

# El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales.

Carrasco Jiménez, Edison.

Cita:

Carrasco Jiménez, Edison (2007). *El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales*. *lus et Praxis*, 13 (2), 137-155.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/edisoncarrascojimenez/3>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pmAO/tBD>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.  
Para ver una copia de esta licencia, visite  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

*Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.*

## EL PROBLEMA DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE VIOLACIÓN Y SUS POSIBLES VACÍOS LEGALES\*

Edison Carrasco Jiménez\*\*

### RESUMEN

Este artículo tiene por finalidad exponer el problema sobre la determinación del sujeto activo del delito de violación, examinar las posiciones doctrinarias al respecto y los fundamentos esgrimidos para sustentarlos. Fuera de tomar partido por la posición del hombre como único sujeto activo y señalar los argumentos aducidos para su defensa, el autor plantea el problema de un posible vacío legislativo en relación a la conducta de quien se hace acceder, la cual no estaría cubierta por ningún tipo penal, fuere violación o abuso sexual, incurriendo la doctrina en un equívoco al pretender hacerla subsumir en alguno de estos tipos penales señalados. Además se analizarán las implicancias que se desprenden sobre este tema, del Anteproyecto de Código Penal del 2005 redactado por la Comisión Foro Penal, a raíz del artículo 98 de dicho anteproyecto, que determina la conducta de la violación y con ella prefigura alguna consecuencia en relación al sujeto activo de dicho delito.

### PALABRAS CLAVES

Violación, delitos sexuales, sujeto activo.

### ABSTRACT

The purpose of this article is to show the problem of determining the perpetrator of an act of rape, and to examine the doctrinaire positions in respect and the

---

\* Recibido el 2 de agosto de 2007, y aceptada su publicación el 6 de octubre de 2007.

\*\* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Profesor de Derecho penal y Derecho procesal penal de la Universidad Bolivariana, sede Chillán. E- mail: [ecarrasj@hotmail.com](mailto:ecarrasj@hotmail.com)

foundations used to support them. Apart from taking sides for the position of a man as the only active perpetrator of a rape and determining the arguments given for his defence, the author asks the question of a possible legislative void in relation to the conduct of the one who allows the crime to occur, which would not be covered by any penal type, were it rape or sexual abuse, committing the doctrine an error when attempting to make it subsume under one of these aforementioned crimes. Furthermore, it will analyze the implications on this topic, of the Draft Bill of Penal Code of 2005 written by the Penal Forum Commission, as a result of the article 98 of the aforementioned draft plan, which determines the rape conduct and based on this information sets consequences for the perpetrator.

### KEY WORDS

Crime of rape, sexual crimes, active perpetrator

## 1. Exposición

Antes de las modificaciones legales en nuestro país, en materia de delitos sexuales y en especial respecto del delito de violación, no existía mayor controversia en la doctrina sobre el sujeto activo de violación, indicando al hombre como tal, en razón del antiguo artículo 361, razonamiento que se desprendía del tenor del mismo en la utilización del verbo “yacer” y del sujeto pasivo del delito. En efecto, señalando aquel artículo “Se comete violación yaciendo con la mujer”, utilizaba no sólo nomenclaturas de las codificaciones españolas<sup>1</sup>, sino además aquellas que le dieron origen expreso y/o velado, tanto de legislaciones antiguas indoeuropeas, como igualmente semitas<sup>2</sup>, trasvasijada ésta última en forma silenciosa, y respecto de la cual el *yacer* iba siempre de la mano con la actuación del hombre como agente del mismo.

Por ende, el centro de discusión, antes que ser el sujeto activo, se encaminaba por otros derroteros, tales como las vías de acceso y ciertas normas relativas al iter criminis.

Las modificaciones legales que introduce la Ley 19.617 de 1999 a los delitos sexuales, zanján los problemas que se provocaban a raíz de la redacción imperfecta del antiguo articulado, al consignar: “Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una

---

<sup>1</sup> El Fuero Real y las Partidas señalaban como nomenclatura el *yacer* y al hombre como único sujeto activo de violación (Pass. Rodríguez Ortiz, Victoria (2003), **Mujeres forzadas. El delito de violación en el derecho castellano (siglos XVI-XVIII)**, Universidad de Almería, Servicios de Publicaciones, Almería). Posteriormente se mantienen estas nomenclaturas en el Código penal español de 1848.

<sup>2</sup> Así las Leyes Asirias en la tablilla A señala “pero si [el *hombre*] la fuerza y *yace* con ella” (A12). La Leyes Hititas, establecía: “si un *hombre* encuentra y *yace* con una mujer en las montañas es crimen...” (§ 197). El

persona mayor de catorce años”. Así se determinan con precisión las vías de acceso en la violación (anal, vaginal, bucal) y se trueca el antiguo verbo rector del *yacer* por el de *acceso* acompañado del adjetivo *carnal*, denominación que las legislaciones comparadas ya habían echado mano hace más de un lustro. No obstante, si zanjado el problema de las vías y resuelto los detalles sobre el iter criminis en el delito de violación, se manifiesta un problema de no menor importancia en la novísima redacción que arroja el nuevo tenor del texto legal, donde juega un papel importante no sólo la oración legal al relacionar verbo/adjetivo en la expresión legal “el que accede carnalmente”, sino además por la relación sustantivo (potencial de acción)/ adjetivo en el término *acceso carnal*. Este problema es el del sujeto activo.

Su resolución es importante, dado a que se define el sexo del agente que realizará la acción, definiendo la conducta o conductas constitutivas de violación y el destino de aquellas.

Se hace necesario entonces precisar, en primer lugar los alcances de la denominación *acceso carnal*, para luego de enlazarla con la oración legal en su conjunto, determinar el sujeto activo del delito de violación.

## 2. Significado del término “acceso carnal”

Para la doctrina nacional mayoritaria<sup>3</sup> el *acceso carnal* supone sólo la introducción del pene, con exclusión de objetos o extremidades o prolongaciones corporales (lengua, dedos), obvia conclusión en cuanto a los objetos, en razón de lo dispuesto por el artículo 365bis de nuestro código punitivo<sup>4</sup>, y menos obvia pero tradicionalmente clara, en el caso de las prolongaciones o extremidades corporales subsumidas al tipo penal de abuso sexual del artículo 366 y siguientes, y según su tenor. Otros en cambio<sup>5</sup> amplifican la figura de violación,

---

Código de Hammurabi, § 130 señala “Si un *señor* ha dominado a la esposa de (otro) señor, que no había conocido varón y que vivía aún en la casa de su padre, y *yació* en su seno...”. En cuanto al derecho hebreo, la Torá en el Deuteronomio señalaba: “Cuando algún *hombre* hallare a una joven virgen que no fuere desposada, y la tomare y *yaciere* con ella...” (Deut. 22:25). Sólo era posible para el hebreo al hombre como sujeto de este delito (Cfr. Carrasco Jiménez, Edison & Franco, Ana, **La Ley de Moisés, Análisis histórico-jurídico**, Seminario de titulación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Concepción, 1997).

