

Delito de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia*

María Cecilia Ramírez G.

Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales Universidad de Barcelona
mcramirez.guzman@gmail.cl

Resumen

El artículo describe las posiciones doctrinarias que existen para determinar en qué consiste la significación sexual de la conducta en el delito de abuso sexual, dedicando especial atención a aquellas que prescinden del elemento subjetivo y comprenden la significación sexual del acto como un concepto normativo. A juicio de la articulista, esta formulación es insuficiente frente a la dificultad que presentan las conductas constitutivas de abuso sexual: la equivocidad de su expresión. Frente a ello se hace necesario recurrir a un elemento subjetivo, que determine la punibilidad de la conducta. Acto de significación sexual viene a ser un elemento normativo relacionado con la ilicitud de la conducta, constituye un llamado de atención al juez sobre la existencia de actos con distinto significado, cuya ilicitud va a estar determinada por la presencia de un elemento subjetivo. En cuanto al contenido de éste, no necesariamente se limita al ánimo lascivo, puede serlo, pero también la finalidad de involucrar a una persona en un contexto sexual.

Palabras clave

Abuso sexual, elemento normativo, elemento subjetivo, relevancia

Abstract

The article describes the doctrinaire positions that do exist to determine in what consists the sexual meaning of a conduct in the delicts of sexual abuse, drawing special attention to those that set aside subjective elements and understand sexual meaning as a normative concept. In the authors' opinion, this formulation is deficient, considering the difficulties that the sexual abuse constituting conducts present: the equivocation of their expression. Therefore, and in order to determine the punishability of a conduct it is necessary to revert to subjective elements. Acts with sexual meaning are normative elements, which are related to the lawlessness of the conduct and call the judges' attention towards the existence of acts with different meanings, and whose illegitimacy is to be determined by the presence of a subjective element. Its content is not necessarily limited to the lascivious spirit. Moreover, it could also consist in the objective to involve a person in a sexual context.

Key words

Sexual abuse, normative element, subjective element, relevance

* Artículo recibido el 19 de Marzo de 2007 y aprobado para su publicación el 13 de Abril de 2007.

Introducción: un caso cualquiera

La sentencia C.S. de 14 de abril de 2005, rol N° 960-2005, que rechaza recurso de casación en la forma y en fondo, deja a firme la condena por varios delitos de abuso sexual dictada en contra de un fonoaudiólogo, que se desempeñaba como terapeuta en un colegio. Los sujetos pasivos de los delitos eran niños y niñas, menores de doce años, abusados durante el año 2001.

El acusado tenía un juego denominado “la arañita”, en el que pasaba sus manos sobre distintas partes del cuerpo de los niños, incluyendo los genitales, por sobre la ropa y les hacía, además, cosquillas. Por otra parte, efectuaba con ellos juegos de magia, en que escondía objetos dentro del cuerpo de los menores y luego los sacaba, para lo cual debía introducir sus manos, reiterando así las tocaciones a los niños.

En primera instancia se le condenó a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales correspondientes. La sentencia de apelación aumentó la pena a cuatro años de reclusión menor en su grado máximo.

En sede de casación el recurrente alegó, que no había tenido participación en los hechos, pero, además, señaló como otra causal del recurso que hubo una errónea calificación del hecho como delito, puesto que se interpretó mal un juego terapéutico (causales 1 y 3).

La CS rechazó el recurso de casación, considerando que las causales invocadas eran incompatibles entre sí, y se anulaban por lo que el libelo carecía de sustento.

Este caso cualquiera, específicamente mediante la alegación sobre la apreciación errada de un juego terapéutico, enfrenta al problema de tener que determinar en qué consiste la conducta de abuso sexual, cuestión que frecuentemente deben precisar los tribunales ante las argumentaciones, como la aquí esgrimida, que atribuyen a la conducta realizada un sentido diverso al sexual.

Esta tarea resulta especialmente compleja por las características del delito abuso sexual en comparación con otros delitos, en los que no es dable discutir el sentido de la conducta. Ante este escenario una posibilidad sería que el legislador elaborara un catálogo de conductas constitutivas de abuso sexual, pero como señala Bascuñán Valdés, es una tarea inabarcable, conformándose en el caso del autor con señalar a vía ejemplar algunas.¹

Consciente de esta dificultad y, a la vez, haciéndose cargo de la necesidad de entregar criterios más precisos de determinación, la Ley N° 19.617 modificó el sistema del delito de

¹ BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio. *El Delito de Abusos Deshonestos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1961, p. 67.

RAMÍREZ, María Cecilia. “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”. *Polít. Crim.* n° 3, 2007. A4. p. 1-13. [<http://www.politicacriminal.cl>]

abusos deshonestos del Código Penal² y, en su lugar, concibió el delito de abuso sexual en los términos que rige en nuestros días.³

De esta manera el texto de la ley entrega ciertos criterios con el propósito de definir la conducta.⁴ Sin embargo, a pesar de reconocerse un avance en la concepción legal del delito de abuso sexual, desde el punto de vista de su determinación, la fórmula no logró superar del todo un cierto margen de amplitud.⁵

1. Descripción legal del delito de abuso sexual

Los artículos del Código Penal, que regulan el sistema de este delito, corresponden al 366, 366 bis, 366 ter y el reciente artículo 365 bis incorporado por la ley N° 19.927.

