propósito del ejercicio de individuación de las normas de comportamiento cuyo quebrantamiento puede ser constitutivo o bien de un delito de violación o bien de un delito de violación de menor impúber, cabe hacer explícitas las implicaciones que la tesis aquí defendida habría de tener para la individuación de la norma cuyo quebrantamiento puede ser constitutivo de un delito de estupro, tal como éste se encuentra tipificado en el art. 363 del Código Penal.

El rechazo de una estrategia de individuación construida sobre la tesis de una correspondencia singularizada o uno-a-uno, entre normas de comportamiento y normas de sanción tendría que dotar de plausibilidad a la siguiente formulación de la prohibición del estupro (en adelante: “PE”):

Prohibido:

acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal a X,

si X es una persona (natural) menor de 18 años:

- mediante abuso de una anomalía o perturbación mental de X¹³⁵; o
- mediante abuso de una relación dependencia de X¹³⁶; o
- mediante abuso del grave desamparo en que se encuentra X; o
- a través de engaño mediante abuso de la inexperiencia o la ignorancia sexual de X.

¹³³ Acerca del estatus del concurso de delitos (en sentido bindingiano) constituido por el quebrantamiento conjunto de una y otra norma prohibitiva en tal caso, véase *infra* 5.2.

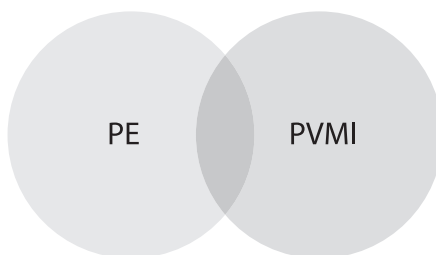
¹³⁴ Véase *infra*, 5.1.

¹³⁵ La razón para no incluir aquí la exigencia de que la anomalía o perturbación mental “no sea constitutiva de enajenación o trastorno”, que figura en el N° 1 del art. 363, estriba en que la mejor interpretación de esta última exigencia consiste en entenderla como una cláusula de subsidiariedad expresa, que condiciona la aplicabilidad de la norma de sanción del art. 363 a la falta de aplicabilidad, en relación con la misma instancia de acceso carnal, de la norma de sanción del art. 361.

¹³⁶ La razón para no incluir aquí la cláusula “como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral”, que figura en el N° 2 del art. 363, estriba en que la función de ésta es puramente ejemplificativa, y no definitoria, del concepto de abuso de una relación de dependencia.

Lo que justifica esta formulación de PE es la misma consideración que fuera aducida para justificar la formulación ya ofrecida de PV: no hay razón alguna para asumir que la indemnidad sexual de una persona menor de 14 años no pudiera verse expuesta a un menoscabo a través de un acceso carnal por parte de otra persona que tuviera lugar en alguna de las circunstancias especificadas por la respectiva cláusula disyuntiva. Frente a PV, lo que distingue a PE concierne a los indicadores de déficit de autonomía que condicionan la protección dispensada a la indemnidad sexual de la víctima: tratándose de una persona menor de 18 años, la protección dispensada por PV se ve complementada por la protección dispensada por una norma que somete a prohibición el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal¹³⁷, cuando éste tiene lugar en una circunstancia legislativamente identificada como una marca de *vulnerabilidad específica* en el ejercicio de autonomía personal por parte de quien es objeto del respectivo acceso carnal¹³⁸.

Por supuesto, el hecho de que bajo la propuesta aquí favorecida una acción sometida a PE pueda al mismo tiempo quedar sometida a PVMI, en la medida en que la persona carnalmente accedida sea menor de 14 años, se traduce en que la relación en que se encuentran los ámbitos de aplicación de una y otra norma también sea de interferencia:



¹³⁷ Puesto que el tipo de acción sometido a prohibición sub specie estupro también se encuentra especificado por una descripción cuyo núcleo es idéntico al de las descripciones de la violación y la violación de menor impúber, el estupro también cuenta, bajo el derecho chileno, como un delito de propia mano, resultando enteramente pertinente a su respecto lo ya sostenido *supra*, 3.4.