<sup>3</sup> Cfr. Rodríguez Collao, 2000, p. 142; Künsemüller, 2001, N° 7, párrafos 3-8; Guzmán Dálbora, 2002, p. 174; Matus y Ramírez, 2002, p. 75; Politoff, Matus y Ramírez, 2004, p.250. Cárcamo Olmos pareciera inclinarse por esta posición, más bien por razones de factibilidad (Cárcamo Olmos, “Modificaciones legales a los delitos de la conducta sexual”, p. 192)

<sup>4</sup> Queda, por lo demás, de manifiesta la distancia terminológica de nuestra legislación penal y la española, al considerar ésta última como violación la introducción de objetos (artículo 179, Código penal español 1995). Pero en los hechos, no tiene más relevancia que eso, pues nuestro Código castiga con la misma sanción tanto la violación en sus variantes propia e impropia, como la introducción de objetos, de acuerdo al 365 bis.

<sup>5</sup> Cfr. Garrido Montt, 1998, p.351-356; Carnevali, 2001, p. 14-18. Silva basa su inclinación por hablar el artículo 361 de “personas”, con lo cual incluiría a la mujer como sujeto activo (Silva Silva, “Criminalidad sexual y la reforma al Código penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales”, p. 147).

considerado igualmente como *acceso carnal* la relación sexual de la mujer, al hacerse invadir por sus cavidades o al disponer sexualmente de otra persona del mismo género.

Garrido Montt, por ejemplo, fuera de pensar que al hablar de *carnal* inmediatamente se descartan los objetos, estima que no se debe limitar la expresión de *acceder* a “penetrar con el órgano viril” comprendiendo “cualquier clase de acceso carnal”, bajo la condición que el acceso esté destinado al orgasmo sexual de quienes intervengan “corporal y personalmente en el hecho, siendo suficiente el sentido direccional del comportamiento, aunque no es necesario que el orgasmo se concrete”<sup>6</sup>. El centro de las expresiones del autor, para la precisión de *acceso*, es la palabra “orgasmo” y no excitación, lo cual podría conducir a equívoco. Pero se utiliza ya que, para él, sólo los órganos que biológicamente están destinados al orgasmo y que sean del hechor y se comprometan en una relación “susceptible de satisfacer el concepto de cópula carnal”<sup>7</sup>, señalan el significado de *acceso*. Esto tiene por consecuencia dos cosas: a) se excluyen las extremidades y prolongaciones corporales, pero por razón diversa a la opinión de la mayoría de la doctrina (quienes los excluyen por asimilar el concepto de acceso como introducción del pene únicamente), en cambio en el autor lo sostiene porque éstos no serían órganos biológicamente constituidos para el orgasmo; b) el sujeto activo podría ser una mujer y aún las relaciones lésbicas satisfaría el acceso carnal señalado por la ley. Este último argumento del autor será analizado con posterioridad, en el acápite siguiente.

Cabe señalar que resulta contradictorio, el hecho que el autor anteriormente citado, y en el examen del iter criminis de la violación, estime por acceso carnal y para el análisis señalado, la penetración del órgano masculino<sup>8</sup>, pretendiendo salvar la paradoja, con una serie de argumentaciones que nos parecen poco claras<sup>9</sup>.

### 3. Especificaciones sobre el sujeto activo del delito de violación

Al hablar sobre la problemática del sujeto activo en el delito de violación, se circunscribe con denotado interés y disputa, aquel en el rango de autor directo bajo la bandera de la participación criminal. Y es en este sentido las dudas y devenires más intensos y aquello que en

---

<sup>6</sup> Garrido Montt, Mario, **Derecho Penal**, p. 351.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 350.

<sup>8</sup> Así el autor señala “Basta la existencia de una invasión de las cavidades mencionadas para que constituya algo más que un simple contacto, sin llegar a la exigencia de una penetración total (*inmissio penis*)” (Garrido Montt, *op.cit.*, p. 355).

<sup>9</sup> En efecto, señala el autor que el acceso “debe implicar algo más que el simple contacto o frotación vaginal, anal o bucal, y al mismo tiempo, algo menos que la penetración” (Idem). Con esto pretende salvar la paradoja en que se ve envuelto, al adoptar el criterio amplio de acceso. Sin embargo, con lo anteriormente dicho nos dice poco, donde establece una frontera entre más que el contacto o frotación y menos que la penetración, límite difuso y lógica y semánticamente tenebroso y oscuro.

la discusión penal se reconoce inmediatamente por tal, cuando se habla de sujeto activo del delito de violación. Las formas de participación a título de otros tipos de autoría, constituye otro problema de interesante lustre, pero de menor entidad y de menor cefalea jurídico-penal que aquellas relativas al sujeto activo<sup>10</sup>. Valga entonces la aclaración, para dedicarnos a la tratativa del sujeto activo del delito de violación, entendiendo entonces como la discusión sobre quien es el autor directo y de propia mano de dicho ilícito criminal, descrito por el tipo penal respectivo.

Sobre el particular y como ya se había señalado, bajo la antigua legislación penal al que nuestro Código punitivo daba forma, no existía mayor duda sobre el sujeto activo, siendo la doctrina chilena relativamente pacífica al estimar al varón como el agente directo, basado fundamentalmente en la descripción del primitivo artículo 361, el cual fuera del “yacer” consideraba expresamente como sujeto pasivo a la mujer<sup>11</sup>. Introducidos los cambios legislativos por la Ley 19.617 comenzaron las disputas, las cuales apuntan sus dardos en dos direcciones definidas y obvias: quienes estiman que el sujeto activo es indiferente en cuanto género, pudiendo ser hombre o mujer, y quienes consideran que únicamente es el hombre.

#### a. Indiferencia del agente: la mujer como sujeto activo o la “violación inversa”

El planteamiento de esta posición que se ciernen como la minoritaria, es estimar no sólo el hombre como sujeto activo del delito de violación, sino incluir las conductas sexuales que involucrando penetración consideran a la mujer como agente, cuestión que ha sido denominada por la doctrina como “violación inversa”<sup>12</sup> y criticada por representar para Díaz-Maroto y Villarejo “sólo casos de laboratorio”<sup>13</sup>, excluyendo eso sí para nosotros, los casos de relación sexual con un menor, de mayor factibilidad.

Garrido Montt sostiene que el sujeto activo de violación puede ser tanto el varón como la mujer. Fundamenta su posición en la acepción que da al término *acceso carnal*, donde estima que aquel involucra activamente los órganos que biológicamente están destinados al orgasmo. Es obvio que el hombre, bajo esta consideración es sujeto activo. Pero además y dado que la mujer dispone también de dichos órganos puede perfectamente ser sujeto activo. Otro argumento en el cual se basa, es en la nueva sistemática propuesta por la reforma de 1999. Esto, porque

---

<sup>10</sup> Tratando el tema de la mujer como sujeto activo, Soler señala que no es el tema la calidad de instigadora o cómplice de la mujer en este delito, como bien lo determina, ya que el problema “se circunscribe a resolver si puede ser autora inmediata” (Soler, **Derecho penal argentino**, p.284)

<sup>11</sup> Cfr. Del Rfo, 1935, p.306-307; Etcheberry, 2001, p.56-58; Labatut, 2002, p.137.