En primer lugar, de acuerdo a los dos primeros, artículos 366 y 366 bis, debe realizarse una acción sexual distinta del acceso carnal⁶. Esta cláusula no está incorporada en el artículo 366 ter del texto punitivo, que entrega el concepto básico del delito. Su función consiste en determinar la relación concursal con los delitos precedentes, vale decir, la violación, estupro y sodomía.⁷

² El Artículo 366, previo a la modificación de la Ley N° 19.617 disponía: “El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo mayor de doce años y menor de veinte, será castigado con presidio menor en cualquier de sus grados. Si concurren algunas de las circunstancias expresadas en el art. 361, se estimará como agravante del delito, aun cuando sea mayor de veinte años la persona de quien se abusa”. Sobre la amplitud de esta fórmula puede verse BASCUÑÁN VALDÉS, *El Delito de Abusos*, p. 55. En España mientras se mantuvo el delito de abusos deshonestos, fue objeto de numerosas críticas por su vaguedad e imprecisión. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Protección de la Libertad Sexual. Insuficiencias Actuales y Propuestas de Reforma*. Barcelona: BOSCH, 1985, p. 118 y 119.

³ La Ley N° 19.927, publicada en el Diario Oficial de 14.01.04, modificó nuevamente los delitos sexuales en el Código Penal, manteniendo el sistema de abuso sexual establecidos por la Ley N° 19.617 en su esencia. Eleva la edad en que se reputa válido el consentimiento en el ámbito sexual de 12 a 14 años con lo que se modifica el umbral del delito de abuso sexual impropio, introduce la nueva figura del artículo 365 bis y aumenta las penas. Una síntesis de esta modificación se puede ver en POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Segunda Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 245-248.

⁴ Algunos problemas acusados por la jurisprudencia, sobre la coincidencia de la incriminación, a raíz de los nuevos términos en que se concibe el delito de abuso sexual en comparación con la antigua fórmula de abusos deshonestos, puede verse en Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de junio de 2001, rol N° 26.059-99. *Gaceta Jurídica*. n° 252, 2001, p. 145-149.

⁵ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales*. Reimpresión de la Primera Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 198.

⁶ Con relación al delito de abusos deshonestos BASCUÑÁN VALDÉS señala que la doctrina nacional se pronuncia de manera uniforme “por la exclusión de la cópula normal”. BASCUÑÁN VALDÉS, *El delito de Abusos*, p. 61. Entre estos autores: LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal*. 7ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, t. II, 1996, p. 143 y 145. Para ETCHEBERRY si ha habido acceso carnal, tanto normal como anormal, se configuraría la violación sea heterosexual o sodomítica. ETCHEBERRY Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. Reimpresión 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. t. IV, 2004, p. 69.

⁷ POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones. P.E.*, p. 269. Con respecto a la relación de los abusos sexuales con la violación puede tratarse de actos copenados o un concurso aparente de leyes por alternatividad, dependiendo de si el delito de violación está consumado en, el primer caso, o tentado, en el segundo. POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones. P.E.*, p. 262.

Es importante destacar que, en virtud de la relación antedicha, no todo acceso carnal queda desplazado del delito de abuso sexual, sino que como señala Rodríguez Collao el texto legal se refiere al acceso carnal constitutivo de aquellos delitos.⁸ En consecuencia, los problemas que se acusan sobre las conductas que se comprenden en éstos se reflejan en el delito de abuso sexual y su extensión.

1.1 El caso de la violación y su prevalencia

En materia de violación, el delito está limitado a un sujeto pasivo varón, de acuerdo a una línea de interpretación que resulta ser mayoritaria entre nosotros, quedando fuera de este tipo penal aquellas conductas cuyo sujeto activo es una mujer, por lo que constituirían abuso sexual.⁹ De esta manera, también las relaciones homosexuales femeninas, aun cuando concurren las circunstancias de la violación o del delito de estupro, no configuran ninguno de esos delitos, quedando reservado para éstas la figura del abuso sexual.¹⁰

Rodríguez Collao, consistente con el desarrollo que efectúa del delito de violación, estima que el abuso sexual subsume aquellas conductas que la violación no comprende, aun cuando impliquen la existencia de acceso carnal, como la situación de una persona que es accedida carnalmente por un menor de 12 -hoy 14 años- por un enajenado mental o por un varón que ha sido víctima de fuerza o intimidación.¹¹

Antes de determinar si estas conductas son constitutivas o no de abuso sexual, se requiere precisar si efectivamente quedan fuera del ámbito de la violación y por qué razón.