¹³⁸ Perversamente, un complemento adicional a la protección dispensada a la indemnidad sexual de personas menores de 18 años lo provee la prohibición cuyo quebrantamiento imputable resulta punible como “sodomía” de un varón menor de edad, bajo la norma de sanción del art. 365. La diferencia crucial frente a la prohibición del estupro está determinada por el hecho de que la prohibición aquí considerada no dispensa protección a la indemnidad sexual de personas menores de edad en atención a algún indicador de vulnerabilidad específica en el ejercicio de su autonomía, sino meramente frente al carácter homosexual del respectivo acceso carnal. Latamente al respecto BASCUÑÁN (2011), pp. 120 y ss., en su comentario crítico del lamentable pronunciamiento del Tribunal Constitucional de fecha 4 de enero de 2011, en causa rol N° 1683-2010. Así se muestra con especial claridad la importancia de la distinción metodológica entre los conceptos de objeto de protección y fundamento de protección; al respecto *supra*, 3.3. Pues el art. 365 refuerza una prohibición que dispensa una protección de la indemnidad sexual homofóbicamente fundamentada.

Y que el posible quebrantamiento conjunto de PE y PVMI –precisamente cuando la persona carnalmente accedida es menor de 14 años– pueda resultar exclusivamente punible bajo el art. 362, es un dato de la regulación que sólo puede ser racionalizado en el marco de una respuesta a la pregunta por la relación en que se encuentran las normas de comportamiento aquí involucradas con las respectivas normas de sanción, cuando esta pregunta deja de estar dominada por la hipótesis de una correspondencia singularizada entre unas y otras.

5. El alcance de las normas de sanción

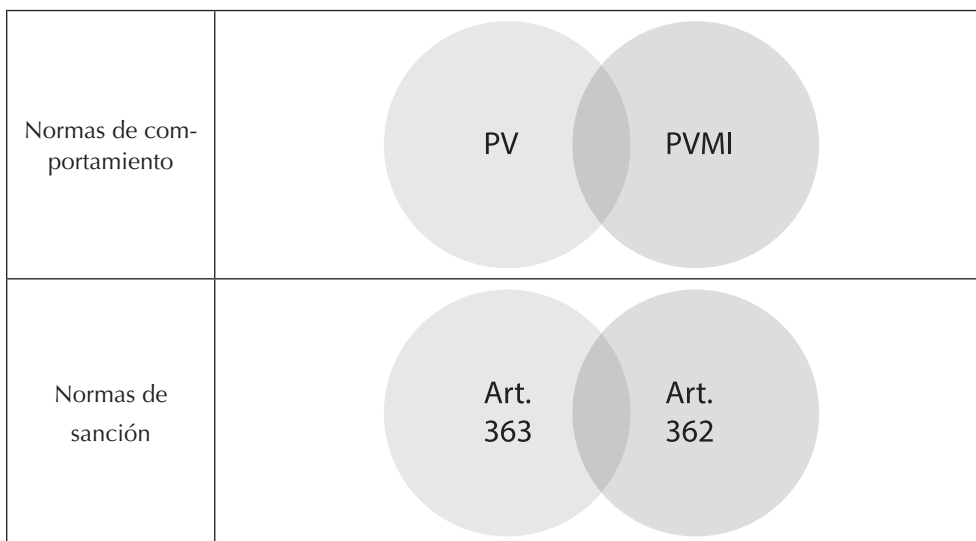
5.1. La edad de la víctima como factor de distribución de los ámbitos de punibilidad

La cuestión que resta por esclarecer concierne a la específica configuración de la relación en que se encuentran las normas de comportamiento cuyo quebrantamiento puede ser constitutivo de violación o de violación de menor impúber, por un lado, y las normas de sanción bajo las cuales su respectivo quebrantamiento puede resultar punible, por otro. En atención a cómo se encuentran estructuradas las normas de sanción de los arts. 361 y 362, la respuesta es la siguiente: el quebrantamiento de PV resulta punible bajo el art. 361, *a menos* que el acceso carnal haya tenido como objeto una persona menor de 14 años; de ser éste el caso, el quebrantamiento de PV resulta punible bajo el art. 362, al igual que cualquier quebrantamiento de PVMI. Formulado más esquemáticamente: bajo el art. 361 resulta punible exclusivamente el quebrantamiento de PV, si y sólo si la víctima es una persona mayor de 14 años; bajo el art. 362 resulta punible el quebrantamiento de PV, si y sólo si la víctima es una persona menor de 14 años; y bajo el art. 362 resulta asimismo punible el quebrantamiento de PVMI, sin ulterior condición.