<sup>12</sup> Nomenclatura a la que se refiere Ure para definir estas conductas.

<sup>13</sup> Díaz-Maroto y Villarejo, Julio, “Delitos contra la libertad sexual”, en Bajo Fernández *et al*, **Compendio de Derecho Penal**, 1998, p.109. Idem., Bajo Fernández *et al*, **Manual de derecho penal, parte especial**, p.205, 1995.

elimina el viejo delito de sodomía e incorpora un nuevo artículo 365 donde se penaliza al que “accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo”, eliminado la referencia a la sodomía, que se restringe a la relación sexual entre varones. Entonces, y según el razonamiento del jurista, este artículo no sólo extiende la situación al lesbianismo, y como dicho artículo habla de acceso carnal, se entiende que puede acceder carnalmente también una mujer. Agrega a lo disertado, un argumento gramatical y uno de historia fidedigna. En cuanto al gramatical, la expresión “el que”, el atribuye el significado de representar un sujeto genérico, y por ende, incluiría a la mujer. En cuanto a la historia, recurre a ella, aduciendo que era intención del legislador demostrada en el relato fidedigno de la constitución de la ley, el incluir a la mujer como sujeto activo del delito<sup>14</sup>.

Carnevali considera igualmente que la mujer es sujeto activo del delito de violación, pero por razones diversas al autor anterior. Señala que para llegar a esa conclusión es necesaria la interpretación pero no con un criterio formalista, basado en la gramática legal, sino más bien en un criterio teleológico, teniendo en vista el fin o *telos* de la ley, lo cual es posible deducirlo si se tiene en consideración el principio político-criminal de la protección a los bienes jurídicos. El autor fija sus ojos, como primer argumento, en la conducta de la violación del menor de 14 años por una mujer para definir su concepto. Así, la mirada se debe centrar en el bien jurídico protegido respecto de este delito, que para él es la libertad sexual “potencial” o “futura”<sup>15</sup> del menor. De considerar la penetración masculina de un sujeto activo como violación y no comprender a la mujer como sujeto activo, los bienes jurídicos tutelados recibirían “una desigual protección”<sup>16</sup>. Fuera de esto señala que quienes piensan que esta última conducta habría que relegarla a constituir un abuso sexual y consideran a su vez que la penetración es acceso carnal, yerran, ya que el artículo 366 y 366 bis señalan como conductas típicas el que *realizare una acción sexual distinta del acceso carnal*, pero en el caso del varón menor de 14 años que ha tenido relaciones sexuales, existiría penetración (por introducir el pene en alguna de las cavidades señaladas), no pudiendo ser ya abuso sexual. Agrega que de seguir este razonamiento, si la mujer fuerza a tener relaciones sexuales a un varón, sería una conducta atípica. De ahí que concluya que es violación “Aquel acto de haber accedido carnalmente a alguna de las cavidades, es decir, el que se haya introducido el órgano sexual masculino ya sea en la vagina, ano o boca”<sup>17</sup>. Por ende, el sujeto activo es quien efectúa la acción de penetrar o dirigir la penetración hacia ella, que en el evento, puede ser como sujeto activo una mujer.

#### **b. El hombre como único sujeto activo**

---

<sup>14</sup> Motivadamente expuesto los argumentos en este sentido en la nota al pie N °688, p.352 de su obra citada en este trabajo.

<sup>15</sup> Carnevali, “La mujer como sujeto activo en el delito de violación”, en *Gaceta Jurídica*, (250), (Abril 2001), p.16.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 18.

La postura considerada de mayor adhesión respecto del *acceso carnal*, da pie para la concepción del hombre como único sujeto activo, transformándose por consecuencia y del mismo modo, en la posición mayoritaria y dominante por nuestra doctrina<sup>18</sup>.

Rodríguez Collao considera al hombre como único sujeto activo del delito de violación. Aduce para ello “el claro sentido” que el término *acceso carnal* “posee en nuestro idioma”<sup>19</sup> como introducción del miembro masculino y al carácter restrictivo del artículo 361 de nuestro código punitivo, que señalando *el que accede* indica a quien accede y no quien es accedido, contrariamente a figuras comparadas más extensivas, como el artículo 179 del Código Penal Español, según lo entendido por el autor para este tipo descrito<sup>20</sup>. Este argumento gramatical ya había sido referido y en el mismo sentido que Rodríguez Collao, González<sup>21</sup> en Argentina, en la interpretación del entonces comentado artículo 119 de su Código Penal y Muñoz Conde<sup>22</sup> en España respecto del artículo 429 del primitivo Código punitivo español.

En la misma dirección que el autor anterior se cierne la opinión de Guzmán Dálbora, quien señala que dado a que el acceso implica tener paso o entrada a algún lugar, el “único dotado de la aptitud fisiológica para conjugar el verbo rector”<sup>23</sup> y por ende, acceder o penetrar, es el hombre.

Matus y Ramírez, sostienen que el sujeto activo al varón, señalando que el sentido natural y obvio de la expresión *el que accede* supone necesariamente que corresponde a quien “ejecuta la acción de acceder, no quien es accedido”<sup>24</sup>. Controvierten los autores además la posición de Carnevali, señalando que aquel efectúa una interpretación extensiva, por ampliar las posibilidades gramaticales del *acceso* a quien es accedido, quebrantando reglas de interpretación y violando la prohibición de analogía<sup>25</sup>.

---

<sup>18</sup> Igualmente considerara así por Ramírez, M<sup>a</sup> Cecilia, “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”, en *Política Criminal*, N° 3, 2007, p. 4. Tradicionalmente en el derecho comparado la inclinación ha sido en este sentido. En Argentina tomaron posición Fontán Balestra, 1951, p.210-211; Ure, 1952, p.44-48; Soler, 1978, p.284-285. En España y antes de la dictación del Código Penal de 1995, Antón y Rodríguez, 1949, p.261; Cuello Calón, 1975; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, 1994, p.178-179; Bajo Fernández y Díaz-Maroto, 1995, p.204-205; Bajo Fernández *et al*, 1998, p.108-110.

<sup>19</sup> Rodríguez Collao, **Delitos sexuales**, p.138.

<sup>20</sup> En todo caso no es una opinión unánime de la doctrina española esta interpretación. Contrariándola Suárez Mira, 2004; y Bajo Fernández, (Bajo Fernández *et al*, 1998) quien ya sostenía la posición del hombre como sujeto activo, en la interpretación del artículo 429 del antiguo Código penal español (Bajo Fernández, 1995), persistiendo hoy en dicha opinión.

