

ABUSO SEXUAL COMETIDO EN UN CENTRO MÉDICO:
SOBRE LOS CONTORNOS DE LA CIRCUNSTANCIA COMISIVA DE
“INCAPACIDAD PARA OponERSE” Y SU RELACIÓN CON EL DELITO
DE ABUSO SEXUAL POR SORPRESA

JAVIER ESCOBAR VEAS*
Universidad Austral de Chile

I. ANTECEDENTES GENERALES DEL CASO

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua que acá se comentará¹ rechaza un recurso de nulidad interpuesto por la defensa de un imputado en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Oral de Rancagua, la cual lo condenó a una pena única de seis años de presidio por la comisión de cuatro delitos de abuso sexual cometidos contra de distintas víctimas, todas ellas mayores de catorce años, conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del Código Penal².

El recurso de nulidad interpuesto por la defensa cuestiona aspectos tanto procesales como sustantivos de la sentencia condenatoria. Este comentario, sin embargo, no abordará todos los reclamos planteados por la defensa, sino que se limitará a analizar críticamente dos problemas de derecho penal sustantivo presentes en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua. En particular, los temas que se estudiarán serán : 1. Los contornos de la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse, prevista en el artículo 361 n. 2; y 2. El campo de aplicación del delito de abuso sexual por sorpresa, previsto y sancionado en el artículo 366, inciso tercero.

Los hechos que tuvo por acreditados el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, y que motivaron la sentencia condenatoria, fueron similares en el caso de las

* Abogado, Doctor en Derecho, Università Luigi Bocconi; Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Diego Portales; Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Austral de Chile. Dirección postal: Los Pinos s/n, Balneario Pelluco, Puerto Montt, Chile. Correo electrónico: javier.escobar@mail.udp.cl. Código Orcid: 0000-0001-9266-0396.

¹ Corte de Apelaciones de Rancagua, 12.01.2023, rol N° 1739-2022.

² En lo sucesivo, cuando se haga referencia a alguna norma sin indicar cuerpo legal, se deberá entender realizada al Código Penal de Chile.

cuatro víctimas, pudiéndose resumirse en los siguientes términos: el imputado, quien trabajaba como médico en centros de atención sanitaria, aprovechó la circunstancia de que las cuatro víctimas concurrieron a su consulta médica aquejadas de distintos malestares físicos. En dicho contexto, el imputado, con la excusa que tener que practicar un masaje para aliviar los dolores, les pidió a las víctimas que se pusieran de pie y él se colocó detrás de ellas, para luego realizar diversos movimientos con el cuerpo de las víctimas, oportunidad en que rozaba sus genitales con el trasero de éstas.

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal estimó que el imputado había realizado una acción de significación sexual y relevancia en contra de las víctimas, aprovechando su incapacidad para oponerse, razón por la cual calificó los hechos como cuatro delitos de abuso sexual del artículo 366, inciso primero.

En su recurso de nulidad, la defensa del imputado cuestiona la calificación jurídica efectuada por el tribunal. En primer lugar, la defensa solicita la absolución del imputado, argumentando que el tribunal habría incurrido en una errónea aplicación del derecho al estimar por configurada la hipótesis comisiva de incapacidad para oponerse, en circunstancias de que los elementos propios de esta circunstancia no concurrían en el caso concreto. En segundo lugar, y de manera subsidiaria, la defensa sostiene que el tribunal habría impuesto una pena superior a la legalmente correspondiente, al haber calificado los hechos acreditados como delitos de abuso sexual del inciso primero del artículo 366, debiendo haber calificado los hechos como delitos de abuso sexual del inciso tercero del mismo artículo.

II. RAZONAMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA

Como se señaló anteriormente, la Corte de Apelaciones de Rancagua rechaza en todas sus partes el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia condenatoria.

Respecto del primer punto en discusión, consistente en los contornos de la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse, la Corte de Apelaciones de Rancagua se limita a afirmar que “no cabe sino concluir que las conductas desplegadas por el sentenciado (...) satisfacen los requisitos del tipo, pues acercar el pene al trasero de otra persona y presionarlo sobre las nalgas no puede menos que ser considerado una conducta de significación sexual relevante (...), conducta que por haberse cometido bajo el pretexto de un examen

médico de diagnóstico, colocó a las víctimas en una situación de incapacidad para oponerse”³.

Al concluir que el imputado había aprovechado la incapacidad para oponerse de las víctimas, la Corte tiene en especial consideración la circunstancia de que una de ellas incluso le preguntó al imputado, durante la realización del supuesto masaje, si este era realmente necesario, oportunidad en que el imputado le habría respondido “yo soy el doctor y estoy revisando”⁴, circunstancia que demostraría la incapacidad que padecen las víctimas en contextos sanitarios, donde el médico a cargo del examen controla todo el contexto fáctico.

Con relación a la segunda cuestión en discusión, es decir, la forma en que deben distinguirse los delitos de abuso sexual del inciso primero del artículo 366 y de abuso sexual por sorpresa del inciso tercero de la misma norma, la Corte de Apelaciones de Rancagua descarta cualquier errónea aplicación del derecho. En opinión de la Corte, dado que el delito de abuso sexual por sorpresa fue incorporado “por la Ley N° 21.153, que tuvo por objeto sancionar los abusos sexuales cometidos en espacios públicos como calles, transportes u otros y/o en recintos privados abiertos al público”, se debe necesariamente concluir que este tipo penal exige que la conducta típica se realice en un lugar público o de libre acceso público⁵.

Respecto del caso concreto, la Corte de Apelaciones afirma que, si bien un centro médico es generalmente un lugar abierto al público, no ocurre lo mismo con el específico lugar en que el profesional sanitario atiende al paciente, pues este consiste en un lugar privado. Lo anterior, explica la Corte, se expresa en que el artículo 5° de la Ley N° 20.584 asegura a los pacientes, entre otros derechos, el respeto y protección de su vida privada y honra durante su atención de salud. Por esta razón, la Corte concluye que “la norma del inciso 3°, del artículo 366 fue correctamente excluida de ser aplicada al caso concreto”⁶.

III. COMENTARIO

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua aborda dos problemas de indudable actualidad y relevancia práctica. Es más, es incluso posible que

³ Corte de Apelaciones de Rancagua, 12.01.2023, rol N° 1739-2022, considerando 21°.

⁴ Corte de Apelaciones de Rancagua, 12.01.2023, rol N° 1739-2022, considerando 21°.

⁵ Corte de Apelaciones de Rancagua, 12.01.2023, rol N° 1739-2022, considerando 23°.

⁶ Corte de Apelaciones de Rancagua, 12.01.2023, rol N° 1739-2022, considerando 23°.

estos dos problemas sean los de mayor complejidad de entre todos aquellos actualmente existentes en materia de delitos sexuales en Chile.

A continuación, ambos problemas serán abordados separadamente. Con todo, antes de eso se describirá, en términos generales, el modelo de delitos sexuales adoptado por el legislador chileno.