A diferencia de lo que se seguiría de la adopción de una estrategia de individuación singularizada o “uno-a-uno”, entonces, la tesis aquí defendida se deja descomponer en dos proposiciones, que son estrictamente complementarias: por una parte, la proposición de que una determinada norma de comportamiento –PV– se halla reforzada por dos normas de sanción, cuyos respectivos supuestos de hecho se encuentran en relación de heterogeneidad (o mutua exclusión)¹³⁹; por otra parte, la proposición de que la norma de sanción del art. 362 refuerza, por de pronto, dos normas de comportamiento diferentes¹⁴⁰, a saber: PV y PVMI. Gráficamente simbolizado:

¹³⁹ Véase *supra*, 2.2. Acerca de semejante posibilidad normológica, véase ya BINDING (1922), pp. 190 y s.

¹⁴⁰ Acerca de esta posibilidad normológica, véase BINDING (1922), pp. 205 y ss., aunque en exclusiva referencia a la configuración legislativamente explícita de “tipos mixtos”.

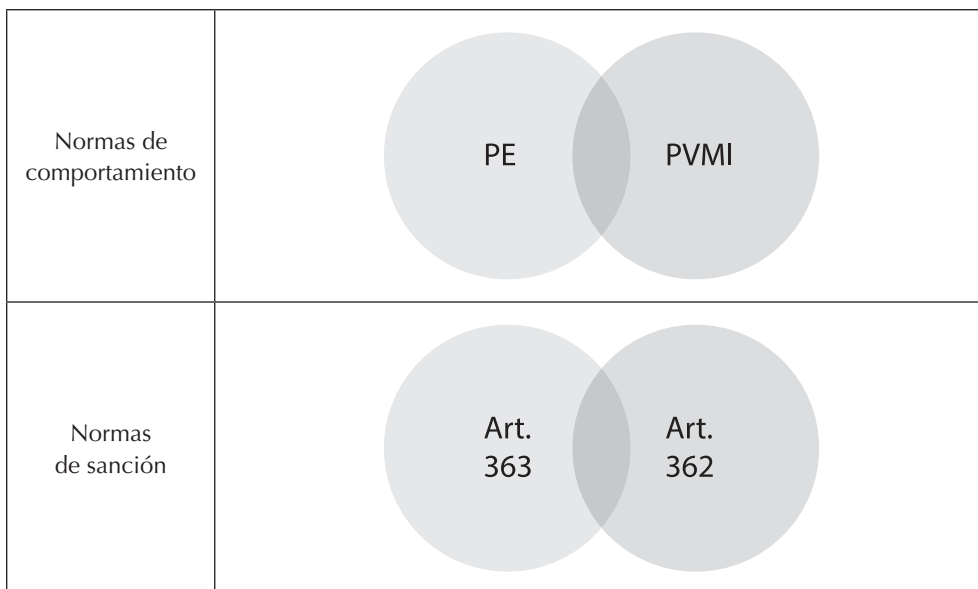


Asumiendo la “congruencia cartográfica” de los ámbitos de aplicación –esto es, de la *extensio*– de las normas de uno y otro nivel, el cuadro hace reconocible el segmento de la extensión del ámbito de aplicación de PV en el cual ésta queda reforzada por la norma de sanción del art. 362, y no por la del art. 361, que es exactamente el segmento que se corresponde con la zona de su interferencia con el ámbito de aplicación de PVMI. Y desde luego, ya sabemos cuál es la variable que determina que una acción quede sometida a PV en el segmento de su intersección con PVMI, de modo tal que un quebrantamiento de PV a través de una acción que se ubique en ese segmento resulte punible bajo el art. 362: la variable de que la persona carnalmente accedida sea una persona menor de 14 años. Esto significa que la circunstancia de que la persona carnalmente accedida sea mayor o menor de 14 años opera como un factor de *distribución disyuntiva de los ámbitos de punibilidad* del quebrantamiento de PV: si el quebrantamiento de PV tiene lugar a través de un acceso carnal a una persona mayor de 14 años, el correspondiente delito de violación (“a secas”) así constituido resultará punible bajo el art. 361; si la víctima es menor de 14 años, en cambio, el correspondiente delito de violación (también: “a secas”) resultará punible bajo el art. 362.