<sup>21</sup> Citado por Ure, 1952.

<sup>22</sup> Muñoz Conde, **Derecho Penal, Parte especial**, p.389; quien lo rechazaba no sólo por razones gramaticales, sino por razones de penalidad.

<sup>23</sup> Guzmán Dálbora, “Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile”, p. 174, 2002.

<sup>24</sup> Matus y Ramírez, **Derecho Penal, Parte Especial**, p.75.

<sup>25</sup> En idéntico sentido Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de derecho penal, Parte especial*, p.250-251.



Küsemüller<sup>26</sup> no por el término *el que accede*, al cual le atribuye significado más bien de ser un sujeto genérico o indeterminado, sino por ser la mujer quien es penetrada o invadida en sus cavidades, señala que no puede ser sujeto activo, debiendo entender así (como invasión o penetración de las cavidades de un sujeto), el acceso carnal.

**c. Consideraciones argumentales en apoyo a la tesis del hombre como único sujeto activo**

Nuestra opinión claramente milita en la posición del hombre como único sujeto activo. Para ello pensamos que para la precisión del señalado sujeto activo, además de los argumentos aludidos, hay que enfatizar y exasperar el criterio gramatical y recurrir a un criterio sistemático en la interpretación del texto.

Respecto a lo primero, el legislador utilizó las palabras *acceso* y *vía* no por azar, sino por alguna razón, tanto como unidades independientes, o bien en relación y disponiéndolas con algún significado dentro de la oración legal.

*Acceso*, según el Diccionario de la Real Academia Española, es un sustantivo que significa “Entrada o paso”, lo cual es central además de la serie de acepciones del término que giran luego sobre la misma idea (“Entrada al trato o comunicación con alguien”, “coito”, etc.). Pero *acceso*, sin dejar de ser sustantivo adquiere dentro de la frase significación de acción, al ser potencial de la acción de *acceder*, por ir copulativamente adyacente al verbo “ser” en cualquiera de sus conjugaciones, para asociarlo a la imputación de una sanción (“el acceso es castigado”, “el acceso será castigado”). Asociado a la acción de *acceder*, éste verbo significa según el diccionario citado “Entrar en un lugar o pasar de él”. Como sustantivo entonces, es sinónimo de entrada, paso o vía, y donde *vía* según el mismo diccionario, ha de significar “camino”. Al ser utilizado este sustantivo *acceso* como potencial de acción, significa, por ende, “acción de entrar o pasar”. Y es así como en este último significado, el referido diccionario también lo señala, entendiendo para él que *acceso* es “*pasar* desde fuera adentro” o bien “*pasar* por una parte para *introducirse* en otra”.

Como la palabra *acceso* implica ser utilizada con la significación de acción dentro de la frase jurídica, y por ende utilizada sintácticamente con esa función, se entiende que existe un sujeto implícito que realiza la acción señalada por el acceso. De algún modo se dice “algo” de “alguien”. Lo que se castiga es el acceso, la entrada, pero esa acción está dirigida a alguien que la realiza para poder imputar el castigo, que por la sintaxis se desprende que es necesariamente

---

<sup>26</sup> Küsemüller, Carlos, “Nuevas tendencias en el tipo penal de violación”, en *La Semana Jurídica*, semana del 17 al 23 de diciembre, (58), [versión electrónica: <http://www.lexisnexis.cl/lasemanajuridica/717/article-3767.html>], 2001, N ° 7.

quien accede, es decir, quien entra. Puesto en un ejemplo, si digo “la lesión será castigada” dispongo la palabra “lesión” como sustantivo potencial de acción, y por ende al señalar la acción de lesionar se deriva inmediatamente un sujeto a quien se le atribuye la acción de lesionar. Por ende, será sancionado quien realice dicha acción, quien puede ser “alguien” a “otro”, o “alguien” a sí mismo, porque lo que se castiga es la lesión y a quien la realiza, cualquiera éste que fuere. En este punto la gramática es insustituible y confluyen idénticas reglas tanto en la construcción de la frase u oración gramatical, como en la construcción de la frase u oración jurídica. Y aún en la equívocidad gramatical del término del llamado por el derecho “verbo rector” (que no es más que un sustantivo potencial de acción al copularse con la conjugación del verbo “ser”, salvo en los casos en que efectivamente sea un verbo), supone para el derecho penal “acción”, la cual lleva implícita la conjura de ser alguien que efectúe esa acción y sólo esa acción.

Ahora bien, al señalar “el acceso será castigado”, entendiendo obviamente *acceso* como acción de entrar, la persona a castigar es el sujeto que, desde el punto de vista de la frase u oración, se constriñe a dicha acción de pasar de un lado a otro, que sería “quien entra”, “quien pasa”, “quien se introduce”<sup>27</sup>. Y al hablar de “el acceso será castigado” utilizamos una oración que intenta señalar un solo hecho a describir por la norma para imputar una consecuencia jurídica. Si A conminase a B a que lo acceda, existen dos hechos: el acceso y la conminación para accederlo, los cuales a su vez no pueden ser descritos por un enunciado para imputar una respuesta jurídico-penal, sino que debería ser elaborado un segundo enunciado que cubra la acción de conminar a otro a que se le acceda, ya que es éste quien efectúa la acción jurídico-penal reprochable y donde se ha puesto el énfasis para su control penal, el cual sólo ejecuta esa acción de conminar a que se le acceda, y no el acceso que sólo puede efectuarlo quien accede.

Si bien la expresión gramatical del artículo 361 se reproduce como “comete violación el que accede” donde para algunos, como ya se señaló, la expresión “el que” entiende el sujeto que realiza la acción de acceder<sup>28</sup>, y que por ende sólo el hombre es el sujeto activo (interpretación que merece reparos del punto de vista gramatical como así lo ha señalado la doctrina española<sup>29</sup>), no es menos cierto, de acuerdo a todo lo expresado, que aún si la expresión fuese “el acceso se castigará”, refleja una acción que necesariamente implica la existencia de un sujeto que realiza el potencial de acceso, traducible en el verbo *acceder*, y en su sinónimo *entrar*. Más aún si la voz es *acceder*, con mayor razón hemos de entender lo antes explicitado, puesto que no hay

---

<sup>27</sup> Como señala Soler al respecto “yo puedo entrar un clavo en la pared (sentido activo); pero entonces lo entrado no es la pared, sino el clavo” (Soler, op.cit., p.285, nota al pie N° 14).

<sup>28</sup> Rodríguez Collao, op.cit., p.142; Matus y Ramírez, op.cit., p.75.