1. Sobre el modelo de delitos sexuales adoptado por el Código Penal chileno

La regulación chilena en materia de delitos sexuales responde al modelo de coacción, el cual se caracteriza por que la falta de consentimiento de la víctima no es suficiente para tener por configurado alguno de los distintos delitos sexuales. En este modelo, además de la falta de consentimiento de la víctima, el legislador exige que se haya configurado alguna específica circunstancia comisiva prevista por el tipo penal. En otros términos, en este modelo, generalmente denominado “modelo de coacción”, la falta de consentimiento de la víctima es condición necesaria, mas no suficiente para que se configure algún delito sexual.

Si bien el modelo de coacción continúa siendo mayoritario a nivel comparado, en las últimas décadas ha estado sometido a numerosas críticas. En particular, se le critica que, al no considerar la falta de consentimiento como una condición suficiente, exigiendo, además, la concurrencia de alguna particular circunstancia comisiva, este modelo no sanciona todos los atentados sexuales sin el consentimiento de la víctima, pues existen numerosas hipótesis en que, a pesar de que la víctima no ha consentido, puede no configurarse alguna circunstancia comisiva prevista por el legislador, caso en el cual corresponde absolver a la persona imputada⁷.

Un caso resuelto por el Tribunal Federal alemán en 2015 permite ejemplificar adecuadamente los problemas del modelo de coacción. En dicho caso, el imputado, quien trabajaba en una agencia estatal de empleo, sostuvo una reunión con una usuaria, la víctima, una joven clienta sin relación personal con el imputado. Durante la reunión, sostenida en la oficina del imputado, este efectuó ciertos comentarios sobre la apariencia física de la víctima, y la besó de manera sorpresiva. Posteriormente, le pidió que le practicara sexo oral, solicitud que la víctima rechazó expresamente. No obstante, el imputado

⁷ SOVINO, Maurizio y HUERTA, Ivonne. “Los alcances de la circunstancia comisiva de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima en los delitos contra la libertad / indemnidad sexual”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 77 (2019), p. 94.

se abrió los pantalones e introdujo el pene en la boca de la víctima, mientras ella permanecía sentada en la silla. El Tribunal Federal alemán resolvió que, a pesar de la negativa expresa de la víctima, la penetración bucal no podía calificarse como un delito de violación, toda vez que no se había configurado ninguna de las circunstancias comisivas que contemplada el antiguo párrafo 177 del Código Penal alemán⁸. Por cierto, la sentencia del Tribunal Federal alemán motivó críticas y generó un intenso debate público.

Como consecuencia de estas críticas, son cada vez más los países que han adoptado modelos basados en la falta de consentimiento de la víctima, los cuales se caracterizan por que la falta de consentimiento pasa a ser un elemento suficiente para tener por configurado algún delito sexual, al menos la hipótesis básica prevista en el respectivo sistema. Luego, sobre esta figura base, se prevén circunstancias calificantes, cuyo fin es aumentar la pena según la específica forma que adoptó el ataque⁹. Los modelos basados en la falta de consentimiento pueden adoptar un enfoque de “no significa no”, como lo hizo el legislador alemán¹⁰, o de consentimiento afirmativo de “sólo sí significa sí”¹¹, como es el caso de España¹², Suecia¹³,

⁸ Sobre este punto, ver HÖRNLE, Tatjana. “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”, en *German Law Journal*, vol. 18, N° 6 (2017), p. 1313.

⁹ Sobre las características de ambos modelos, ver HÖRNLE, Tatjana. “Rape as Non-Consensual Sex”, en MÜLLER, Andreas y SCHABER, Peter (editores), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*. New York: Routledge (2018), pp. 237 y siguientes.

¹⁰ Párrafo 177 n. 1 del Código Penal: “Whoever, against a person’s discernible will, performs sexual acts on that person or has that person perform sexual acts on them, or causes that person to perform or acquiesce to sexual acts being performed ON or by a third person incurs a penalty of imprisonment for a term of between six months and five years”.

¹¹ BURGHARDT, Boris y STEINL, Leonie. “Sexual Violence and Criminal Justice in the 21st Century”, en *German Law Journal*, vol. 22, N° 5 (2021), p. 693. Mientras que Alemania adoptó un modelo de “no significa no”, países como Suecia, España e Islandia escogieron modelos de “sólo sí significa sí”.

¹² Artículo 178 n. 1 del Código Penal: “Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”.

¹³ Capítulo 6, Sección 1, del Código Penal: “A person who performs vaginal, anal or oral intercourse, or some other sexual act that in view of the seriousness of the violation is comparable to sexual intercourse, with a person who is not participating voluntarily is guilty of rape and is sentenced to imprisonment for at least three and at most six years. The same applies to a person who induces another person who is not participating voluntarily to undertake or submit to such an act. When assessing whether participation is voluntary or not,

Islandia¹⁴ y Bélgica¹⁵. El enfoque “no significa no” significa que las relaciones sexuales se consideran consentidas hasta que una persona dice no. Por el contrario, un enfoque de consentimiento afirmativo de “sólo sí significa sí” implica que las relaciones sexuales se consideran consentidas solamente cuando todas las personas que participan han dado su consentimiento explícito¹⁶.

La adopción de un modelo basado en la falta de consentimiento de la víctima ha sido también apoyada por el derecho internacional¹⁷. Así, por ejemplo, el Convenio de Estambul del Consejo de Europa prescribe, en su artículo 36, que los Estados adoptarán “las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente: a. La penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b. Los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; c. El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero”¹⁸. Como se puede apreciar, el Convenio de Estambul coloca la falta de consentimiento en el centro de la discusión, explicitando que todo acto de significación sexual en contra de otra persona sin su consentimiento debe ser penalmente sancionado, de modo tal que no procede exigir otros requisitos.

En la misma dirección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que la violencia sexual “se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos

particular consideration is given to whether voluntariness was expressed by word or deed or in some other way (...).”

¹⁴ Artículo 194 del Código Penal: “Any person who has sexual intercourse or other sexual relations with a person without his or her consent shall be guilty of rape and shall be imprisoned for a minimum of 1 year and a maximum of 16 years. Consent is considered to have been given if it is freely stated (...)”. Para una descripción de la legislación islandesa, ver BRAGADÓTTIR, Ragnheiður. “Legislation on the offence of rape in Icelandic criminal law”, en *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 8, N° 2 (2020), pp. 54-77.

¹⁵ Artículo 375 del Código Penal: “*Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne qui n'y consent pas, constitue le crime de viol*”.

¹⁶ TORENZ, Rona. “The Politics of Affirmative Consent: Considerations from a Gender and Sexuality Studies Perspective”, en *German Law Journal*, vol. 22, N° 5 (2021), pp. 718 y 719.

¹⁷ CAMPLÁ, Xaviera y SOVINO, Maurizio. “Violencia sexual inducida por sustancias psicoactivas: Caracterización y hallazgos”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 85 (2022), p. 80.