A juicio de Rodríguez Collao, el sujeto activo de la violación debe ser una persona que tenga aptitud física y mental, pero no lo plantea en términos de madurez, puesto que si éste deber ser imputable, ya cuenta con esa madurez fisiológica para la realización de la cópula. Por lo tanto, aquellos supuestos en que carezca de capacidad para llevarla a cabo obedecerán a problemas patológicos de origen físico o mental.¹²

⁸ La sodomía corresponde en la terminología de este autor a la corrupción de menores RODRIGUEZ COLLAO, *Delitos Sexuales*, p. 197. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Delimitación del concepto de abuso sexual”. En FIGUEIREDO DIAS, Jorge/ SERRANO GÓMEZ, Alfonso/ POLITOFF, Sergio/ ZAFFARONI, Raúl (directores). *EL Penalista liberal*. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Coordinador: GUZMAN DALBORA, José Luis. Buenos Aires: Hamurabi, 2004, p. 563-610, p. 579. No comparte esta opinión Raúl Carnevali, para quien el tipo de abuso sexual en ningún caso comprende aquellos actos propios de la penetración. CARNEVALI, Raúl. “La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica”. *Gaceta Jurídica*. n° 252, 2001, p. 20-25, p. 24.

⁹ Partidario de considerar también a la mujer como sujeto activo del delito de violación se puede señalar a CARNEVALI, Raúl, “La mujer como sujeto activo”, p. 21. GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, t. III, p. 356.

¹⁰ Tratándose del delito de abusos deshonestos ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, t. IV, p. 70; GARRIDO MONTT, *Derecho Penal*, t. III, p. 315.

¹¹ RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos Sexuales*, p. 205.

¹² RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos Sexuales*, p. 144.

Tratándose del menor de 12 años, a nuestro modo de ver, a causa de su inimputabilidad no podrá ser sujeto activo de violación, pero tampoco, por idéntica razón, del delito de abuso sexual. Lo más probable es que una persona en ese rango etario, aún no tenga la aptitud física para acceder carnalmente en el caso de la violación.

La situación del enajenado mental, en la medida que esté dotado de la aptitud física para llevar a cabo el acceso carnal, no nos queda claro por qué no podría realizar la conducta típica de violación. Otra cuestión es lo que sucede en el ámbito de la culpabilidad del sujeto, que probablemente debido a su falta de salud mental se declare inimputable.

Por último, la situación del varón que ha sido víctima de fuerza o intimidación, nos parece que también realiza la conducta de violación, pero en su caso las causa de inexigibilidad de otra conducta como la fuerza moral irresistible cobra relevancia.

Siendo así, estas tres hipótesis señaladas por el profesor Rodríguez Collao corresponden a situaciones que deben ser resueltas, a nuestro juicio, en sede de culpabilidad del sujeto y no necesariamente mudan el título de imputación de la conducta al delito de abuso sexual.

1.2. Delito de estupro, sodomía y su prevalencia

Al igual que el delito de violación, las conductas constitutivas de estupro no podrán ser castigadas como abusos sexuales, porque se trata de delitos cuyo acceso carnal los hace prevalecer sobre el abuso sexual. En el delito de violación no existe consentimiento del sujeto pasivo para que se lleve a cabo la conducta.¹³ En cambio, en el estupro hay consentimiento de éste para el acceso carnal, pero no es válido porque está viciado en atención a la concurrencia de una o más de las circunstancias comisivas de las que saca provecho el hechor.¹⁴

El delito de sodomía, regulado en el artículo 365 del Código Penal, no se corresponde con la figura de violación sodomítica, entendiéndose por tal acceso carnal sin consentimiento de varón a varón, puesto que tras la modificación que experimentaron los tipos penales, en virtud la Ley N° 19.617, esta conducta es subsumida por el tipo de violación del artículo 361 o de violación impropia del artículo 362, dependiendo de la edad del sujeto pasivo.¹⁵ Lo que la figura de sodomía sanciona en la actualidad es al que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años, aun cuando no concurren las circunstancias de la violación o del

¹³ Sentencia de Corte Suprema de 7 de febrero de 2001, rol 398-01, Considerando 8°.

¹⁴ La ley N° 19.617 de 12.07.99 introdujo significativas modificaciones en la materia. Por una parte, el delito de estupro dejó de limitarse al engaño, puesto que se tipificó, junto a éste, modalidades de prevalimiento o abuso del sujeto activo de determinadas situaciones como la relación de dependencia; además, se señalan expresamente al igual que en el delito de violación las vías de acceso carnal comprendiendo la vaginal, anal y bucal. Por otra parte, el sujeto pasivo no se circunscribe sólo a la mujer “doncella”, pasando a integrar esta categoría también el varón.

¹⁵ La edad del sujeto pasivo de la violación tanto propia como impropia fue modificada por la ley N° 19.927 de 14.01.2004, quedando determinada en 14 años.

