

Luis Rodríguez Collao

DELITOS SEXUALES

**DE CONFORMIDAD CON LAS MODIFICACIONES
INTRODUCIDAS POR LA LEY Nº 19.617 DE 1999**

Editorial Jurídica de Chile

los elementos objetivos que el tipo demanda. Así, por ejemplo, aunque no es del caso descartar alguna situación extrema en que una persona a pesar de estar casada o de convivir con otra, conserve un cierto grado de inexperiencia o de ignorancia en materia sexual, lo normal será que quien mantiene alguna de esas relaciones no esté en situación de ser engañado en razón de una deficiente información en el terreno de las conductas sexuales, como lo exige la circunstancia cuarta del art. 363.

8. ITER CRIMINIS

El delito de estupro se consuma, al igual que la violación, en el momento en que se perfecciona el acceso carnal, siendo inadmisibles, al igual que en aquélla, la figura del delito frustrado, pero plenamente admisible, en cambio, el castigo en fase de tentativa.³⁰

Con anterioridad a la reforma penal española de 1978, fue usual que la jurisprudencia en aquel país considerara que el estupro fraudulento alcanzaba la consumación en el momento en que se materializaba el engaño, lo cual, por cierto, tenía una abierta incidencia sobre el cómputo de los plazos de prescripción. Y como el engaño prácticamente se identificaba con el tema de la promesa matrimonial incumplida, solía entenderse que dicho cómputo comenzaba a partir del momento en que el hechor se negaba a cumplir lo prometido.³¹ Con posterioridad, sin embargo, llegó a ser unánime el criterio según el cual la consumación del delito coincide con la ejecución de la conducta.³²

³⁰ Vid. supra Cap. V, 7.

³¹ Una completa reseña sobre este punto puede consultarse en RODRIGUEZ RAMOS, *Consumación y prescripción del estupro-engaño*, pp. 141-145.

³² Cfr., por todos, BUSTOS (1986), p. 143; DIAZ MAROTO (1998), p. 123, y MUÑOZ CONDE (1996), p. 196.

EL DELITO DE ABUSO SEXUAL PROPIO O DIRECTO

1. SOBRE EL CONCEPTO DE ABUSO SEXUAL

Puesto que la noción de *abuso sexual* no tiene actualmente un sentido unívoco, resulta indispensable precisar cuál es el alcance que dicha expresión posee en el derecho comparado y cuál el sentido que corresponde atribuirle en el derecho chileno, tanto desde una perspectiva semántica, como desde un punto de vista dogmático, tomando en consideración, también, los antecedentes históricos de la figura de *abusos deshonestos*, por ser ésta la precursora de lo que el Código chileno hoy entiende por *abuso sexual*.

A) LA NOCIÓN DE ABUSO SEXUAL EN EL DERECHO HISTÓRICO CHILENO

El contenido de la primitiva figura chilena de *abusos deshonestos* es prácticamente el mismo que el de los tipos que contemplaban los artículos 355 y 356, inciso tercero, del Código Penal español de 1848. En verdad no se sabe qué razones motivaron a los redactores de nuestro Código a refundir en un solo artículo —el que en definitiva llevaría el número 366— tanto el abuso deshonesto ejecutado con las modalidades propias de la violación (artículo 355 del modelo español), como el abuso deshonesto ejecutado con las modalidades propias del estupro (artículo 356, inciso tercero, de la misma fuente legislativa). Sólo consta que la Comisión encargó a uno de sus miembros —don Manuel Ren-

gifo— la elaboración de un anteproyecto que sirviera de base a la discusión y que en este documento el tipo de abusos deshonestos figuraba a continuación del delito de violación. Pero fue la propia Comisión Redactora la que decidió trasladarlo a su ubicación definitiva —en el capítulo que sigue al de la violación—, por considerar que éste “mejor lo comprendía”.¹

El artículo 366 del texto original del Código Penal chileno, en efecto, sancionaba a quien “abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo mayor de doce años y menor de veinte” (figura que la doctrina pasó a denominar *abuso deshonesto simple*). Y, acto seguido, añadía que “si concurriere alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 361 —que sancionaba la violación—, se estimará como agravante del delito, aun cuando sea mayor de veinte años la persona de quien se abusa” (figura esta última que los autores denominaron *agravada*).²