¹⁸ Convenio de Estambul del Consejo de Europa, artículo 36.

que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”¹⁹. Por esta razón, la Corte estima que las normas nacionales sobre violencia sexual deben contener la figura del consentimiento como su eje central, “es decir, para que se perpetre una violación, no se debe exigir la prueba de amenaza, uso de la fuerza o violencia física, bastando para ello que se demuestre, mediante cualquier medio probatorio idóneo, que la víctima no consintió con el acto sexual. Los tipos penales relativos a la violencia sexual deben centrarse en el consentimiento, elemento esencial en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual”²⁰.

La misma idea matriz se puede encontrar en la Ley Modelo sobre Violación presentada en la Sesión N° 47 del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas. En su punto IV.D, el instrumento señala que violación debiese definirse como cualquier acto de penetración de significación sexual cometido en contra de otra persona sin su consentimiento²¹.

Lamentablemente, las críticas en contra del modelo de coacción y las propuestas del derecho internacional no han sido atendidas por el legislador chileno, al menos no todavía²².

El modelo de coacción chileno se expresa principalmente en las normas relativas a los delitos de violación en contra de una persona mayor de catorce años (artículo 361), estupro (artículo 363), abuso sexual calificado (artículo 365 bis) y abuso sexual en contra de una persona mayor de catorce años (artículo 366).

Así, por ejemplo, el artículo 361 sanciona, a título de violación, a quien accediere carnalmente a otra persona siempre y cuando se cumpla alguna

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Angulo Losada v. Bolivia, sentencia de 18 de noviembre de 2022, párrafo 136.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Angulo Losada v. Bolivia, sentencia de 18 de noviembre de 2022, párrafo 145.

²¹ Human Rights Council, Forty-seventh session 21 June-9 July 2021, A framework for legislation on rape (model rape law), IV.D.

²² Es posible encontrar voces en Chile que abogan por la adopción de un modelo basado en la falta de consentimiento de la víctima. Ver ESCOBAR, Javier. “Sistema de delitos sexuales en el proyecto de nuevo Código Penal de 2022: Hacia un sistema basado en la falta de consentimiento de la víctima”, en *DOE Actualidad Jurídica*, disponible en: <https://actualidadjuridica.doe.cl/sistema-de-delitos-sexuales-en-el-proyecto-de-nuevo-codigo-penal-de-2022-hacia-un-sistema-basado-en-la-falta-de-consentimiento-de-la-victima/>; SANTIBÁÑEZ, María Elena. “El consentimiento en los delitos sexuales y su reconocimiento en la legislación chilena: Una mirada comparada, un planteamiento crítico y una propuesta *de lege ferenda*”, en MAYER, Laura y VARGAS, Tatiana, *Las mujeres en las ciencias penales*. Santiago: Thomson Reuters (2020), pp. 403 y siguientes.

de las cinco circunstancias descritas en el mismo artículo. Por consiguiente, el solo acceso carnal sin el consentimiento de la víctima, sin que se cumpla alguna de dichas circunstancias, no resulta suficiente para tener por configurado el delito de violación mencionado²³. En términos similares, el artículo 366, inciso primero, sanciona a quien realizare alguna acción de significación sexual y de relevancia en contra de una persona mayor de catorce años sin su consentimiento, a condición de que se configure alguna de las circunstancias del ya citado artículo 361.

Lo señalado anteriormente permite entender el esfuerzo que la defensa dedicó, en su recurso de nulidad, a impugnar la circunstancia de que el Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Rancagua hubiere estimado concurrente la hipótesis comisiva de incapacidad para oponerse del artículo 361 n. 2. Si la defensa hubiere tenido éxito al cuestionar la calificación jurídica efectuada por el tribunal de instancia, posiblemente ello hubiere significado que el imputado habría sido absuelto, o, al menos, condenado por otro delito a una pena sensiblemente menor.

2. Los contornos de la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse

Habiendo ya descrito en términos generales el modelo de delitos sexuales adoptado por el Código Penal chileno, corresponde ahora abordar el primer problema presente en la Corte de Apelaciones de Rancagua, a saber, los contornos, cada vez más difusos, de la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse, prevista en el artículo 361 n. 2.

La actual redacción de la circunstancia comisiva del artículo 361 n. 2 de incapacidad para oponerse se debe a la Ley N° 20.480, que sustituyó la antigua hipótesis de “incapacidad para oponer resistencia”. Como correctamente se ha

²³ En este sentido, Matus y Ramírez, así como Garrido, afirman que el acceso carnal no es ilícito en sí mismo en Chile, sino que su ilicitud viene dada por la configuración de alguna de las circunstancias comisivas establecidas por el legislador. Ver MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 4ª edición (2021). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 189; GARRIDO, Mario. *Derecho Penal*, 4ª edición, Tomo III (2010). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 278. Etcheberry, por el contrario, define el delito de violación “como el acceso carnal de un varón a una mujer sin la voluntad de ésta”, no advirtiendo que no todo acceso carnal sin el consentimiento de la víctima constituye un delito de violación, pues puede ocurrir que no se configure ninguna de las circunstancias comisivas señaladas en el artículo 361. ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*, 3ª edición, Tomo IV (1998). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 56.

señalado²⁴, la intención del legislador fue superar la interpretación, hasta ese entonces mayoritaria, que limitaba la incapacidad para oponer resistencia al padecimiento, por parte de la víctima, de impedimentos físicos que restringían su capacidad para defenderse frente a una agresión sexual²⁵.

Si bien una parte de la doctrina continúa sosteniendo que la circunstancia comisiva se encuentra limitada a impedimentos de orden físico, de manera tal que la modificación introducida por la Ley N° 20.480 habría sido irrelevante²⁶, actualmente la doctrina mayoritaria concibe la incapacidad para oponerse como una hipótesis amplia, capaz de comprender cualquier tipo de padecimientos, ya sean físicos o psicológicos, que impidan que la víctima se oponga a la realización de la conducta sexual²⁷. En palabras de Santibáñez, la “inmensa mayoría de los casos de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima se fundarán probablemente en la incapacidad física de la misma. Sin embargo, los términos amplios en que está redactada la norma permiten incluir situaciones de incapacidad de oposición de la víctima provenientes de las más diversas causas incluso en casos muy extremos de factores psicológicos que anulen completamente la voluntad de la víctima”²⁸. En términos

²⁴ OXMAN, Nicolás. “La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales”, en *Política Criminal*, Vol. 10, N° 19 (2015), p. 94.

²⁵ En este sentido, y sólo a modo de ejemplo, ver MALDONADO, Francisco. “Delitos contra la libertad sexual. Tratamiento de la nueva regulación de los delitos sexuales”, en AA. VV., *Problemas Actuales del Derecho Penal*. Temuco: Universidad Católica de Temuco (2003), p. 250; POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2005), pp. 258 y 259; RODRÍGUEZ, Luis. *Delitos sexuales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2000), p. 155.

²⁶ RODRÍGUEZ, Luis. *Delitos sexuales*, 4ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2023), p. 203; BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal*, 4ª edición, Tomo III. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago (2018), p. 193.