Esta última proposición vuelve enteramente comprensible la cláusula final del art. 362: el acceso carnal a una persona menor de 14 años resulta punible en los términos ahí previstos “*aunque* no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo precedente”. Notablemente, el uso de la conjunción concesiva “aunque” sugiere que, a pesar de no condicionar *per se* la punibilidad del acceso carnal a un menor de 14 años, la regulación legal asume la posibilidad de que ese acceso carnal tenga lugar acompañado de

alguna de las circunstancias que condicionan la aplicabilidad de la norma de prohibición –PV– cuyo quebrantamiento, tratándose de una víctima mayor de 14 años, resulta punible bajo el art. 361.

Mutatis mutandis, lo mismo sucede con la prohibición del estupro (“PE”), de acuerdo con la formulación ya ofrecida de esta última¹⁴¹. Pues un esquema del todo equivalente resulta si PV es reemplazada por PE:



Bajo la misma hipótesis de “congruencia cartográfica”, el cuadro hace reconocible el segmento de la extensión del ámbito de aplicación de PE en el cual ésta resulta reforzada por la norma de sanción del art. 362, segmento que se corresponde con la zona de su interferencia con el ámbito de aplicación de PVMI¹⁴². Y aquí también, entonces, la circunstancia de que la víctima del correspondiente delito de estupro –que en todo caso ha de ser menor de 18 años– sea mayor o menor de 14 años operará como un factor de distribución disyuntiva de los ámbitos de punibilidad del quebrantamiento de PE.

¹⁴¹ Véase *supra*, 4.4.

¹⁴² En contra de las apariencias, una reconstrucción de la regulación bajo la cual un delito de estupro pueda resultar punible bajo una norma de sanción que tipifica la violación de menor impúber no debería resultar sorprendente en lo absoluto, dado el estrechísimo parentesco evolutivo entre uno y otro género delictivo, reconocible en la no infrecuente caracterización de la violación –en tanto “violencia carnal”– como un “estupro violento”. Véase sólo CARRARA (1967), pp. 184 y s.

5.2. El rendimiento reconstructivo de la tesis: la concreción de los marcos de penalidad y la “exención de Romeo y Julieta”

Esta propuesta podría parecer innecesariamente aparatosa en comparación con la propuesta que se sigue de las premisas de las que parte la concepción dominante. Pero las apariencias engañan. Pues la tesis aquí defendida hace posible explicar óptimamente algunos aspectos de la regulación legal que bajo la tesis alternativa son de muy difícil racionalización.

Considérese, en primer lugar, la cuestión relativa a los marcos penales previstos por las normas de sanción de los arts. 361 y 362, el segundo de los cuales es severamente más extenso que el primero: mientras que el marco del art. 361 queda constituido por los grados mínimo y medio del presidio mayor, el marco previsto por el art. 362 lo está por los grados mínimo a máximo del presidio mayor. De acuerdo con la reconstrucción aquí ofrecida, esta estructuración de los marcos penales se deja explicar sin más –aunque ciertamente no justificar– por el hecho de que bajo el art. 362 puede quedar sometido el quebrantamiento conjunto tanto de PV como de PVMI, al modo de un genuino concurso ideal de *delitos*, aunque en la forma de un único *hecho punible*¹⁴³. Pues cada vez que a una persona sea imputable el quebrantamiento de la PV constituido por el acceso carnal (por vía vaginal, anal o bucal) a una persona menor de 14 años, a ella también será imputable un quebrantamiento de PVMI constituido por ese mismo acceso carnal, en la medida en que aquélla haya advertido que la persona penetrada era menor de 14 años¹⁴⁴. Y justamente para tal caso tendría que quedar reservada la eventual imposición de una pena que pudiera ubicarse en el grado máximo del presidio mayor.