Con esta redacción es claro que el tipo de abusos deshonestos del artículo 366 del Código Penal chileno captaba tanto la modalidad española de abuso asociado a la violación, como también la modalidad de abuso asociado al estupro. Pero, sin lugar a dudas, el ámbito de aplicación del texto original de la figura chilena era mucho más amplio que el que se acaba de señalar.³ De partida, ella no sólo captaba los actos de significación sexual ejecutados con alguna de las modalidades recién aludidas, sino que también abarcaba otras formas de comisión, como el aprovechamiento de una relación de superioridad, en razón de la amplitud de los términos de la hipótesis que la doctrina denominaba *simple*. Pero donde más se refleja la amplitud del tipo es en el caso de los abusos que tienen como víctima a un varón y en aquellos casos en que tanto el sujeto activo como el pasivo son personas de sexo femenino, ninguno de los cuales quedaba captado por las figuras de estupro y violación, delitos que sólo

¹ Cfr. Acta de la Sesión N° 71, de 10 de abril de 1872, en RIVACOBIA: *Código Penal...*, pp. 385-387.

² En detalle sobre este punto: SOLARI PERALTA / RODRIGUEZ COLLAO: *A propósito de un fallo sobre abusos deshonestos*, pp. 303-312.

³ En contra de este planteamiento, BASCUÑAN VALDES: *El delito de abusos deshonestos*, p. 49, sostiene que “podemos afirmar terminantemente que la construcción de la figura de abusos deshonestos es esencialmente la misma que en el Código español”.

admitían como víctima a una mujer y suponían una forma de relación heterosexual.⁴

La estructura del tipo de abusos deshonestos no experimentó ninguna modificación hasta el año 1993, oportunidad en la que el artículo 9° de la Ley N° 19.221 (vigente desde el 1° de junio de ese año), dispuso un cambio en el límite máximo de la edad del sujeto pasivo en la *hipótesis simple* —que pasó de veinte a dieciocho años— con el objeto de adecuar esa norma al parámetro general que el ordenamiento jurídico chileno había adoptado en cuanto a la mayoría de edad de las personas.⁵

Pero si bien no sufrió otras enmiendas expresas, sí, en cambio, varió su contenido a raíz de una modificación que la Ley N° 17.727, de 1972, introdujo en la figura de *sodomía* contemplada en el artículo 365 del Código Penal. Dicha figura que, como ya sabemos, sólo sancionaba el acceso carnal mutuamente consentido entre varones, fue adicionada con una nueva hipótesis que vino a castigar esa misma conducta cuando fuera ejecutada con alguna de las modalidades propias del delito de violación. De este modo, el acceso carnal no consentido de un varón a otro varón, dejó de integrar la tipicidad de la figura de abusos deshonestos y con ello se redujo el campo de aplicación de este último delito, aunque no de manera tan drástica, dada la amplitud de sus términos.

B) LA NOCIÓN DE ABUSO SEXUAL EN EL DERECHO COMPARADO

Ya hemos afirmado que el derecho europeo anterior al siglo XIX simplemente no conoció un concepto de lo que hoy, en uno o

⁴ Respecto de lo primero, recordemos que en su *texto original* el Código Penal chileno sólo sancionaba el acceso carnal mutuamente consentido entre varones, de manera que cualquier acto de naturaleza homosexual que importara un abuso, quedaba necesariamente comprendido en la descripción típica del artículo 366.

⁵ Al hacerlo, sin embargo, olvidó modificar la frase final del precepto (“aun cuando sea mayor de veinte años la persona de quien se abusa”), con lo cual la reforma dificultó enormemente la intelección del tipo. En extenso sobre las dificultades interpretativas que originó este cambio, ETCHEBERRY (1998), IV, pp. 70-71, y GARRIDO MONTT (1998), pp. 316-317.