²⁷ SANTIBÁÑEZ, María Elena y VARGAS, Tatiana. “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 1 (2011), p. 203; GARRIDO, ob. cit., p. 286; ZAMORA, Francisca. “Alcance del artículo 361 N° 2 del Código Penal: incapacidad psicológica para oponerse”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLVII, N° 2 (2021), pp. 263-264; AGULLAR, Cristian. *Delitos sexuales*, 2ª edición. Santiago: Editorial Metropolitana, p. 37; BALMACEDA, Gustavo. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª edición, Tomo I. Santiago: Librotecnia (2021), p. 317; GÓMEZ, Francisco. “Alcance del art. 362 N° 2 CP. ‘Aprovechamiento del autor de la imposibilidad de la víctima para oponerse’”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLII, N° 4 (2015), p. 272; OXMAN, ob. cit., p. 95; WINTER, Jaime. *Delitos contra la indemnidad sexual*. Santiago: DER Ediciones (2018), p. 24; MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 196.

²⁸ SANTIBÁÑEZ, María Elena. “Delimitación de la modalidad típica de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse en el delito de violación”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 15 (2013), p. 55.

similares, Cox ha sostenido que la circunstancia de incapacidad para oponerse “se trata de una hipótesis extremadamente amplia, pues no se encuentran establecidas limitantes a las causas de dicha incapacidad”²⁹.

Por consiguiente, la doctrina acepta que la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse puede comprender casos como el de una víctima que, recibiendo una atención médica, es abusada de manera intempestiva o furtiva por el profesional que la atiende, quien abusa de la confianza conferida, pues en tal caso la capacidad de la víctima para rechazar la agresión se encuentra severamente disminuida³⁰. También se pueden incluir, en esta hipótesis típica, los casos de personas bajo el efecto del alcohol o de las drogas, quienes, no obstante no perder el sentido, están en una posición en que no pueden oponerse al ataque que las afecta³¹.

En conclusión, la circunstancia de incapacidad para oponerse comprende todos los casos de “estados permanentes, temporales o situacionales que suponen una disminución significativa de las capacidades físicas o psíquicas de control de la respuesta corporal ante requerimientos sexuales, esto es, de expresar verbal o físicamente la falta de consentimiento o de hacer efectiva su negativa: engaño, abuso de confianza, incapacidad física o psíquica, síndrome de adaptación aprendida o, específicamente, de acomodación al abuso sexual, shock o inmovilidad tónica, estados de somnolencia sin privación de sentido, etc.”³².

La opinión mayoritaria en doctrina ha sido acogida por la jurisprudencia nacional, la cual actualmente interpreta la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse en términos amplios³³. Así, por ejemplo, en sentencia rol N° 16676-2018, la Corte Suprema afirmó que la reforma del año 2010 tuvo el propósito de eliminar la referencia a la incapacidad de resistencia física, a fin de ampliar esta circunstancia comisiva, para así dar cabida a situaciones que antes no podían subsumirse en el tipo penal. “Concordante con ello la ley no establece directamente los límites objetivos de lo que ha de entenderse por ‘incapacidad para oponerse’, sin embargo, es posible concebir que su límite

²⁹ COX, Juan Pablo. *Los abusos sexuales. Aproximación dogmática*. Santiago: LexisNexis (2003), p. 158

³⁰ MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 196; SOVINO y HUERTA, ob. cit., p. 94.

³¹ MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 196. En este sentido, ver Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 20.05.2015, rol N° 36-2015, considerando 3°; Corte de Apelaciones de San Miguel, 18.04.2023, rol N° 580-2023, considerando 6°.

³² MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., pp. 196 y 197.

³³ SOVINO y HUERTA, ob. cit., p. 85; CAMPLÁ y SOVINO, ob. cit., p. 101.

superior se encuentra en la incapacidad para oponer resistencia física, y en su base los casos en que la víctima ha expresado la voluntad contraria al acto sexual, pero por alguna razón fáctica no puede asentir o negar, ni tampoco oponerse”³⁴. Resulta interesante destacar que este caso trataba de una hipótesis de incapacidad psicológica para oponerse, pues el imputado ejercía la labor de pastor y guía espiritual de las víctimas, contexto que aprovechó para abusar sexualmente de ellas. La incapacidad para oponerse de las víctimas se basada, entonces, en un vínculo de confianza que ellas habían desarrollado con el imputado, debido a su labor como guía espiritual.

Las distintas cortes de apelaciones del país también han interpretado la circunstancia comisiva del artículo 361 n. 2 en términos amplios, sobre todo en el contexto de relaciones médico-paciente, como ocurrió en el caso que acá se comenta. Por ejemplo, en sentencia rol N° 665-2017, la Corte de Apelaciones de Concepción confirmó la condena de una persona que, alegando falsamente trabajar como médico, había realizado acciones de significación sexual y de relevancia sin el consentimiento de mujeres que se habían acercado a él como pacientes. La sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, confirmada por la Corte de Apelaciones, estimó que el imputado se había aprovechado de la incapacidad para oponerse de las víctimas, toda vez que éstas, al haber sido engañadas por el imputado, creyeron que éste se desempeñaba como médico, no pudiendo resistir la agresión de que fueron objeto, al encontrarse en una relación de confianza³⁵.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia rol N° 3552-2017, confirmó la condena de un ginecólogo que, en el contexto de consultas médicas, había realizado acciones de significación sexual y de relevancia en contra de dos pacientes que debía atender. En palabras de la Corte, el tribunal de instancia razonó correctamente al condenar al imputado como autor de dos delitos de abuso sexual en contra de personas mayores de catorce años, estimando que él había aprovechado la incapacidad para oponerse de éstas, circunstancia que se fundó en dos factores. El primero, de naturaleza subjetiva, consistente en la creencia, por parte de las víctimas, de que lo que les señalaba el acusado, en cuanto a que la forma como efectuaba los procedimientos médicos era la normal en términos ginecológicos. El segundo factor, de índole objetiva, consistió en que las víctimas, durante el examen, se

³⁴ Corte Suprema, 11.10.2018, rol N° 16676-2018, considerando 5°. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Temuco, 25.05.2021, rol N° 387-2021, considerando 3°.

³⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, 26.08.2017, rol N° 665-2017, considerandos 3° y 4°.

encontraban en una posición corporal (sentadas en la silla ginecológica) que les impedía oponer resistencia y reaccionar en forma oportuna y eficaz frente a los abusos del imputado³⁶.

Otro caso interesante fue el resuelto por la Corte de Apelaciones de Temuco, en sentencia rol N° 250-2019, en que confirmó la condena de una persona que, trabajando como tecnólogo médico, y mientras la víctima se estaba realizando un examen de electroencefalograma, aprovechó su incapacidad para oponerse y realizó acciones de significación sexual y de relevancia sin su consentimiento. El tribunal de instancia estimó que la víctima se encontraba incapacitada para oponerse ya que la agresión se produjo mientras ella estaba tendida en una camilla, con cables adheridos a su zona craneal, con la habitación oscura y con los ojos cerrados razonamiento confirmado por la Corte de Apelaciones³⁷. En particular, la Corte sostuvo que “luego de la modificación introducida al numeral 2° del artículo 361 del Código Penal por la Ley N° 20.480, publicada en el diario oficial el 18 de diciembre de 2010, la modalidad de acceso consistente en la “incapacidad para oponerse” no sólo queda circunscrita a una incapacidad física del ofendido como lo sostiene el recurrente, sino que comprende también la incapacidad psicológica en que se encuentra circunstancialmente la víctima para oponerse a la acción del agresor, lo que debe ser analizado de acuerdo al contexto de comisión del delito”³⁸.