Por su parte, del hecho de que bajo el art. 362 también pueda resultar punible un quebrantamiento de la PE, en la medida en que la víctima sea una persona menor de 14 años, también se deja extraer una consecuencia para la concreción del marco penal ahí previsto. Pues en atención a que el marco penal del art. 363, previsto para casos en los cuales sólo resultará imputable un quebrantamiento de PE, se compone del grado máximo del presidio menor y el grado mínimo del presidio mayor, la imputación de un quebrantamiento conjunto de PE y PVMI tendría que llevar a la imposición de una pena superior a esta última, pero que a su vez no supere la pena que se dejaría imponer en caso de un quebrantamiento conjunto de PV y PVMI. Luego, para el caso de un acceso carnal a una persona menor de 14 años que a la vez sea constitutivo de estupro, la pena a imponer, bajo el art. 362, en principio

¹⁴³ Pues como observa BINDING (1922), pp. 209 y s.: “Un concurso de delitos no es conceptualmente idéntico a un concurso de hechos punibles”. Véase *supra* 1, con nota 13.

¹⁴⁴ Véase *infra*, 5.3.

tendría que ubicarse dentro del grado medio del presidio mayor. Con ello, la pena disponible para un caso de exclusivo quebrantamiento de PVMI –esto es, para un caso en que el acceso carnal padecido por un menor de 14 años se vea acompañado de ninguna de las circunstancias especificadas por las cláusulas disyuntivas de los arts. 361 y 363– tendría que ubicarse en el grado mínimo del presidio mayor.

Pero hay un aspecto ulterior de la regulación legal que sólo resulta consistentemente explicable bajo la hipótesis de que las normas que aquí han sido identificadas como PV y PE también puedan verse quebrantadas a través del acceso carnal a una persona menor de 14 años. Se trata de la manera en que el art. 4º de la Ley Nº 20.084 consagra la así llamada “exención de Romeo y Julieta”¹⁴⁵. En lo que aquí interesa, la regla establece un obstáculo procesal –y no una condición objetiva de punibilidad¹⁴⁶– para la persecución de un hecho que pudiera resultar punible bajo el art. 362 del CP, siempre que entre la persona del presunto autor y la persona (menor de 14 años) de la presunta víctima exista una diferencia de edad inferior a dos años, obstáculo que decae, empero, si el acceso carnal hubiese tenido lugar acompañado de alguna de las circunstancias especificadas por el art. 361 o por el art. 363.

Pero si la norma de sanción del art. 362 sólo reforzara lo que aquí se ha identificado como PVMI, ¿cómo cabría explicar que, para hacer operativa la exención de Romeo y Julieta a su respecto, la regulación conceda relevancia a la ausencia de circunstancias que supuestamente carecerían de relevancia para el específico carácter delictivo de un comportamiento que pueda resultar punible bajo el mismo art. 362? Bajo la propuesta de reconstrucción aquí ofrecida, la perplejidad desaparece del todo: el obstáculo procesal sólo resulta operativo frente a la sospecha de un exclusivo quebrantamiento de PVMI, y no así frente a la sospecha de un quebrantamiento de PV o de PE. Y precisamente será un quebrantamiento de PV o de PE lo que estará comprometido –en conjunción con un quebrantamiento de PVMI– si el acceso carnal a una persona menor de

¹⁴⁵ La disposición reza: “No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis, 366 quáter y 366 quinquies del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquélla y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos”.

¹⁴⁶ Así sin embargo, CARRASCO (2008), pp. 9 y ss., quien por lo demás favorece la calificación de las reglas que confieren excusas legales absolutorias como normas permisivas, lo cual es estrictamente incompatible, sin embargo, con su función de obstáculo a la punibilidad en sentido estricto. Y desde luego, tampoco es viable una interpretación en el sentido de una exclusión de la culpabilidad del autor, que pudiera descansar en un juicio de falta de exigibilidad de una motivación conforme a la norma prohibitiva. Pues es claro que la sola diferencia de edad, en abstracto, difícilmente podría fundamentar tal juicio de exclusión de la imputación.

14 años se ha visto acompañado por alguna de las circunstancias especificadas por los arts. 361 y 363.