<sup>29</sup> Para Bajo Fernández y Díaz-Maroto, si se hecha mano a este argumento “habría que entender también que sólo el varón puede ser sujeto activo, por ejemplo, del delito de homicidio o de parricidio, y un harto etcétera de tipos penales en los que también se utiliza el pronombre <<el que>>” (Bajo Fernández *et al*, op.cit. p.204, 1995).

duda que, por el “comportamiento descrito que exige”<sup>30</sup>, el sujeto quien realiza esa acción en particular, satisface las exigencias del sujeto en la oración, donde “acceder” es claramente un verbo que indica una acción que sólo puede ser realizada por quien accede, cumpliendo de paso, con las exigencias del sujeto activo (quien accede, quien entra) del delito en cuestión.

A esto se añade la correlación existente en la gramática legal usada, para determinar la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. Esto es importante si enfocamos nuestro análisis a la relación gramatical y penal que surge de la oración legal. En efecto, la ley hace mención igualmente de las vías para señalar: “el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal”. Esta expresión denota no sólo al sujeto activo de la oración, sino además al sujeto pasivo. Pero existe algo que especifica con mayor acicate y precisión la relación con el sujeto pasivo, y éste es el hecho que si delimitado “el que accede” quien lo hace “por” una de las vías, se expresa luego en la oración legal “a una persona mayor de catorce años”. Claramente podemos colegir que a quien se accede por una de las vías es el sujeto pasivo y víctima del delito, ya que es en ella en quien recae la acción de acceder. Supone además que en quien recae el acceso, es quien posee las “vías” por las cuales habría de producirse el acceso. Eso implica que se excluye entonces con mayor razón, como sujeto activo, a quien posee dichas vías por las cuales se produce el acceso y que hace que lo accedan, para definir esta conducta descrita por el legislador en la oración legal.

De intentar la incorporación de la mujer como sujeto activo, no basta que la historia de la ley, o la intención del legislador, como afirma Garrido Montt<sup>31</sup>, señalen su acicate, sino va acompañado de una redacción respetuosa de las sanas reglas de la de la gramática, que fuera de ser formalista, contribuye a precisar, más allá que sólo ideas, las conductas delictivas. No podemos excusar al legislador con su intención, de una mala, deficiente o imprecisa redacción, ni de una gramática imperfecta o, en otros casos, reprochable.

Teniendo esto despejado y ahora dentro de la oración legal, el término *vía*, que es sinónimo de *acceso* como sustantivo, ha sido suficientemente clarificado al señalar cuáles son los canales o caminos estimados por la ley para la violación: vaginal, anal o bucal. Todas éstas son cavidades, canales u orificios, por los cuales sólo se puede *entrar o pasar desde fuera adentro o pasar por una parte para introducirse* en aquellos, por medio de la penetración o introducción de algo. Siendo así la palabra *acceso*, implica necesariamente introducción o penetración por las vías señaladas, introducción o penetración que, al hacer uso la ley de la palabra *carnal*, supone inmediatamente que se efectúa con una parte del cuerpo biológicamente constituida con esa función<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Garrido Montt, Mario, op.cit., nota al pie n° 688, p.352.

<sup>32</sup> En Argentina Sebastián Soler da a la significación del acceso carnal dentro de su legislación, como penetración que es aquel caso en que “el órgano genital entra en el cuerpo” (Soler, op.cit., p.281).

Ahora en cuanto a lo segundo y puesto esto en una interpretación sistemática, no sólo este artículo señala la palabra *vía*, sino además otras, como el artículo 440 N° 1 del mismo Código Penal, a propósito del robo con fuerza en las cosas en la modalidad del escalamiento, donde el término *vía* se utiliza en relación a la palabra *entra* (*cuando se entra por vía no destinada al efecto*), que es pasar de un lado al otro, o bien, introducirse en un lugar. De similar forma la Ley 19.223 que tipifica figuras penales relativas a la informática, en su artículo 2° para consagrar el delito de espionaje informático, sanciona a quien *intercepte, interfiera o acceda* a un sistema de tratamiento informático, utilizando la ley formas verbales *in crescendo*, desde las que suponen formas de acercamiento a un sistema de menor intensidad, como la *intercepción* que según el Diccionario de la Real Academia Española significa “detener una cosa en su camino”, “interrumpir”, “obstruir una vía de comunicación”, pasando por la *interferencia* que según el citado supone modificación o alteración<sup>33</sup>, al *acceso* propiamente tal que implica la entrada a un sistema informático. No por nada, dentro del argot informático, la palabra acceso se relaciona con *vía*, camino o entrada, como cuando se habla de claves de acceso (cifrado en código para la entrada a un sistema) o acceder a los contenidos de una página web (entrar a una página).

Por ende, sólo la penetración satisface el significado de las nomenclaturas *acceso carnal* y *vía*, y a su vez, el concepto de violación, infiriendo que sólo el hombre puede ser sujeto activo de violación “según lo aconseja la gramática”<sup>34</sup> y la sistemática<sup>35</sup>.

### 3. El problema de la zona gris en las conductas huérfanas de tipo

Tras la problemática del sujeto activo, subyace otro dilema íntimamente conectado y que ambas posiciones no asumen en la dimensión que corresponde. Nos referimos así a ciertas conductas que constituyen una *zona gris* y que responden al concepto de la “violación inversa” a que hacíamos alusión, siendo ésta tanto la relación sexual que la mujer obtiene del hombre, por cualquiera de las formas descritas en las hipótesis del artículo 361, como cuando de quien se obtiene la cópula es un menor de 14 años. Estas conductas ya habían sido advertidas por Carnevali como huérfanas de tipo<sup>36</sup>, a la luz de la consideración argumental del hombre como único sujeto activo del delito de violación. Además según nuestro entender, también se encuentra en dicha zona gris la conducta del varón que obliga a otro hombre a que lo accedan, u obtiene

---

<sup>33</sup> El diccionario de la RAE señala un concepto apegado a la física como “acción recíproca de las ondas de la cual puede resultar, en ciertas condiciones, aumento, disminución o anulación del movimiento ondulatorio”. Esta definición se puede resumir en el concepto “modificación”.

<sup>34</sup> Soler, op.cit., p.285.

<sup>35</sup> Descartamos así, según este razonamiento, la tesis de Garrido Montt. De ahí que para nosotros, el artículo 365 sancione la relación sexual entre hombres (uno de los cuales tiene menos de 18 años) y no entre mujeres, con todas las suspicacias y críticas que produzca este tipo penal (Vid. Künsemüller, op.cit.).

<sup>36</sup> Si bien no con esta nomenclatura refiérese a ellas como conductas atípicas. (Carnevali, op.cit., p. 17).

el tal acceso por las hipótesis del N° 2 y 3° del artículo 361.

Ambas posiciones lo reconocen pero lo enfrentan de diversa manera. Quienes estiman a la mujer también como sujeto activo, entienden incluir las conductas señaladas en el tipo penal de violación (salvo la última y anteriormente descrita por nuestra parte). En cambio quienes estiman que sólo el hombre es el sujeto activo, suponen que dichas conductas son “atrapadas”, como señala Ure<sup>37</sup> por otras figuras penales, que en el caso de nuestro derecho, la doctrina nacional sostiene que constituiría abuso sexual<sup>38</sup>.