Finalmente, cabe citar una reciente sentencia del 6° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, que condenó a una pena única de veinte años de presidio mayor en su grado máximo a una persona que, trabajando como ginecólogo, cometió varios delitos de abuso sexual y abuso sexual calificado en contra de diversas pacientes. En todos los hechos que el tribunal tuvo por acreditados, se estimó concurrente la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse, toda vez que las víctimas, en el contexto médico en que se produjo el ataque, estaban impedidas para defenderse de la agresión, pues habían depositado su confianza en el imputado y no contaban con conocimientos médicos que les permitieran impugnar la forma en que el imputado realizaba los exámenes o tocaba sus cuerpos, o la necesidad de realizar dichas conductas³⁹.

Como conclusión, es posible afirmar que la jurisprudencia chilena, así como la opinión mayoritaria en doctrina, propugna una interpretación amplia de la

³⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 7.11.2017, rol N° 3552-2017, considerando 4°.

³⁷ Corte de Apelaciones de Temuco, 29.04.2019, rol N° 250-2019, considerandos 4° y 5°.

³⁸ Corte de Apelaciones de Temuco, 29.04.2019, rol N° 250-2019, considerando 5°.

³⁹ 6° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 8.11.2022, Rit 255-2022.

circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse, impedimento que puede encontrar su causa tanto en factores físicos como psicológicos. Con todo, una parte de la doctrina subraya la necesidad de exigir la superación de un cierto nivel de gravedad para tener por configurada la circunstancia del artículo 361 n. 2, a fin de desarrollar una interpretación armónica con las causales previstas en el artículo 363. Por consiguiente, la incapacidad para oponerse debiese reunir, en el caso concreto, una gravedad suficiente que permita asimilarla al resto de los supuestos contemplados en el mismo artículo 361. De lo contrario, no correspondería tener por configurada la circunstancia en estudio⁴⁰. Sin perjuicio de lo anterior, no resulta claro que los tribunales estén actualmente involucrándose en este ejercicio de ponderación, pues, como se ha visto, la interpretación de la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse es decisivamente amplia.

Respecto del caso que acá se comenta, y teniendo en consideración los hechos que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua tuvo por acreditados, lo cierto es que la decisión de apreciar la concurrencia de la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse no resulta sorprendente. Es más, es incluso posible afirmar que la Corte de Apelaciones de Rancagua, al interpretar en términos amplios la circunstancia comisiva del artículo 361 n. 2, no hace sino seguir los pasos de la Corte Suprema y demás cortes de apelaciones del país.

En términos simples, los tribunales nacionales consideran que las personas, al acudir como pacientes a un médico buscando una atención sanitaria, se colocan en una relación de confianza con esta persona de tal entidad que no les resulta factible defenderse ante eventuales agresiones de naturaleza sexual. Lo anterior se debe, principalmente, a la circunstancia de que los pacientes no cuentan con los conocimientos necesarios para impugnar el cumplimiento de la *lex artis* por parte del profesional, quien ostenta el control absoluto sobre la situación, siendo libre para decidir qué exámenes o ejercicios realizar. Esta es la idea que subyace al razonamiento de la Corte de Apelaciones de Rancagua, la cual tiene especialmente en consideración que, ante la consulta de una de las víctimas sobre la necesidad de realizar los masajes cuestionados, el imputado simplemente desechó la pregunta señalando que él era el médico y, por lo tanto, sabía qué hacer, respuesta que consiguió inhibir ulteriores cuestionamientos por parte de la víctima.

⁴⁰ TRIVIÑO, Libertad. “Comentario a la Sentencia de fecha 15 de febrero del año 2022, RIT 25-2022”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLVIII, N° 3 (2022), p. 196; OXMAN, ob. cit., pp. 110 y 111.

3. ¿Cómo deben distinguirse los delitos de abuso sexual de los incisos primero y segundo del artículo 366 y de abuso sexual por sorpresa del inciso tercero de la misma norma?

El principal objetivo de la Ley N° 21.153, publicada en mayo de 2019, fue tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos. En este sentido, la nueva ley incorporó un nuevo artículo 494 ter, norma que sanciona el acoso sexual en espacios públicos o de libre acceso público. Sin embargo, la Ley N° 21.153 no se limitó a incorporar el artículo anteriormente mencionado, sino que introdujo otras dos nuevas normas: un nuevo artículo 161-C y un nuevo inciso tercero al artículo 366. Este último artículo dispone: “Se aplicará la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, cuando el abuso consistiere en el empleo de sorpresa u otra maniobra que no suponga consentimiento de la víctima, siempre que ésta sea mayor de catorce años”.

Durante la tramitación legislativa de la Ley N° 21.153 se discutió sobre si era conveniente o no incorporar el nuevo inciso tercero del artículo 366. Por un lado, Santibáñez sostuvo que ello no era necesario, por cuanto las hipótesis de ataques sexuales por sorpresa ya estaban comprendidas en la circunstancia de incapacidad para oponerse⁴¹. En efecto, una parte importante de la doctrina nacional sostenía que las agresiones sexuales por sorpresa podían ser punibles a título de abuso sexual por haberse cometido aprovechando incapacidad para oponerse de la víctima⁴². Además de lo anterior, se afirmó que la incorporación de este nuevo delito podría ocasionar problemas prácticos, pues exigiría distinguir entre el delito de abuso sexual del inciso primero del artículo 366 y el nuevo delito de abuso sexual por sorpresa, siendo posible que algunos casos de incapacidad para oponerse fueren sancionados finalmente a título de abuso sexual por sorpresa, ocasionando la imposición de una pena menor a la que correspondería aplicar⁴³. De este modo, ya desde sus primeros esbozos, el abuso sexual por sorpresa fue cuestionado por ir en desmedro del desarrollo que se había venido produciendo del aprovechamiento de la incapacidad de la víctima comprendido en la circunstancia del delito de violación⁴⁴. Por otro

⁴¹ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 21.153, p. 106.

⁴² OXMAN, ob. cit., p. 102; SANTIBÁÑEZ y VARGAS, ob. cit., p. 203; SANTIBÁÑEZ, “Delimitación de la modalidad típica de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse en el delito de violación”, ob. cit., p. 55;

⁴³ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 21.153, p. 106.