RAMÍREZ, María Cecilia. “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”. *Polít. Crim.* n° 3, 2007. A4. p. 1-13. [<http://www.politicacriminal.cl>]

estupro, vale decir, la sodomía simple antes de la modificación de la ley N° 19.617 con la salvedad de la edad del sujeto pasivo.

Al igual que el delito de estupro y violación, la sodomía prevalece del ámbito del delito de abuso sexual.

Estas observaciones dan cuenta que la extensión del delito de abuso sexual está condicionada por el contenido que se le atribuya al acceso carnal de la violación, el estupro y la sodomía, que son tipos penales que se aplican con preferencia a éste.

2. Elementos típicos de la figura base

El artículo 366 ter del Código Penal, por otra parte, establece los elementos típicos para que una conducta quede comprendida en el delito de abuso sexual sobre la base del concepto de acción sexual, entendiendo el texto legal por tal “cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”. Debe tratarse, por tanto, de un acto, no se requiere de una multiplicidad de éstos, con la significación y relevancia típicas, efectuado mediante contacto corporal o en su defecto afectando las zonas señaladas.¹⁶

Existen ciertas conductas que quedarán comprendidas en el ámbito de este delito y que se suelen señalar como ejemplo, como las tocaciones en zona de erógenas del cuerpo, los frotamientos en las mismas zonas, masturbación en el cuerpo de la otra persona.¹⁷ Puede tratarse de expresiones del impulso sexual convencional o no.¹⁸

El contacto corporal es requerido expresamente por el tipo penal.¹⁹ En este sentido, cabe dentro del tipo penal aquellos actos efectuados mediante esta clase de contacto, en que la víctima los ha padecido o que le haya a ella correspondido ejecutar sobre el hechor. No es necesario que el contacto sea sobre el cuerpo desnudo.²⁰

Los actos a los que la víctima es obligada a ejecutar sobre su propio cuerpo son expresiones del delito de abuso sexual, pero como el texto legal alude a la necesidad de contacto

¹⁶ El delito de abuso sexual se perfecciona con un solo acto el que puede revestir multiplicidad de hipótesis comisivas. RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos Sexuales*, p. 209.

¹⁷ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal*, t. III, p. 396.

¹⁸ RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos Sexuales*, p. 206.

¹⁹ En sentido crítico a esta restricción legal se manifiesta Juan Pablo Cox por cuanto impediría castigar las actuaciones que no impliquen contacto corporal con la víctima, que tampoco afecten el ano, boca o genitales de ella, pero que tengan connotación sexual. COX, Juan Pablo. *Los abusos sexuales. Aproximación Dogmática*. Santiago: Lexis Nexis, 2003, p. 135.

²⁰ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal*, t. III, p. 396. BASCUÑÁN VALDÉS, *Delito de Abuso*, p. 66. RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos Sexuales*, p. 203.

RAMÍREZ, María Cecilia. “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”. *Polít. Crim.* n° 3, 2007. A4. p. 1-13. [<http://www.politicacriminal.cl>]

corporal con la víctima parece más adecuada la inclusión de esta modalidad en la segunda parte de la disposición.²¹

En esta segunda parte, el tipo penal amplía el ámbito del delito aún a supuestos en que no existe contacto corporal, en la medida que la acción sexual afecte a los genitales, el ano o la boca. De ahí que Rodríguez Collao incluya como conducta constitutiva de abuso sexual la contemplación lasciva a zonas erógenas del cuerpo, no así a las no erógenas.²² No compartimos esta última opinión por cuanto implica concebir el término afectación de manera muy amplia, sin que se vislumbre un real compromiso del bien jurídico protegido.²³

Mención especial la merece lo que Carrara denominaba la sutil cuestión que se presenta sobre los besos.²⁴ Frente a ellos no se puede tener una única respuesta, dependerá del contexto de la situación en que se manifiesten, puesto que si comprometen zonas erógenas del cuerpo darán lugar a este delito.²⁵

2.1. Significación sexual del acto y relevancia

Aun cuando existe relativo consenso en aquellos actos que a modo de ejemplo se suelen señalar como constitutivos de abuso sexual, en algunos de ellos es posible apreciar, que no

²¹ COX, *Los abusos*, p. 146 y 147. GARRIDO MONTT, *Derecho Penal*, p. 397. A propósito del delito de agresiones sexuales en España por tratarse de un atentado contra la libertad sexual, exige contacto corporal MUÑOZ CONDE, por lo que las conductas de autotocamiento no serían agresiones sexuales, sino que ataques contra la libertad constitutivos de coacciones o amenazas. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 201. Esta no es la opinión mayoritaria en la doctrina española, puesto que incluyen en este concepto las conductas de obligar a la propia víctima a realizar estos actos sobre sí misma: LAMARCA PÉREZ, Carmen. “Delitos contra la libertad e indemnidad Sexuales”. En LAMARCA PÉREZ, Carmen (Coord.). *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid: Colex, 2001, p. 131. MORALES PRATS, Fermín; GARCÍA ALBERO, Ramón. “Delitos contra la indemnidad y libertad sexual”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.). MORALES PRATS, Fermín (coord.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 2ª ed. Navarra: Aranzadi, 1999, p. 235-306, p. 241. DIEZ RIPOLLÉS, *La Protección*, p. 123; CANCIO MELIÁ, Manuel. “Delitos contra la libertad sexual”. En: RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.); BERREIRO, Agustín Jorge (coord.). *Comentarios al Código Penal*. Madrid: CIVITAS, 1997, p. 514-552, p. 519; CARMONA SALGADO, Concepción. “Lección 9: Delitos contra la libertad e indemnidad Sexual”. En: COBO DEL ROSAL (Coord.). *Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: DYKINSON, 2005, p. 240-286, p. 247.