en otro sentido, suele denominarse abuso sexual. Ello obedece, por una parte, al desconocimiento de una técnica de tipificación como la que se impuso a partir de dicho siglo,⁶ y, por otra, a que bajo la influencia de la teología moral escolástica, el derecho de la Baja Edad Media y el del período del Absolutismo enfatizaron el desvalor de la *incontinencia sexual* por sobre la gravedad que un acto sexual abusivo representa en tanto lesión de los derechos de otro. De este modo, cualquier ejercicio ilegítimo de la actividad sexual —entendiendo por tal todo comportamiento lúbrico realizado al margen de una relación matrimonial o que no se orientara a la procreación— era expresivo de una sexualidad desordenada, es decir, un acto de lujuria; sin importar para fines denominativos o de graduación de la pena, la forma concreta que dicho acto asumiera.⁷

Tampoco encontramos vestigios de la noción de abuso sexual en los primeros textos del período de la Codificación, pues si bien es cierto que ellos denotan un avance en lo que respecta a la técnica de tipificación de las conductas sancionadas, no es menos cierto que por lo general aquellos textos enfatizan el castigo del acceso carnal o bien crean figuras delictivas que dan cabida a un conjunto bastante heterogéneo de actos, todos ellos equiparados en orden a la fundamentación y a la gravedad del castigo. Es lo que sucede, por ejemplo, con el Código Penal francés de 1791, que sanciona la violación, pero no tipifica otros actos distintos del acceso carnal que, al igual que aquella, pueden llegar a lesionar la capacidad de autodeterminación del individuo.⁸ En cambio, el Código Penal francés de 1810 sí contempla el castigo de otros actos distintos de la penetración, aunque los somete al mismo estatuto jurídico de la violación, equiparándolos también en cuanto a la pena.⁹ Y el mismo procedimiento utiliza el Código Penal español de 1822, que si bien emplea la expresión *abusar deshonestamente*, lo hace en un sentido genérico que incluye cualquier acto de significación sexual, sea éste la cópula o un comportamiento diverso.¹⁰

⁶ En este sentido, DIAZ REMENTERIA: *Derecho penal y procesal...*, pp. 387-388, y LEVAGGI: *Historia del derecho penal argentino*, pp. 37-40.

⁷ Vid. supra, Cap. II, 1.

⁸ Cfr. BASCUÑAN VALDES: *El delito de abusos deshonestos*, p. 35.

⁹ Cfr. VOUIN: *Droit Pénal Spécial*, p. 423.

¹⁰ Cfr. GROIZARD: *El Código Penal...*, V, p. 82.

Pero la situación cambia drásticamente hacia la década de los años treinta del siglo XIX, en especial a raíz de las modificaciones que experimentó el Código Penal francés en el año 1832, oportunidad a partir de la cual éste comienza a distinguir entre violación y *atentados al pudor*.¹¹ Y el mismo predicamento hace suyo el Código Penal español de 1848, al distinguir entre violación y estupro, por una parte, y las figuras subordinadas de *abusos deshonestos*, por otra. Este esquema de tipificación de los comportamientos que trascienden el ámbito específico de la penetración vaginal, logra extraordinaria difusión en Iberoamérica durante el resto del período de la Codificación, básicamente por la influencia que el mencionado Código español y el Código belga —que en esto se limita a reproducir el esquema francés— ejercieron en esta parte del mundo.

El sistema bipartito que, en términos generales, distingue entre violación y estupro, por una parte, y abusos deshonestos (según la terminología castellana) o atentados contra el pudor (según la terminología francesa), por otra, se mantiene sin variaciones hasta el advenimiento de los postulados del reformismo penal que tuvo lugar a mediados del siglo XX. Y como entre las distintas opciones reformistas, la que concitó un nivel de adhesión más significativo fue precisamente aquella que enfatiza el desvalor del ataque a la libertad del individuo, no es de extrañar que en algunos esquemas legislativos que hicieron suyo este planteamiento la noción de *abuso* simplemente desapareciera de los textos normativos subsumida bajo alguna otra denominación genérica.¹² Es lo que sucede en Italia, cuyo Código equipara todas las acciones que se consideran ilícitas bajo la denominación genérica de conductas sexuales ("*atti sessuali*"), diferenciando únicamente en atención a factores circunstanciales que tienen que ver con la modalidad que en cada caso revista el ataque. Y lo mismo ocurre en el derecho portugués, cuyo Có-

¹¹ Vid. supra Cap. II, 2. Cfr. GARRAUD: *Traité...*, V, pp. 41-43.