⁴⁴ AGUILERA, Sebastián. “El nuevo tipo penal de abuso sexual por sorpresa y el abuso sexual con la circunstancia de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 83 (2021), p. 81.

lado, Girão señaló que la incorporación de la sorpresa como hipótesis comisiva era positiva, pues, en su opinión, permitía resolver algunas falencias detectadas al momento de sancionar el fenómeno del abuso sexual, despejando cualquier duda sobre la punibilidad de las agresiones sexuales por sorpresa en contra de personas mayores de catorce años⁴⁵. Esta última postura habría primado durante la discusión.

Considerando la penalidad del delito de abuso sexual por sorpresa, inferior a aquella del delito de abuso sexual de los incisos primero y segundo del artículo 366, es posible afirmar que el primer delito constituye una figura residual⁴⁶, cuya aplicación será desplazada en todos aquellos casos en que concurren los elementos de las demás hipótesis de abuso sexual del artículo 366. Por consiguiente, la labor del tribunal será siempre verificar, en primer lugar, si se configura o no el delito de abuso sexual de los incisos primero o segundo del artículo ya citado. En caso afirmativo, se deberá condenar por dicho tipo penal, descartando la aplicación del delito de abuso sexual por sorpresa. Por el contrario, en caso negativo, el tribunal deberá evaluar la eventual aplicación de este último delito.

¿Cómo es posible distinguir las distintas hipótesis involucradas? Una forma de hacer operativa la propuesta anterior es entender que las hipótesis delictivas comprendidas en el inciso tercero del artículo 366 son de menor gravedad que aquellas incorporadas en los incisos primero y segundo, las cuales usualmente consistirán en conductas de significación sexual y de relevancia cometidas de manera sorpresiva y de ejecución instantánea, sin que exista una circunstancia adicional de tipo contextual o situacional que coloque a la víctima en una posición en que sus capacidades para oponerse a la agresión se vean significativamente reducidas⁴⁷, caso en que se configuraría una incapacidad para oponerse⁴⁸.

Las situaciones de abuso de confianza, como ocurrió en el caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Rancagua, debiesen generalmente considerarse “como supuestos de creación de condiciones que hacen que la víctima se encuentre imposibilitada de oponerse a la agresión sexual”⁴⁹.

⁴⁵ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 21.153, p. 118.

⁴⁶ ZAMORA, ob. cit., p. 268.

⁴⁷ Se utilizan aquí los términos empleados por Matus y Ramírez. Al respecto, ver nota 32.

⁴⁸ SANTIBÁÑEZ, “El consentimiento en los delitos sexuales y su reconocimiento en la legislación chilena: Una mirada comparada, un planteamiento crítico y una propuesta *de lege ferenda*”, ob. cit., p. 432.

⁴⁹ MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 214.

Una interesante reflexión sobre la forma de comisión del delito de abuso sexual por sorpresa puede encontrarse en la sentencia Rit 152-2019, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, confirmada posteriormente por la Corte de Apelaciones de Valdivia en sentencia rol N° 230-2020⁵⁰. En dicha oportunidad, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno descartó la aplicación del delito de abuso sexual por sorpresa, condenando al imputado por un delito de abuso sexual del inciso primero del artículo 366, por haber aprovechado la incapacidad para oponerse de la víctima. Sobre el delito de abuso sexual por sorpresa, el tribunal sostuvo que un cierto grado de sorpresa es inherente a muchas hipótesis de abuso sexual, pues en ellas no concurre la voluntad de la víctima. Sin embargo, la existencia de sorpresa no importa que el hecho deba necesariamente calificarse como un abuso sexual por sorpresa, pues lo importante no es que la víctima haya sido sorprendida, sino que el delito se haya ejecutado mediante dicha específica modalidad de comisión, caracterizada por su “furtividad, intempestividad, y brevedad”⁵¹.

En un sentido similar se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Temuco, la cual ha afirmado que el delito de abuso sexual por sorpresa “implica el acometimiento de acciones a través de actos imprevistos, inesperados o sorpresivos que impiden a la víctima oponerse justamente por lo impensado del ataque”⁵².

Respecto del caso que acá se comenta, no es posible ignorar que la Corte de Apelaciones de Rancagua, al descartar la aplicación del delito de abuso sexual por sorpresa, no razonó de la forma sugerida en los párrafos anteriores, sino que, por el contrario, la razón por la cual la Corte excluyó la aplicación del mencionado delito al caso concreto fue absolutamente distinta. Como se señaló, la Corte sostuvo que, dado que el delito de abuso sexual por sorpresa fue incorporado por la Ley N° 21.153, que tuvo por objeto sancionar los abusos sexuales cometidos en espacios públicos o de libre acceso público, se debe concluir que este tipo penal exige que la conducta típica se realice en alguno de esos lugares, requisito que no se cumplía en el caso concreto. En mi opinión, el razonamiento de la Corte es incorrecto.

Las mociones que dieron origen a la tramitación del proyecto legislativo tenían como único objetivo sancionar el acoso sexual cometido en lugares público o de libre acceso público, tanto verbal como físico⁵³, toda vez que se estimaba que existía una laguna de punibilidad respecto de estos hechos, la

⁵⁰ Corte de Apelaciones de Valdivia, 26.05.2020, rol N° 230-2020.

⁵¹ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, 13.02.2020, Rit 152-2019, considerando 12°.

⁵² Corte de Apelaciones de Temuco, 9.06.2021, rol N° 481-2021, considerando 7°.

⁵³ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 21.153, pp. 3 a 8.

cual se intentaba solucionar, muchas veces de mala forma, recurriendo al delito del artículo 373 de ofensas graves al pudor y a las buenas costumbres. Sin embargo, ya durante el primer trámite legislativo, ante la Cámara de Diputadas y Diputados, se optó por incluir dos delitos distintos, uno limitado al acoso sexual callejero que ocurría en lugares públicos o de libre acceso público, y otro de aplicación general, que se proponía incluir en un nuevo artículo 366 sexies, cuya finalidad era sancionar a quien “realizare una acción sexual que implique un contacto corporal contra la voluntad de una persona mayor de 14 años que provoque en la víctima intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo, sin que medien los términos señalados en el artículo 366 ter”⁵⁴. Este último delito no exigía que la conducta se realizara en lugares públicos o de libre acceso público.

Durante el segundo trámite legislativo, el Senado decidió mantener ambas hipótesis delictivas separadas, pero propuso ubicar el segundo tipo penal en un nuevo inciso tercero del artículo 366, en lugar de agregar un artículo 366 sexies. Además de lo anterior, se estimó conveniente incorporar expresamente la modalidad de sorpresa⁵⁵.

Por esta razón, a pesar de que la intención original de las mociones que dieron lugar al proyecto de ley aprobado efectivamente era sancionar únicamente el acoso sexual cometido en lugares público o de libre acceso público, durante la tramitación legislativo se optó claramente por distinguir distintos delitos, uno que sancionaba el acoso sexual en lugares públicos o de libre acceso público (artículo 494 ter) y otra hipótesis de abuso sexual general, que nunca hizo referencia alguna al lugar de comisión de la conducta típica, a diferencia del artículo 494 ter y 161-C, este último también incorporado por la Ley N° 21.153. Por consiguiente, no corresponde exigir, como un elemento del tipo penal, que el delito de abuso sexual por sorpresa del inciso tercero del artículo 366 sea cometido en un lugar público o de libre acceso público⁵⁶.