²² RODRÍGUEZ COLLAO. *Delitos Sexuales*, p. 208.

²³ En sentido crítico también COX, *Los Abusos*, p. 148. A propósito del delito de abusos deshonestos BASCUÑÁN VALDÉS, *El Delito de Abusos*, p. 66; LABATUT, *Derecho Penal*, p. 143. En este mismo delito incluye la contemplación a la víctima sólo si ésta “se encuentra en situación desairada por obra del sujeto activo”, ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, p. 69. CARMONA SALGADO estima que el voyeurismo, por ejemplo, la contemplación del sujeto del desnudo de otra persona en la privacidad de su hogar queda fuera del tipo de agresión sexual porque no lesionaría la libertad sexual. CARMONA SALGADO, “Lección 9”, p. 248.

²⁴ De acuerdo a este autor quedará entregada a la prudencia del juez establecer, según las circunstancias, la punibilidad de éstos dependiendo si son atribuibles a un impulso de lascivia. CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Partes Especial*. 4ª ed. revisada. Bogotá-Colombia: Temis, 1986, p. 305, nota 1.

²⁵ RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos Sexuales*, p. 207

RAMÍREZ, María Cecilia. “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”. *Polít. Crim.* n° 3, 2007. A4. p. 1-13. [<http://www.politicacriminal.cl>]

es tan claro el significado que entrañan, por ejemplo, los tocamientos, aún en zonas erógenas del cuerpo.

En el caso de la sentencia de la Corte Suprema a la que se hizo referencia al comenzar este trabajo, la defensa en casación puso de manifiesto que las tocamientos a los menores, aún en sus genitales, no eran constitutivas de delito porque se trataba de un tratamiento terapéutico el que había sido mal comprendido.²⁶

¿Cuándo un tocamiento va a ser constitutivo de abuso sexual y cuándo no lo será?

Ciertamente una pregunta que se relaciona con la significación sexual del acto. Rodríguez Collao en su libro sintetiza las diferentes posiciones que existen para determinar cuándo estamos en presencia de un acto con verdadera significación sexual.²⁷

Así distingue un sector de la doctrina que recurre a parámetros objetivos, en el que se considera acto de tal significación, los que tengan aptitud para excitar el instinto sexual, según cánones vigentes en un sociedad determinada o bien que involucre los órganos genitales.

Por otra parte, aquellos que echan mano de elementos subjetivos para precisar tal carácter, como la intención con la que hubiese actuado el hechor, el clásico ánimo libidinoso o bien la finalidad de involucrar a una persona en un contexto sexual.

Pero también es posible encontrar en la búsqueda de esta determinación, de acuerdo a las distinciones de este autor, una postura que combina elementos objetivos y subjetivos en la que sería acto sexual aquel que conjugue lo que se relacione con el sexo con la intención del hechor de satisfacer su apetencia sexual.

Rodríguez Collao, concluye que para efectuar este análisis se debe recurrir a criterios de carácter objetivo, de los que se declara partidario, toda vez que el tipo penal alude a acto de significación sexual.²⁸ Lo que se precisa es determinar si un acto determinado pertenece o no a aquellos que son expresión del instinto sexual, lo que no significa que se trate de un

²⁶ A propósito del delito de abuso sexual la Corte Suprema se ha pronunciado señalando que no se precisa de elemento subjetivo especial alguno para su configuración. Sentencia de Corte Suprema de 21 de septiembre de 2004 rol N° 1.788 2.383-(04).

²⁷ RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos Sexuales*, p. 199-201.

²⁸ RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos sexuales*, p. 200. Para los autores que adhieren a esta tendencia, basta el dolo, no siendo necesaria la presencia de ningún elemento subjetivo que se diferencie de éste. ETCHEBERRY. *Derecho Penal*, t. IV, p. 70; LABATUT, *Derecho Penal*, t. II, p. 143; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, p. 204. LAMARCA PÉREZ, “Delitos contra”, p. 135; CANCIO MELIÁ, “Delitos contra la libertad”, p. 520; CARMONA SALGADO, “Lección 9”, p. 250. Para el caso del delito de ultraje violento contra el pudor no requiere móvil de apetencia carnal CARRARA, *Programa*, p. 301 y 304. Es conveniente recordar que el dolo va referido a los elementos objetivos del tipo, en cuanto saber y querer, en tanto que “los elementos subjetivos van referidos a fines y propósitos, cuya concurrencia confieren al hecho su dimensión de injusto penal”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Colaboración de MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, José Miguel. 2ª ed. Navarra: Aranzadi, 2000, p. 348.