5.3. La solución del caso

Con ello quedamos en condiciones de volver sobre cuál tendría que ser, de *lege lata*, la solución para el caso planteado para poner en cuestión la razonabilidad del esquema dualista¹⁴⁷. En los términos de la reconstrucción aquí propuesta, a A resulta plenamente imputable, a título de dolo, el quebrantamiento de PV, en la forma de un delito *consumado* de violación (“a secas”). Pues A ha ejecutado una acción consistente en acceder carnalmente a M, valiéndose de un ejercicio de “fuerza o intimidación”; y lo ha hecho a sabiendas. A este respecto, cualquiera haya sido la representación de la edad de M por parte de A, ello carece de relevancia para la imputabilidad del quebrantamiento de PV.

El problema está, sin embargo, en que el quebrantamiento de PV efectivamente imputable a A queda sometido a la norma de sanción del art. 362, en exclusiva atención –ahora sí– al estatus de M, al momento del hecho, como persona menor de 14 años. Y la particularidad del caso se encuentra en que, a pesar de que la acción de acceso carnal ejecutada por A pertenece al ámbito de interferencia de los ámbitos (“objetivos”) de aplicación de PV y PVMI, el quebrantamiento de esta última no le es imputable a título de dolo. Pues A desconocía que M era, al momento de ser penetrada por él, una persona menor de 14 años. Y resultándole exclusivamente imputable el quebrantamiento de PV, la pena susceptible de ser impuesta a A, bajo el art. 362, no debería superar aquella que podría ser impuesta bajo el art. 361, en caso de que la víctima hubiese sido una persona mayor de 14 años¹⁴⁸. Esto significa que el marco penal previsto por el art. 362 tendría que quedar reducido a los dos primeros grados del presidio mayor, precisamente por el desiderátum (sistemáticamente fundamentado) de que la imposición de una pena ubicada en el grado máximo del presidio mayor quede reservada para aquellos casos en los cuales lo imputado sea el quebrantamiento conjunto de PV y PVMI.

¹⁴⁷ *Supra*, 2.2.

¹⁴⁸ *Mutatis mutandis*, una solución equivalente tendría que postularse para el caso de un delito de estupro cuyo autor hubiese desconocido la condición de la víctima como persona menor de 14 años: la norma de sanción bajo la cual resultaría punible el quebrantamiento de PE sería la del art. 362, pero el marco penal tendría que quedar circunscrito al grado mínimo del presidio mayor, puesto que a este grado se reduce el ámbito de superposición de los marcos penales del art. 362 (presidio mayor en cualquiera de sus grados) y del art. 363 (presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARCHARD, David (1998): *Sexual Consent* (Boulder Co., Westview).
- ARENDT, Hannah (1961): *Between Past and Future* (Nueva York, The Viking Press).
- BASCUÑÁN, Antonio (1997): "Problemas básicos de los delitos sexuales", en: *Revista de Derecho UACH* (número especial), pp. 73-94.
- BASCUÑÁN, Antonio (2011): "La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil", en: *Estudios Públicos* (Nº 124), pp. 113-137.
- BASCUÑÁN, Antonio (2013): "La inconsistencia del derecho penal sexual moderno", en: AA.VV., *La ciencia penal en la Universidad de Chile* (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), pp. 405-433.
- BELING, Ernst (1906): *Die Lehre vom Verbrechen* (Tubinga, J.C.B. Mohr [Paul Siebeck]).
- BENNETT, Jonathan (1988): *Events and Their Names* (Oxford, Clarendon Press).
- BINDING, Karl (1902): *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, 2ª ed. (Léipzig, Wilhelm Engelmann), tomo I.
- BINDING, Karl (1915): *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen* (Múnich y Léipzig, Duncker & Humblot), tomo I.
- BINDING, Karl (1916): *Die Normen und ihre Übertretung*, 2ª ed. (Léipzig, Felix Meiner), tomo II.
- BINDING, Karl (1922): *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed. (Léipzig, Felix Meiner), tomo I.
- BINDING, Karl y HOCHÉ, Alfred (2006): *Die Freigabe der Vernichtung des lebensunwerten Lebens* (Berlín, Berliner Wissenschafts-Verlag).
- BLACK, Max (1962): *Models and Metaphors* (Ithaca, Cornell University Press).
- BOGART, John H. (1995): "Reconsidering Rape: Rethinking the Conceptual Foundations of Rape Law", en: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (vol. 8), pp. 159-182.
- BOGART, John H. (1996): "Commodification and Phenomenology: Evading Consent in Theory Regarding Rape", en: *Legal Theory* (vol. 2), pp. 253-264.
- 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.
- CARRARA, Francesco (1967): *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, vol. II (Traducc. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Temis).
- 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.
- CARRASCO, Edison (2008): "Los delitos sexuales como objeto de regulación de la ley de responsabilidad penal adolescente (el artículo 4º y sus problemas)", en: *Revista Procesal Penal* (Nº 70), pp. 9-31.