Lo cierto es que según la línea argumental de quienes desestiman a la mujer como sujeto activo, manifiesta contradicciones al considerar las conductas de la “violación inversa” como abuso sexual, desde que importan penetración, no obstante que el abuso sexual, excluye por su sola naturaleza típica a aquella, salvo si se sigue la tesis de Rodríguez Collao, en cuanto a afirmar que lo que el abuso sexual excluye no es el acceso carnal “sino aquellas formas de acceso carnal castigadas a título de estupro y violación”<sup>39</sup>. Por ende, el abuso sexual cubriría aún el acceso carnal diverso de los descritos por aquellos tipos. Sin embargo, el mismo artículo 366 y 366 bis, para describir la conducta del abuso sexual castiga a quien “abusivamente realizare una acción sexual *distinta* del acceso carnal”, no señalando en su gramática que lo que se castiga es, ni una acción sexual *distinta* del acceso carnal que constituye violación o estupro, ni una acción *distinta* de la violación o el estupro. La ley habla simple y llanamente de una acción distinta del acceso carnal, con lo cual la tesis de Rodríguez Collao, nos parece una interpretación artificiosa. Además se agrega el argumento que donde el legislador no distingue no le sea lícito al intérprete distinguir.

La consecuencia de todas estas líneas de pensamiento, es el forzamiento<sup>40</sup> de los tipos penales sobre delitos sexuales de diversa índole a la violación, sea para que “atrapen” las conductas constitutivas de la “violación inversa”, o siendo el tipo penal de violación, para forzar los términos estrictos del tipo penal chileno, extendiéndolo a los casos en que la mujer sea sujeto activo.

Dado al *forzamiento* pretendido, ambas posiciones violan la tipicidad exigida por una sana legalidad. Esto nos lleva a afirmar que efectivamente existe una zona gris, donde subyacen después de una cópula espuria entre argumentos y tipos penales, conductas que se constituyen en huérfanas de tipo, y por ende, no cubiertas por descripción legal alguna.

---

<sup>37</sup> Ure, op.cit., p.48.

<sup>38</sup> Rodríguez Collao, op.cit, p. 205; Matus y Ramírez, op.cit., p. 75.

<sup>39</sup> Rodríguez Collao, op.cit., p. 205.

<sup>40</sup> Carnevali expresamente señala a las posiciones que desean *reconducir* las conductas que representan la violación inversa al abuso sexual, realizan una “interpretación forzada” (Carnevali, op.cit., p.17).

Ahora, ¿a qué se debe este forzamiento textual y típico? A nuestro juicio se debe a aspectos de finalidad axiológica, de aspiraciones de justicia. Esto porque de considerar las conductas ampliamente aludidas como atípicas, significaría que quedarían desplazadas de regulación penal alguna, acciones que riñen de todo modo contra los bienes jurídicos considerados como esenciales y necesarios de protección en una sociedad democrática de derecho. Sin duda que, por ejemplo, la relación sexual de una mujer mayor con un menor de 14 años, repugna a un sentimiento de justicia. Desde ese punto de vistas ambas posiciones rechazan su orfandad de tipo, y reclaman algún tipo de subsunción típica para ellas.

Sin embargo, se debe ser lo suficientemente honesto para diferenciar aquello que es de *lege lata* respecto de aquello que es de *lege ferenda*, o bien, diferenciar los planos del ser del deber ser. Sobre el punto, es imprescindible no confundir lo meramente descriptivo con aquello que siendo metadescriptivo, pertenece a una valoración axiológica. Antiguamente formulada esta razón por Hume en la llamada *ley de Hume*, ha sido recogida y enunciada por Ferrajoli a la ciencia del derecho<sup>41</sup>. Fundamentalmente su aplicación por el autor italiano ha estado centrada en el problema de la penalidad y su función/finalidad. Sin embargo, similar extensión podemos efectuar al problema de la tipicidad. Toda interpretación extensiva, es ampliación de los significados de lo que reza la proposición jurídica. Pero no toda interpretación extensiva, contiene una finalidad axiológica. Es aquí donde se plantea un problema que más que hacer derivar una consecuencia axiológica de una prescripción jurídica, atribuye a una interpretación de un tipo penal, significados adicionales que representan una finalidad axiológica encubierta. Se transmuta un tipo penal en un verdadero “Caballo de Troya”. Así los planos del ser y del deber ser se confunden, transformándose la tesis sobre un tipo penal en una “ideología” en palabras de Ferrajoli, más que en una teoría sustentable lógicamente, no teniendo cabida en una rigurosa ciencia del derecho.

En la especie, al atribuir al tipo penal analizado conductas que no se encuentran descritas en la proposición penal, pero que se pretende su inclusión porque las tales repugnan por estimarse

---

<sup>41</sup> En efecto, Ferrajoli señala: “Llamaré “ideologías” tanto a las doctrinas como a las teorías que incurren en la confusión entre modelos de justificación y esquemas de explicación. “Ideología”, según la definición estipulativa (...), es en efecto toda tesis o conjunto de tesis que confunde el “deber ser” y el “ser” (o las proposiciones normativas y las proposiciones asertivas), contraviniendo de este modo el principio meta-lógico conocido como “ley de Hume”, según el cual no se pueden derivar lógicamente conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o fácticas, ni viceversa. Más exactamente, llamaré *ideologías naturalistas* o *realistas* las ideologías que asumen las explicaciones empíricas (también) como justificaciones axiológicas, incurriendo así en la *falacia naturalista* de la derivación del deber ser a partir del ser; e *ideologías normativistas* o *idealistas* a las que asumen las justificaciones axiológicas (también) como explicaciones empíricas, incurriendo así en la *falacia normativista* de la derivación del ser a partir del deber ser.” (Ferrajoli, **Derecho y Razón**, p. 323; en idéntico sentido en Ferrajoli, “El derecho penal mínimo”, En Bustos Ramírez, Juan [Dir.], **Prevención y teoría de la pena**, p. 27). El desarrollo de esta idea se produce en el resto de su obra.

tan dañosas de bienes jurídicos penales como las perfectamente descritas, se confunde el ser de la norma (su carácter meramente descriptivo, típico u ontológico) con el deber ser, atribuyéndole significados fundados en una finalidad axiológica, y no en lo que efectivamente prescribe el artículo 361. En esto existe una implícita confusión de dichos planos por los autores, o bien, en una explícita confusión. Sólo en Carnevali es posible señalar la explícita confusión de dichos planos, desde que se sitúa desde el fin de la norma. Pero a este respecto es bueno saber si lo que se distingue realmente es el fin de la norma, o más bien el fin de un sistema legal deseable, con lo cual nos circunscribimos dentro del ámbito de lo que debería ser un sistema, más que de lo que de la sola norma se puede colegir. Es así como el autor nos indica “El fin de la norma es comprender como un injusto punible todos aquellos comportamientos que afectan el bien jurídico en cuestión, *sin atender* cómo se lleva a cabo el acceso carnal y quien lo realiza.”<sup>42</sup> [énfasis nuestro], con lo cual se desatiende el *ser* de la norma o su contenido ontológico, tanto de la proposición jurídica, como de la experiencia de la realidad que pretende describir y acotar dentro de los límites del lenguaje<sup>43</sup>. De ahí que las expresiones restantes usadas por el autor se encaminen en la dirección propuesta<sup>44</sup>. El resto de las otras posiciones parecen suplir la referencia a una finalidad axiológica, pero de algún modo se evidencian al tratar de subsumir la conducta en el tipo penal de abuso sexual.