RAMÍREZ, María Cecilia. “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”. *Polít. Crim.* n° 3, 2007. A4. p. 1-13. [<http://www.politicacriminal.cl>]

acto inmoral o deshonesto. Deben ser de aquellos actos que constituyan expresión de este instinto, independientemente de la motivación o pulsión del autor.

A su juicio, si la diferenciación se basa exclusivamente en elementos subjetivos el riesgo que se corre es de penalizar el simple ejercicio desviado de la actividad sexual o si se toma como referencia el efecto que el acto produce en la víctima, se diluye completamente los márgenes del delito atentando contra el principio de determinación legal.²⁹

A nuestro modo de ver, tomar en consideración un elemento subjetivo para la diferenciación no necesariamente implicará castigar la actividad sexual desviada, si ésta no conlleva una real afectación del bien jurídico protegido. La puesta en peligro o lesión del objeto jurídico constituye el límite de la intervención penal por lo que dicha aprehensión no se justificaría.

En la tendencia hacia la objetivización de la manera cómo se determina la connotación sexual del acto, se ubica actualmente Garrido Montt. Este autor, a propósito del delito de abusos deshonestos, reconocía la necesidad de la existencia de un elemento subjetivo, el ánimo libidinoso, para determinar la presencia de éstos, siendo a su juicio un tipo de tendencia interna trascendente.³⁰

Sin embargo, tras la modificación que experimentó el delito, Ley N° 19.617, en virtud de la cual se abandona la nomenclatura de abuso deshonesto dando cabida a los actos de significación sexual y de relevancia, su concepción experimenta un giro. En efecto, señala el profesor que para delimitar los contornos de la conducta, el tipo penal emplea en la actualidad parámetros normativos referidos al carácter sexual del acto y su relevancia y entidad sexual.³¹ A ello agrega el texto legal un criterio objetivo consistente en la necesidad que el acto afecte corporalmente a la víctima de algunas de las formas como señala la ley, incluyendo la afectación de genitales, ano o boca.³²

Más aún, Garrido Montt hace presente que el propósito del legislador histórico fue precisamente ese, reemplazar la consideración de un elemento subjetivo plasmando, en su lugar, uno de carácter normativo.³³ “Acto de significación sexual” sería, en concepto de este autor, aquel que resulta objetivamente adecuado para excitar el instinto sexual de una persona, dentro del medio social donde se desarrolla.

²⁹ RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos sexuales*, p. 200.

³⁰ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal*, t. III, p. 316. En contra ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, p. 70; BASCUÑÁN VALDÉS, El Delito de Abusos, p. 66 y 73. LABATUT, *Derecho Penal*, t. II, p. 143.

³¹ En este mismo sentido MALDONADO, Francisco. “Delitos contra la Libertad Sexual. Tratamiento de la Nueva Regulación de Delitos Sexuales”. *Problemas Actuales de Derecho Penal. Universidad Católica de Temuco*. 2003, p. 227-265, p. 256.

³² GARRIDO MONTT, *Derecho Penal*, t. III, p. 394. En este mismo sentido Sentencia de Corte Suprema de 21 de septiembre de 2004 rol N° 1.788 2.383-(04).

³³ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal*, t. III, p. 396.

RAMÍREZ, María Cecilia. “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”. *Polít. Crim.* n° 3, 2007. A4. p. 1-13. [<http://www.politicacriminal.cl>]

Siguiendo con la línea objetiva de interpretación de la expresión acto de significación sexual y relevancia, Cox rechaza la posibilidad de recurrir a un elemento subjetivo en este cometido porque el legislador emplearía expresiones que no permitirían incorporarlo: “cualquier acto de significación sexual”, siendo suficiente, a su juicio, que el acto tenga una significación sexual.³⁴

Agrega el autor que de haber querido incorporar la ley un elemento subjetivo, lo habría hecho expresamente a la usanza del art. 366 quáter del CP.³⁵

Esta afirmación nos parece poco afortunada por varias razones. En primer lugar, el artículo 366 quáter lo que hace es ampliar el ámbito de aplicación de la disposición, puesto que originalmente la corrupción de menores fue concebida para sancionar la actividad del intermediario “para satisfacer los deseos de otro”, cumpliendo este elemento subjetivo una función político criminal. Con la modificación que experimentaron los tipos penales en la materia, se incluyó procurar excitar el instinto sexual tanto propio como el de un tercero, con lo que el legislador hizo una opción por ampliar el ámbito de protección de la norma.³⁶ Pero pudo haber prescindido de ello. Aquí la presencia del elemento subjetivo no viene a definir en sí mismo lo que es prohibido y lo que no. Su función, a nuestro juicio, es trazar los límites de la punición.