- COHEN, Gerald (1995): *Self-Ownership, Freedom, and Equality* (Cambridge, Cambridge University Press).
- COUSO, Jaime (2010): "La sexualidad de los menores de edad ante el derecho penal", en: AA.VV., *Derecho y Sexualidades. SELA 2009* (Librería, Buenos Aires), pp. 233-265.
- COX, Juan Pablo (2005): "Los delitos de producción, adquisición y tenencia de maliciosa de material pornográfico como figuras expansivas del derecho penal", en: *Revista de Derecho PUCV* (vol. 26), pp. 145-154.
- DAN-COHEN, Meir (2002): *Harmful Thoughts. Essays on Law, Self, and Morality* (Princeton y Oxford, Princeton University Press).
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (1981): *El Derecho Penal ante el sexo* (Barcelona, Bosch).
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (1985): *La protección de la libertad sexual* (Barcelona, Bosch).
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2000): "El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual", en: *Anuario de Derecho Penal* (año 1999-2000), pp. 51-81. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1999_06.pdf [visitado el 01/04/2014].
- DRIPPS, Donald (1992): "Beyond Rape: An Essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent", en: *Columbia Law Review* (vol. 92), pp. 1780-1809.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1998): *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo IV.
- FEINBERG, Joel (1984): *Harm to Others* (Nueva York y Oxford, Oxford University Press).
- GARDNER, John y SHUTE, Stephen (2000) "The Wrongness of Rape", en: Horder, *Oxford Essays in Jurisprudence. 4th Series* (Oxford, Oxford University Press), pp. 193-217.
- GARRIDO, Mario (2010): *Derecho Penal Parte Especial*, 4ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo III.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2006): "Pertinencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano", en: *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2ª época, N° 17), pp. 11-43.
- GÓMEZ RIVERO, Carmen (2006): "¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?", en: *Revista Penal* (N° 18), pp. 102-123.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis (2007): *Estudios y defensas penales*, 2ª edición (Santiago, LexisNexis).
- 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 01.04.2014].
- GUZMÁN DALBORA, José Luis (2010): *Cultura y delito* (Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Temis).
- GÜNTHER, Klaus (2002): "Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe", en: Prittwitz *et al.*, *Festschrift für Klaus Lüderssen* (Nomos, Baden-Baden), pp. 205-219.
- HÄLSCHNER, Hugo (1887): *Das gemeine deutsche Strafrecht* (Bonn, Adolph Marcus), tomo II.
- 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).
- HRUSCHKA, Joachim (1988): *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed. (Berlín, Walter de Gruyter).
- 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.
- KINDHÄUSER, Urs (1989): *Gefährdung als Straftat* (Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann).
- KINDHÄUSER, Urs (2010): "Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht", en: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (año 2010), pp. 490-506.
- KLUG, Ulrich (1956): "Zum Begriff der Gesetzkonkurrenz", en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (vol. 68), pp. 399-416.
- LABATUT, Gustavo (2005): *Derecho Penal*, 7ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.
- LACAN, Jacques (2006): *Écrits* (Traducc. Bruce Fink, Nueva York y Londres, W.W. Norton & Company).
- LACEY, Nicola (1998): *Unspeakable Subjects* (Oxford, Hart).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2005): "El concurso de delitos. Bases para su reconstrucción en el derecho penal de Puerto Rico", en: *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* (vol. 74), pp. 1021-1211.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2009): *Nötigung und Verantwortung* (Baden-Baden, Nomos).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2010): "La estructura de la autoría mediata", en: *Revista de Derecho PUCV* (vol. 34), pp. 385-414.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2011 a): "El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad", en: *Revista de Derecho UACH* (vol. 24), pp. 87-115.