Pues bien, para nosotros, como también en la opinión de Carnevali<sup>45</sup>, existe una *zona gris* de conductas que en una honesta interpretación, no están contempladas por la ley y por ende podrían ser atípicas, y consecuencialmente impunes.

En virtud de lo dicho, existen tres conductas que según nuestro juicio no estarían cubiertas por la ley: la mujer que dispone tener relaciones sexuales con un hombre en alguna de las hipótesis del artículo 361, o que dispone tener relaciones sexuales con un menor de 14 años y el hombre que con cualquiera de las circunstancias del artículo 361, hace que sea accedido por otro hombre. Estas sin duda que constituyen conductas atentatorias contra los bienes jurídicos

---

<sup>42</sup> Carnevali, *op.cit.*, p.18.

<sup>43</sup> Como así bien lo expresa el filósofo Ludwig Wittgenstein: “Los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo (proposición 5.6); “La lógica llena el mundo; los límites del mundo son también sus límites” (proposición 5.67)”. (Wittgenstein, **Tractatus Lógico-Filosófico**, Universidad Arcis, Escuela de Filosofía, Edición electrónica, [www.philosophia.cl], p.81), lo que por ende involucra que “nunca podremos adoptar una posición fuera del espacio lógico y habla luego (...) acerca del lenguaje como un todo, o acerca de la correspondencia entre el lenguaje y el mundo” (Peursen van, C.A., **Ludwig Wittgenstein: una introducción a su filosofía**, Edición Carlos Lohle, Buenos Aires-México, 1973, p.32).

<sup>44</sup> Así Carnevali señala, a propósito de estimar como sujeto activo sólo al varón, que “tales conclusiones sólo llevarían a que los bienes jurídicos tutelados por esta figura recibían una desigual protección.”(Ibid., p.17), o bien, que “aseverar lo contrario [el hombre como único sujeto activo], llevaría a brindar una protección desigual respecto del varón menor de 12 años...” (Ibid., p.18). Es decir, el autor señala aspiraciones axiológicas, fundadas en la idea de la justicia, más de aquello que sólo reza la norma.

<sup>45</sup> Quien señala expresamente que de sostener que la conducta de la violación inversa constituye abuso sexual, dicha conducta sería atípica (Carnevali, *op.cit.*, p.17).

comprometidos en los delitos sexuales (libertad, indemnidad y honestidad sexual), y que su omisión, sin duda, significa desprotección de dichos bienes jurídicos. Ahora bien los grados de afectación son distintos en unos y otros casos, siendo para nosotros, de mayor a menor en gravedad, como se expresa: 1) la del varón de 14 años que tiene relaciones sexuales con una mujer de edad de mayor diferencia que la que señala el artículo 4º de la Ley 20.084<sup>46</sup>; 2) la figura del hombre que en cualquier de las circunstancias del artículo 361 se hace acceder; 3) aquella en que la mujer es sujeto activo en las relaciones sexuales con un hombre en alguna de las circunstancias del 361.

Ahora bien, es necesario advertir que el énfasis está puesto en dichas conductas, porque importan la penetración del órgano masculino en alguna de las cavidades señaladas anteriormente. Y es en razón de esta conducta precisa la atipicidad indicada, y no a los actos que se encaminan a la penetración o la hacen posible, los cuales son factibles sancionar a título de abusos sexuales, no quedando, en esta parte, impune la conducta. Pero lo cierto es que el desvalor del abuso sexual es inferior en intensidad al de la penetración del miembro masculino, “ahorrándonos”, además, el análisis sobre las etapas imperfectas del iter criminis (dado que tanto los tocamientos previos como la introducción del pene, no hacen la diferencia de etapas imperfectas a las perfectas, agotadas ambas en la consumación del abuso sexual), lo que conlleva desconsideración de sumo grado de la lesividad y de la proporcionalidad penal.

Pues bien y según lo expuesto, éstas conductas deberían entonces tenerse en consideración a la hora de efectuar una reforma al articulado de los delitos sexuales de esta clase, de tal manera que clarifiquen de la mejor forma posible aquellos, satisfaciendo la tipicidad requerida por una sana legalidad. Podría perfectamente, o bien clarificar la oración legal del artículo 361, ampliando sus posibilidades, o bien, recogerse aquellas conductas en una sola disposición que, por ejemplo, contemplara para la primera conducta una penalidad similar a la de la violación impropia, la segunda conducta con una penalidad semejante a la del estupro, y la última en idéntico castigo que la violación propia, ocupando el espacio dejado por el actual 364 que se encuentra deshabitado y derogado, sin que con ello se rompa la actual sistemática de los delitos sexuales (361 a 363, todos los que responden a relación sexual que consista en acceso carnal, propuesto 364 que consista en una relación sexual distinta del acceso carnal, 365 y siguientes diversas formas de agresión sexual)<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Recordemos que la norma y ley aludida señala “No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis y 366 quater 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 aquella 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”.

<sup>47</sup> Claro que podría intentarse la utilización del “espacio” dejado por el artículo 364, si la reforma es de mera cirugía plástica, y no de una cirugía reconstructiva, que es aquella propuesta por el Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005.



Así completamos el mosaico de figuras típicas dando respuesta a una situación que nos parece de vacío legal.

#### **4. El anteproyecto de Código Penal chileno de 2005 y su propuesta regulativa sobre la materia**

El elogiado Anteproyecto de Código Penal Chileno del 2005 elaborado por la Comisión Foro Penal del Ministerio de Justicia, dispone de todo un título IV para extenderse sobre los delitos contra la integridad sexual, y entre ellos y encabezándolo (§ 1), el delito de violación, definido en su artículo 98 como “El acceso carnal sin el consentimiento de la persona ofendida, por vía vaginal, anal o bucal”<sup>48</sup>. Al precisar la conducta constitutiva de aquel, se recurre nuevamente a la fórmula “acceso carnal”, sin atender a la actual oración de nuestro Código punitivo “el que accede carnalmente”. Para Rodríguez Collao<sup>49</sup> el artículo propuesto supone resolver la controversia en la dubitativa del sujeto activo, incorporando a quien se hace acceder por otro individuo. La redacción escogida por el Anteproyecto –señala el autor-, en cuanto alude a un acceso carnal, sin especificar el rol que haya de jugar el autor, incluye tanto a quien accede carnalmente a una persona, como a quien es accedido por otro, siempre que medie alguna de las modalidades ejecutivas que la norma contempla.