En cambio, esto no es lo que sucede con el delito de abuso sexual. Cuando se aboga por la presencia de un elemento subjetivo se hace en función a que es éste el que tiñe de ilicitud a la conducta, configurándose como un delito de tendencia.³⁷

En los delitos de tendencia, precisamente el legislador no explicita la presencia del elemento subjetivo, a diferencia de lo que sucede en los delitos de intención trascendente, tanto imperfectos en dos actos como de resultado cortado.³⁸

³⁴ COX, *Los abusos*, p. 133. Nos parece que tras esta afirmación sigue vigente la pregunta de qué es la significación sexual de un acto.

³⁵ Un argumento en el mismo sentido se puede ver en RODRÍGUEZ COLLAO, “Delimitación del Concepto”, p. 608.

³⁶ Ley N° 19.617.

³⁷ Los delitos de tendencia pueden ser incluidos en la denominación de “tendencia interna intensificada” como los clasifica MIR PUIG distinguiéndolos de los elementos subjetivos de “tendencia interna trascendente” en los que el sujeto tiene una finalidad o motivo que va más allá de la realización del hecho típico, MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed. Montevideo Buenos Aires: B de F, Julio Césara Faria (ed.), 2004, p. 281. Como delito de tendencia interna intensificada considera a las agresiones sexuales MORALES PRATS / GARCIA ALBERO, “Delitos contra la libertad”, p. 241.

³⁸ POLITOFF, Sergio. *Derecho Penal*. 2ª ed. Santiago: Conosur. Lexis-Nexis Chile. t. I, 2001, p. 225- 233. Los elementos subjetivos pueden estar presentes en la ley de manera implícita o expresamente. En el último caso se refiere a la finalidad del agente incluida en el tipo penal (ánimo de lucro, propósito de perjudicar), en el segundo “supone la orientación de un autor a una determinada finalidad, que se desprende de la interpretación ya sea sistemática ya sea axiológica de la correspondiente figura penal, pero no hay expresión concreta de la ley”, tal como ocurre con el ánimo lúbrico en la agresión sexual. QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal*, p. 348 y 349.

RAMÍREZ, María Cecilia. “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”. *Polít. Crim.* n° 3, 2007. A4. p. 1-13. [<http://www.politicacriminal.cl>]

Tanto los delitos de intención trascendente como los de tendencia contienen elementos subjetivos, pudiendo cumplir dichos elementos diversa función, dependiendo del delito en particular.³⁹

Si se sostiene que cada vez que el tipo penal requiera de un elemento subjetivo, el legislador lo tiene que señalar expresamente, por muy cercano que se encuentre a otros en que sí lo hace, implica reducir esta clase de delitos únicamente a los de intención trascendente.

Retomando el planteamiento del autor en comentario, la significación sexual del acto, estaría dado por el involucramiento que se hace de una persona en un contexto sexual.⁴⁰ A juicio de Cox habrá contexto sexual “toda vez que la acción del sujeto activo afecte este fundamento antropológico radical” de las personas. Se necesita en definitiva que la conducta del agresor active los componentes sexuales de la personalidad del agredido”.⁴¹

A pesar de rechazar la existencia de un elemento subjetivo en el delito de abuso sexual, concluye que en ciertas conductas no es posible deducir la naturaleza sexual de su sola objetividad, en cambio, otras no presentarán tal dificultad. En los primeros casos, habrá que recurrir a otros elementos para determinar su significado.⁴²

Nos parece que este es precisamente el problema del delito de abuso sexual: la equivocidad de ciertos comportamientos.⁴³ Frente a éstos no es posible determinar la naturaleza del acto, puesto que pueden tener diverso significado o connotación, de ahí que, en nuestra opinión, no se pueda prescindir del elemento subjetivo para precisarlo como veremos más adelante.

En una línea más cercana a la nuestra, Guzmán Dálbora, afirma la necesidad de un elemento subjetivo para determinar si el acto posee significación sexual o no. No basta que se trate de una acción sexual, concepto culturalmente condicionado, sino que es menester que el acto tenga significación sexual lo que dependerá del ánimo lascivo.⁴⁴ Hace presente

³⁹ En algunos casos, tratándose de delitos imperfectos en dos actos, el hecho sin el propósito ulterior por alcanzar, es impune como acontece en el artículo 185 del CP; en otros, en cambio, agrava la responsabilidad del hechor como en el artículo 141 inciso 3°. POLITOFF, *Derecho Penal*, p. 227.

⁴⁰ COX, *Los Abusos*, p. 136.

⁴¹ COX, *Los Abusos*, p. 137.

⁴² COX, *Los Abusos*, p. 137.

⁴³ No existe dificultad en considerar acto sexual el acceso carnal vía vaginal anal o bucal, pero cuando los actos no tienen un carácter tan sexual, su calificación se hace difícil especialmente en el plano meramente objetivo, por ejemplo, los besos, tocamientos en el cuerpo. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, p. 201.