Lo anterior no significa que el imputado, en el caso concreto, debería haber sido condenado a título de abuso sexual por sorpresa. Por el contrario, la aplicación del mencionado delito podría haber sido correctamente excluida al haber tenido por configurada la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse, como finalmente determinó el tribunal de instancia y la Corte, apreciando un concurso aparente entre los dos delitos involucrados, debiendo

⁵⁴ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 21.153, p. 81.

⁵⁵ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 21.153, p. 123.

⁵⁶ AGUILERA, ob. cit., p. 80. En el mismo sentido, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, 6.10.2021, Rit 282-2021, considerando 10°.

éste resolverse en favor de la aplicación del delito de abuso sexual del inciso primero del artículo 366.

IV. CONCLUSIONES

1. La regulación chilena en materia de delitos sexuales responde al modelo de coacción, el cual se caracteriza por que la falta de consentimiento de la víctima no es suficiente para tener por configurado alguno de los distintos delitos sexuales. En este modelo, además de la falta de consentimiento de la víctima, el legislador exige que se haya configurado alguna específica circunstancia comisiva prevista por el tipo penal.

2. A pesar de que el modelo de coacción ha sido criticado por una parte de la doctrina chilena, y que la tendencia en derecho comparado es claramente avanzar hacia modelos basados en la falta de consentimiento de la víctima, el legislador chileno todavía no ha sido receptivo a las críticas.

3. La circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse, del artículo 361 n. 2, que la Corte de Apelaciones de Rancagua estimó concurrente en el caso concreto, ha sido interpretada en términos amplios, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Conforme a la opinión mayoritaria, esta circunstancia comisiva comprende cualquier tipo de padecimientos, ya sean físicos o psicológicos, que impidan que la víctima se oponga a la realización de la conducta sexual. Tal es el caso, por ejemplo, de una víctima que, recibiendo una atención médica, es abusada por el profesional que la atiende, quien abusa de la confianza conferida, tal como ocurrió en el caso que acá se comenta.

Lo anterior se justifica en atención a que los pacientes no cuentan con los conocimientos necesarios para impugnar el cumplimiento de la *lex artis* por parte del profesional médico, quien ostenta el control absoluto sobre la situación, siendo libre para decidir qué exámenes o ejercicios realizar. Esta es la idea que subyace al razonamiento de la Corte de Apelaciones de Rancagua, la cual tiene especialmente en consideración que, ante la consulta de una de las víctimas sobre la necesidad de realizar los masajes cuestionados, el imputado simplemente desechó la pregunta señalando que él era el médico y, por lo tanto, sabía qué hacer, respuesta que consiguió inhibir ulteriores cuestionamientos por parte de la víctima.

4. Respecto del campo de aplicación del delito de abuso sexual por sorpresa, previsto en el inciso tercero del artículo 366, que la Corte de Apelaciones de Rancagua estima limitado a cuando dicho abuso tiene lugar en lugares públicos o de libre acceso público, en este trabajo se ha sostenido que dicha interpretación es incorrecta.

Si bien las mociones que dieron origen a la tramitación del proyecto legislativo tenían como único objetivo sancionar el acoso sexual cometido en lugares públicos o de libre acceso público, tanto verbal como físico, ya durante el primer trámite legislativo, ante la Cámara de Diputadas y Diputados, se optó por incluir dos delitos distintos, uno limitado al acoso sexual callejero que ocurría en lugares públicos o de libre acceso público, y otro de aplicación general, cuya finalidad era sancionar a quien realizare una acción sexual con contacto corporal sin el consentimiento de la víctima, hipótesis que no contemplaba, entre sus requisitos, que la conducta se realizara en lugares públicos o de libre acceso público. Durante el segundo trámite legislativo, el Senado decidió mantener ambas hipótesis delictivas separadas, pero propuso ubicar el segundo tipo penal en un nuevo inciso tercero del artículo 366, haciendo referencia expresa a la modalidad de sorpresa.

Por esta razón, a pesar de que la intención original de las mociones que dieron lugar al proyecto de ley aprobado efectivamente era sancionar únicamente el acoso sexual cometido en lugares públicos o de libre acceso público, durante la tramitación legislativo se optó claramente por distinguir distintos delitos, uno que sancionaba el acoso sexual en lugares públicos o de libre acceso público (artículo 494 ter) y otra hipótesis de abuso sexual general, que nunca hizo referencia alguna al lugar de comisión de la conducta típica.

Por esta razón, no corresponde exigir, como un elemento del tipo penal, que el delito de abuso sexual por sorpresa del inciso tercero del artículo 366 sea cometido en un lugar público o de libre acceso público.

5. Considerando la penalidad del delito de abuso sexual por sorpresa, inferior a aquella del delito de abuso sexual de los incisos primero y segundo del artículo 366, es posible afirmar que el primer delito constituye una figura residual, cuya aplicación será desplazada en todos aquellos casos en que concurren los elementos de las demás hipótesis de abuso sexual del artículo 366. Por consiguiente, la labor del tribunal será siempre verificar, en primer lugar, si se configura o no el delito de abuso sexual de los incisos primero o segundo del artículo ya citado. En caso afirmativo, se deberá condenar por dicho tipo penal, descartando la aplicación del delito de abuso sexual por sorpresa. Por el contrario, en caso negativo, el tribunal deberá evaluar la eventual aplicación de este último delito.

Una forma de hacer operativa la propuesta anterior es entender que las hipótesis delictivas comprendidas en el inciso tercero del artículo 366 son de menor gravedad que aquellas incorporadas en los incisos primero y segundo, las cuales usualmente consistirán en conductas de significación sexual y de relevancia cometidas de manera sorpresiva y de ejecución instantánea, sin que exista una circunstancia adicional de tipo contextual o situacional que

coloque a la víctima en una posición en que sus capacidades para oponerse a la agresión se vean significativamente reducidas, caso en que se configuraría una incapacidad para oponerse.

2. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)

Abuso sexual en personas mayores de 14 años. Abuso sexual en el contexto de exámenes médicos. I. Discrepancia en cuanto a la ponderación probatoria no constituye causal de nulidad. Decisión del tribunal conforme a la cual fue desestimada la tesis absolutoria es el resultado de un proceso lógico exento de reproches. II. Es el juez presidente de la sala quien dirige el debate, ordena la rendición de las pruebas y exige el cumplimiento de las solemnidades que correspondieren. Razón para no contrastar a la denunciante con el parte policial es que este último no es prueba. III. Conductas desplegadas por el sentenciado satisfacen los requisitos del tipo penal de abuso sexual.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por cuatro delitos de abuso sexual en personas mayores de 14 años. Defensa de condenado recurre de nulidad. La Corte de Apelaciones rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de Nulidad (rechazado).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Rancagua.*

ROL: *1739-2022, de 12 de enero de 2023.*

MINISTROS: *Sr. Ricardo Pairicán G., Sr. Michel González Carvajal y Abogado Integrante Sr. Alberto Salvador Veloso A.*

DOCTRINA

No es posible advertir falta de imparcialidad en el razonamiento de los sentenciadores a quo que haya conducido a la decisión de condenar al acusado por el delito cometido en contra de M. S., sino únicamente una discrepancia de la defensa en cuanto a la ponderación probatoria que condujo a la conclusión que no ha existido la ganancia secundaria en la

que se asienta su teoría del caso, la que desde luego es insuficiente para la nulidad que se pretende, razones que conducirán a desestimar el recurso por este motivo. (...) En la especie, no ha existido infracción alguna a la presunción de inocencia que beneficiaba al condenado, tampoco los jueces a quo han presumido de derecho su responsabilidad penal ni alterado la carga de la prueba, advirtiéndose en este sentido que los fundamentos del libelo recursivo, se orientan nuevamente más bien a disentir de la ponderación probatoria en base a la cual fue desechada la tesis absolutoria planteada por la defensa, lo que en modo alguno justifica la pretensión invalidatoria hecha valer (considerandos 4° a 6° de la sentencia de la Corte de Apelaciones). El relato creíble y sostenido en el tiempo entregado por la víctima, fue refrendado en juicio con la ficha clínica de ella, en la cual se consigna haber sido atendida por el acusado el veintidós de noviembre de 2017, a las 16:00 hrs., y por el funcionario policial R. T., quien ese mismo día, pero alrededor de las 21:45 hrs. recibió la denuncia, pudiendo el tribunal dar por acreditados los hechos contenidos en la acusación. Expresa constancia se contiene en la sentencia del hecho que de la ficha clínica no se desprende que la paciente haya presentado mareos, que ella se refirió a ellos a propósito de lo dicho por la defensa, sin que se haya hecho uso de la herramienta procesal idónea para incorporar esa mención, y de lo aseverado en estrados por la perito S. en relación que el desconocimiento de la interacción con su pareja es insuficiente para concluir que éste intervino para darle una determinada valoración a lo que ella le transmitió. De este modo, la decisión del tribunal conforme a la cual fue desestimada su tesis absolutoria es el resultado de un proceso lógico exento de reproches, contexto en el cual se debe precisar que sea que la víctima haya indicado al hechor que sufría de mareos o no, ello no hace desaparecer el núcleo de la incriminación, constituido porque el día veintidós de noviembre de 2017 concurrió al centro médico de Pichidegua, siendo atendida por el acusado quien para examinarla se puso detrás de ella y con sus manos la tomó de los hombros para proceder a moverla hacia los lados, y hacia delante y hacia atrás, y al efectuar estos movimientos su trasero rozaba con el pene de este, para enseguida pedirle que se gire y se apoye en la camilla con sus manos poniéndose detrás de ella para hacerle en la espalda un tipo de masaje presionándole el trasero con su pene, de modo tal que, no existiendo aquella falta de imparcialidad que endilga la defensa, el recurso no ha de prosperar (considerandos 11° y 12° de la sentencia de la Corte de Apelaciones). Los recurrentes señalan a continuación como infringida la garantía del debido proceso contenida en el artículo 333 del Código Procesal Penal, pues el tribunal impidió a la defensa utilizar sus medios de prueba para

contrastar a las denunciante con sus fichas clínicas y otros medios durante la rendición de la prueba de cargo, lo que en el caso de M. S. trajo aparejado que su ficha clínica fue considerada sólo en la parte que acreditaba la fecha de la atención, pero no su historial médico, siendo incluida como “Prueba no relevante para los hechos por los cuales se condenó”. Igualmente, se denuncia infracción del artículo 336 del Código Procesal Penal, pues el tribunal impidió a la defensa utilizar la técnica del inciso segundo, para contrastar a la denunciante Sarabia con el parte policial durante la rendición de la prueba de cargo. Al respecto conviene recordar que al tenor del artículo 292 del Código Procesal Penal, es el juez presidente de la sala quien dirige el debate, ordena la rendición de las pruebas y exige el cumplimiento de las solemnidades que correspondieren. Del mismo modo, que la decisión del tribunal en cuanto a lo señalado a propósito del artículo 333 del Código aparece fundado en que la defensa debía esperar la oportunidad procesal en que rendiría su prueba para realizar el contraste, lo que malamente puede ser entendido como una privación del derecho; y, en lo tocante al inciso 2°, del artículo 336, que la razón dada para no contrastar a la denunciante con el parte policial es que éste último no es prueba, razonamientos que son compartidos por la Corte. Por lo señalado anteriormente, no han sido quebrantados los derechos otorgados a la defensa en los artículos 333 y 336, inciso 2°, del Código Procesal Penal, fundándose la decisión del tribunal en el uso legítimo de la facultad de dirección que le corresponde al presidente del tribunal, y constatado que esa decisión hizo una correcta aplicación de las disposiciones citadas, el recurso en este sentido será igualmente desestimado (considerandos 13° a 15° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

El artículo 366, inciso 1°, del Código Penal, sanciona con la pena que señala al que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con persona mayor de catorce años, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361, cuyo numeral 2° se refiere al caso que el hechor aproveche la incapacidad de la víctima de oponerse. En la especie, no cabe sino concluir que las conductas desplegadas por el sentenciado los días veintitrés de agosto; trece y veintidós de noviembre, y dieciocho de diciembre, todos del 2017, satisfacen los requisitos del tipo, pues acercar el pene al trasero de otra persona y presionarlo sobre las nalgas no puede menos que ser considerado una conducta de significación sexual relevante, distinta del acceso carnal, conducta que por haberse cometido bajo el pretexto de un examen médico de diagnóstico, colocó a las víctimas en una situación de incapacidad para oponerse, tal como acertadamente razona el motivo décimo tercero del fallo en estudio,

siendo necesario destacar que la víctima M. S. relató que al expresarle al acusado si era necesario lo que hacía, éste le respondió “yo soy el doctor y estoy revisando”. En consecuencia, los hechos acreditados, constitutivos de cuatro ilícitos de abuso sexual cometidos en contra de ..., los tres primeros en el Centro Médico de Pichidegua y el último en el Cesfam de San Vicente de Tagua Tagua, el veintidós de noviembre, trece de noviembre, veintitrés de agosto y el dieciocho de diciembre, respectivamente, todos de 2017, satisfacen la exigencia del tipo penal de abuso sexual cometido contra persona mayor de 14 años, con la circunstancia de aprovechamiento de la incapacidad de oposición de la víctima, del artículo 366 inciso 1°, en relación con el 361 N° 2, ambos del Código Penal, de modo tal que no existiendo la infracción de ley que se denuncia en ninguna de las formas en que ésta puede producirse, el recurso de nulidad intentado, no puede ser acogido (considerandos 20° a 22° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CL/JUR/498/2023

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 297, 333, 336, 342 letra c), 374 letra e) del Código Procesal Penal; 366 del Código Penal.*