Nuestra opinión difiere de la señalada por el insigne jurista, extendiendo las razones antes aludidas por nuestra parte sobre el respecto, a la redacción de este artículo. En efecto, no es por la frase completa utilizada por el legislador penal (“el que accede”) que descartamos la *violación inversa*, sino más bien por la sintaxis utilizada al disponer el sustantivo como potencial de la acción de acceder. En la especie, al exponer el artículo 98 del Anteproyecto “el *acceso carnal* sin el consentimiento de la persona ofendida, por vía vaginal, anal o bucal constituye violación y *será castigado*”, aún se establece un sustantivo potencial de acción, que como tal, señala a un sujeto que ejecuta o realiza la acción potencial del acceso. Todas las formas verbales derivadas de acceso, que se construyen morfológicamente con el mismo lexema variando sólo su desinencia (acceder, accediendo, accesar, accesado, etc.) significan la acción, donde el sujeto dentro de la oración, solo puede realizarla sólo si él es quien accede, sea en cualquier tiempo o conjugación en que el verbo se encuentre (él accede, él accesa, él ha accesado, etc.).

Apartarnos de la gramática, significaría entonces, que la gramática jurídica juega con reglas absolutamente independientes de la gramática en general, y si es así, deberíamos a lo

---

<sup>48</sup> Secretaría Técnica Comisión Foro Penal, «Anteproyecto de Código Penal de 2005, preparado por la Comisión Foro Penal», en *Política Criminal*, Documentos, D1, 2006, p.24.

<sup>49</sup> Rodríguez Collao, Luis, “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”, *Política Criminal*, N° 1, A1, 2006, p.10.

menos entender que existen reglas lo suficientemente lógicas para la construcción de una gramática propia que sea coherente y de no antojadiza determinación e interpretación.

Por otro lado, se está haciendo referencia a un enunciado para pretender abarcar dos hechos que a su vez se traducen en dos conductas diferentes (el que accede y el que es accedido). Por ende, si la intención de un anteproyecto o proyecto es la incorporación de la mujer como sujeto activo o de quien se hace acceder, es necesario utilizar construcciones morfosintácticas que determinen en forma precisa la conducta que se pretende describir, en un primer momento, y luego sancionar, lo cual fuera de ser exigencia mínima de gramática jurídica, es requisito *sine qua non* en la *legalidad* que por *principio* ordena y estructura al derecho penal.

### **Bibliografía consultada**

- Antón Oneca, J. y Rodríguez Muñoz, J.A., **Derecho Penal**, Parte Especial, Tomo II, Madrid, España, 1949.
- Bajo Fernández *et al*, **Compendio de Derecho Penal**, (Parte especial), Vol. III, Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, S.A., España, 1998.
- Bajo Fernández, Miguel y Díaz-Maroto y Villarejo, Julio, **Manual de Derecho Penal**, Parte Especial, 3º edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, S.A., España, 1995.
- Cárcamo Olmos, Juan Carlos, “Modificaciones legales a los delitos de la conducta sexual”, en *Revista de Derecho – Universidad católica de la Santísima Concepción –* Vol. 6, (6), 1998, pp. 191-1966.
- Carnevali Rodríguez, Raúl, “La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica”, en *Gaceta Jurídica*, (250), (abril), 2001, pp. 13-18.
- Carrara, Francesco, **Programa de Derecho Criminal**, Parte Especial, [trad. José Ortega Torres], (Vol. II), Editorial Temis, Bogotá, 1958.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu, **Manual práctico de derecho penal**, parte especial, doctrina y jurisprudencia, (2 edición ampliada y puesta al día), Tirant Lo blanch, Valencia, España, 2004.
- Cuello Calón, Eugenio, **Derecho penal**, Tomo II, Parte Especial, Volumen segundo, 14º edición, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, España, 1975.
- Del Río, Raimundo, **Derecho Penal**, Tomo III, Legislación penal- delitos especiales, Editorial nacimiento, Santiago de Chile, 1935.
- Etcheberry, Alfredo, **Derecho Penal, Parte General**, (3º edición), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, **Derecho y Razón**, Teoría del garantismo penal, [trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al], Colección Estructuras y Proceso, Serie Derecho, Editorial Trotta, S.A., Madrid, España, 1989.

- “El derecho penal mínimo”, En Bustos Ramírez, Juan [Dir.], **Prevención y teoría de la pena**, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1995.
- Fontán Balestra, Carlos, **Manual de Derecho Penal**, Parte especial, 1, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1951.
- Garrido Montt, Mario, **Derecho Penal**, Tomo III, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Guzmán Dálbora, José Luís, “Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile”, en Gómez Urrutia, **Reforma Penal Sustantiva: en el camino hacia un nuevo Código**, Instituto de Estudios Judiciales, Cuadernos Judiciales N° 6, Santiago de Chile, 2002.
- Künsemüller, Carlos, “Nuevas tendencias en el tipo penal de violación”, en *La Semana Jurídica*, semana del 17 al 23 de diciembre, (58), [versión electrónica: <http://www.lexisnexus.cl/lasemanajuridica/717/article-3767.html>], 2001.
- Labatut Glenna, Gustavo, **Derecho Penal**, (9° edición), (Tomo I), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, M<sup>a</sup> Cecilia, **Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial**, (Segunda edición), serie de textos docentes, Editorial Universidad de Talca, 2002.
- Muñoz Conde, Francisco, **Derecho Penal, Parte especial**, 9° edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de derecho penal, Parte especial*, (2° edición), Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- Ramírez, M<sup>a</sup> Cecilia, “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”, en *Política Criminal*, N° 3, A4, [<http://www.politicacriminal.cl>], 2007, p. 1-13.
- Rodríguez Collao, Luis,, **Delitos sexuales**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.
- Rodríguez Collao, Luis, “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”, *Política Criminal*, N° 1, A1, 2006, p. 1-19.
- Rodríguez Devesa, José María y Serrano Gómez, Alfonso, **Derecho Penal Español**, Parte Especial, (17° edición), Dykinson, Madrid, 1994.
- Secretaría Técnica Comisión Foro Penal, “Anteproyecto de Código Penal de 2005, preparado por la Comisión Foro Penal”, en *Política Criminal*, Documentos, D1, pp.1-93, 2006.
- Silva Silva, Hernán, “Criminalidad sexual y la reforma al Código penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales”, en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, (206), (julio-diciembre), 1999, pp. 143-162.
- Soler, Sebastián, **Derecho Penal Argentino**, V.3., Tipográfica Editora, Buenos Aires, Argentina, 1978.

- Suárez-Mira Rodríguez, Carlos (coordinador), **Manual de Derecho penal**, Tomo II, Parte especial, Thomson Civitas, España, 2004.