⁴⁴ Reconoce este autor que tal característica es menos evidente que lo que ocurría con la antigua redacción del delito de abuso deshonesto. Por mucho que haya sido el propósito del legislador de eliminar este elemento, a su juicio, no lo logró. Prueba de ello sería la referencia del art. 366 quáter, al ánimo lascivo, al exigir excitación del deseo de otro o propio. Si lo pide en una conducta de menor lesividad con mayor debiera estar presente en una de mayor entidad lesiva como lo es el delito de abuso sexual. Por lo demás, si lo que se pretende salvaguardar es la indemnidad del menor tal referencia estaría demás. GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. “Apreciación y Reprobación de los delitos contra la honestidad en Chile”. *Cuadernos Judiciales. Reforma Penal Sustantiva. En el camino hacia un Nuevo Código.* n° 6, 2002, p. 160-198, p. 187, 188 y 189.

RAMÍREZ, María Cecilia. “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”. *Polít. Crim.* n° 3, 2007. A4. p. 1-13. [<http://www.politicacriminal.cl>]

que la doctrina objetivista en definitiva cede ante las situaciones ambivalentes en que la apariencia externa es insuficiente para definir la ilicitud del acto.⁴⁵

3. Toma de posición

A nuestro juicio, el delito de abuso sexual presenta problemas justamente en la medida que existen actos en que claramente se evidencia la connotación sexual del mismo, pero hay otros en que no es posible aprehender de su mera objetividad si tiene tales características. Tales son los actos ambivalentes, ambiguos o equívocos, como se les prefiera denominar.

Para definir la frontera entre uno u otro, como hemos visto se recurre a un concepto normativo o bien a la presencia de un elemento subjetivo.

Aquellas posiciones, que se centran en el elemento normativo del tipo, lo hacen asimilándolo a aquellos que se relacionan con valoraciones socio-culturales. Así, por ejemplo, Garrido Montt señala que la significación sexual del acto estará dado conforme a criterios normativos considerando los parámetros que existan en el medio social. Este criterio nos parece insuficiente para precisar el contenido de los actos ambiguos.

Guzmán Dálbora, por su parte, reconoce la existencia un elemento normativo en el concepto de acción sexual situándolo también entre aquellos que se relacionan con valoraciones socio-culturales al sostener que este concepto está culturalmente condicionado. A diferencia de Garrido Montt, al elemento normativo Guzmán Dálbora agrega uno subjetivo para precisar la significación sexual misma de dicha acción.

Partiendo de la premisa que la mera objetividad es insuficiente para determinar la significación sexual del acto, lo que queda de manifiesto en aquellos supuestos de equivocidad, nos parece que aún se podría presentar la sistematización del delito de otra manera.

Al referirse el artículo 366 ter a “actos de significación sexual y relevancia”, estimamos que está haciendo un llamado de atención al juez sobre las características de esta clase de actos, su ambigüedad. Ante éstos va a ser necesario indagar sobre la existencia de un elemento subjetivo para definir su antijuridicidad. Por lo tanto, esta expresión “actos de significación sexual” correspondería a un elemento normativo que se relaciona con el juicio de ilicitud de la conducta, ilicitud que está determinada, a la postre, por la presencia o no de un elemento subjetivo. La relevancia del acto estará determinada por su significación, determinada de la manera entredicha y el compromiso del bien jurídico protegido.

Ahora bien, el contenido del elemento subjetivo es una cuestión que se puede entrar a definir. No necesariamente tiene que corresponder con el ánimo lascivo del sujeto, lo puede ser, pero también se podría trabajar con un elemento más amplio que lo contenga, pero a la

⁴⁵ GUZMÁN DÁLBORA, “Apreciación”, p. 188.

RAMÍREZ, María Cecilia. “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”. *Polít. Crim.* nº 3, 2007. A4. p. 1-13. [<http://www.politicacriminal.cl>]

vez lo excede, como por ejemplo, la finalidad de involucrar a una persona en un contexto sexual.⁴⁶

En todo caso, nos parece que de alguna manera la discusión sobre si se requiere o no de un elemento subjetivo está condicionado en parte por los problemas probatorios que de ello se derivan, de ahí la tendencia a su abandono.⁴⁷ Con todo, las tesis objetivas, a nuestro juicio, no dan cuenta de manera satisfactoria de la significación sexual del acto, especialmente en aquellos que revisten caracteres equívocos.

⁴⁶ Para DIEZ RIPOLLÉS el único elemento capaz de definir una conducta como sexual es el elemento subjetivo del fin sexual cuyo contenido, que abarca todos los supuestos, consiste en involucrar a otra persona en un contexto sexual. DIEZ RIPOLLÉS, *La protección*, p. 122 y 123. Identifica por su parte el elemento subjetivo de la agresión sexual como la finalidad lúbrica, que en todo caso se presumiría SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. 4ª ed. Madrid: Dykinson, 1999, p. 188.

⁴⁷ Como un elemento de difícil prueba lo reconoce, entre otros, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, p. 202.