- MAÑALICH, Juan Pablo (2011 b): “El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno”, en: *Revista de Estudios de la Justicia* (Nº 15), pp. 139-169. Disponible en: http://web.derecho.uchile.cl/cej/doc/MA%C3%91ALICH%20_10.pdf [visitado el 02/04/2014].
- MAÑALICH, Juan Pablo (2011 c): “Ontología sexual y derecho penal”, en: Centro de Estudios Críticos Universitarios, *En Reversa* (Santiago, Párrafo), pp. 75-95.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2012 a): “Reglas primarias de obligación. Las ‘reglas del derecho penal’ en El concepto de derecho de H.L.A. Hart”, en: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (Nº 11/2012), pp. 571-585. Disponible en: http://zis-online.com/dat/artikel/2012_11_716.pdf [visitado el 02/04/2014].
- MAÑALICH, Juan Pablo (2012 b): “Error de tipo y error de prohibición en los delitos contra la autodeterminación sexual”, en: Defensoría Penal Pública: *Informes en derecho. Doctrina procesal penal 2011* (Santiago, Defensoría Penal Pública), pp. 23-77.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2012 c): “El concepto de acción y el lenguaje de la imputación”, en: *DOXA* (vol. 35), pp. 663-690.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2014): *Norma, causalidad y acción* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo; Marcial Pons).
- MATUS, Jean Pierre (2001): “La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (segunda parte)”, en: *Ius et Praxis* (año 7 Nº 2), pp. 357-400.
- MAYER, Laura (2014): “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”, en: *Política Criminal* (vol. 9 Nº 17), pp. 27-56. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_17/Vol9N17A2.pdf [visitado el 02/04/2014].
- MAYER, Max Ernst (1903): *Rechtsnormen und Kulturnormen* (Breslau, Schletter).
- MAYER, Max Ernst (1915): *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts* (Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung).
- MERKEL, Adolf (1889): *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (Estútgart, Ferdinand Enke).
- MOORE, Michael (1993): *Act and Crime* (Oxford, Oxford University Press).
- NUSSBAUM, Martha (1995): “Objectification”, en: *Philosophy & Public Affairs* (vol. 24), pp. 249-291.
- PARFIT, Derek (1987): *Reasons and Persons* (Oxford, Clarendon Press).
- PETTIT, Philip (2001): *A Theory of Freedom* (Cambridge, Polity).
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PUPPE, Ingeborg (2011): *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2ª ed. (Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht).

- RADIN, Margaret (1982): "Property and Personhood", en: *Stanford Law Review* (vol. 34), pp. 957-1015.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2000): *Delitos sexuales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SOBER, Elliot (1981): "The Principle of Parsimony", en: *The British Journal for the Philosophy of Science* (vol. 32, N° 2), pp. 145-156.
- SOLER, Sebastián (1992): *Derecho Penal Argentino* (4ª edición, Buenos Aires, Tea), tomo III.
- VATTER, Miguel (2012): *Constitución y resistencia: ensayos de teoría democrática radical* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- VOGEL, Joachim (1993): *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten* (Berlín, Duncker & Humblot).
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1963): *Norm and Action* (Londres, Routledge & Kegan Paul).
- WAITES, Matthew (2005): *The Age of Consent. Young People, Sexuality and Citizenship* (Nueva York, Palgrave Macmillan).
- WALDRON, Jeremy (1988): *The Right to Private Property* (Oxford, Clarendon Press).
- WALDRON, Jeremy (2009): "Dignity, Rank, and Rights", en: *The Tanner Lectures on Human Values* (año 2009), pp. 209-253. Disponible en: http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/w/Waldron_09.pdf [visitado el 01/04/2014].
- WERTHEIMER, Alan (2003): *Consent to Sexual Relations* (Cambridge, Cambridge University Press).
- WILLIAMS, Bernard (1973): *Problems of the Self* (Cambridge, Cambridge University Press).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil

Código Penal

Código de Justicia Militar

Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Diario Oficial. 7 de diciembre de 2005.

Código Penal de la República Federal alemana (StGB)

Código Penal del Imperio alemán (RStGB)

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Constitucional, sentencia de 4 de enero de 2011, causa rol N° 1683-2010.