¹² Pese a ello, aun en el contexto de quienes adhieren a una fundamentación basada en la idea capacidad de autodeterminación en el plano sexual, hay autores que sostienen que el acceso carnal es más grave, por ser la conducta que más intensamente lesiona la libertad y la autenticidad de la expresión de la vida sexual de las personas. En este sentido, MAIA GONÇALVES (1996), p. 627.

digo Penal utiliza la fórmula genérica “*actos sexuais de relevo*”, aunque distinguiendo dentro de ella un segmento específico representado por aquellos actos que importan penetración vaginal, anal u oral (artículos 163, 164, 165 y 167).¹³

Con todo, la noción de abuso sexual aún persiste, incluso en algunos países que expresamente adhieren a un modelo reformista basado en la capacidad de autodeterminación del individuo. Así sucede, por ejemplo, en Alemania, cuyo Código Penal mantiene una valoración compartimentada de los actos de significación sexual, distinguiendo nítidamente entre *abuso sexual* (como género) y *violación* (como especie).¹⁴

También conserva la distinción entre los actos que importan penetración y el resto de las conductas de significación sexual el Código Penal francés, aunque, en este caso, en plena concordancia con la idea que sirve de fundamento al castigo, que es, como hemos explicado, el ataque a la *integridad personal*.¹⁵ En este contexto, el derecho francés, sobre la base de una valoración compartimentada de los actos que se consideran merecedores de sanción, distingue entre violación (“*Du viol*”), otros actos distintos del acceso carnal (“*Des autres agressions sexuelles*”) y el acoso sexual (“*Du harcèlement sexuel*”).¹⁶

Por último, el Código Penal español de 1995 utiliza el concepto de *abuso sexual* en un sentido completamente distinto del que le asignan las legislaciones que hasta aquí hemos examinado. Dicho texto normativo organizó esta clase de infracciones en torno a tres categorías –agresión, abuso y acoso sexuales–, cuyo criterio de distinción en principio no se funda en la naturaleza del acto ejecutado, sino en la modalidad que en cada caso revestiría el atentado a la libertad sexual de la víctima. De manera que, a partir de la entrada en vigencia de aquel texto normativo, en España la locución *abuso sexual* alude a cualquier actividad lúbrica impuesta a la víctima por me-

¹³ Cfr. MAIA GONÇALVES (1996), pp. 621-622, y DOS REIS ALVES: *Crimes sexuais*, pp. 5-6.

¹⁴ Cfr. Por ejemplo, en el artículo 176, I y III.

¹⁵ Vid. supra, Cap. III, 5. b).

¹⁶ Cfr. RASSAT: *Droit Pénal Spécial* (1997), 443-445, y VERON: *Droit Pénal Spécial* (1999), pp. 48-49.

dios no violentos o intimidativos (que son los que dan vida al concepto de agresión sexual) y siempre que la conducta del hechor supere los límites de lo que en ese país se denomina *acoso* con fines sexuales.¹⁷

En suma, al margen de aquellos países –como Italia– en los cuales la noción de abuso sexual (como entidad delictiva autónoma) simplemente carece de sentido, en el derecho comparado dicha locución es utilizada actualmente para referir dos realidades jurídicas completamente diferenciables: primero, un conjunto de actos sexuales caracterizado por el aprovechamiento de una situación de superioridad del autor respecto de la víctima, sin importar la forma en que se materialice el ataque, el que puede traducirse en un acceso carnal o en otro acto diverso, y que corresponde a la solución adoptada por el derecho español, en que *abuso sexual* se opone a *agresión* de la misma índole; y, segundo, un conjunto de actos de significación sexual distintos del acceso carnal –comportamiento este último que es castigado a título de violación y, en ocasiones, también a título de estupro– y que corresponde a la opción legislativa de los códigos de Alemania y Francia, en que *abuso sexual* se opone a *cópula* ejecutada sin o contra el consentimiento de la víctima. Este es, también, el sentido conforme al cual hemos de entender en Chile el concepto de *abuso sexual*, en especial considerando que esta fórmula denominativa alude a un conjunto de hipótesis que la ley ordena aplicar en defecto de los tipos básicos de violación y estupro.

C) LA NOCIÓN DE ABUSO SEXUAL DESDE UNA PERSPECTIVA SEMÁNTICA

El campo semántico de la locución *abuso sexual* tampoco nos refiere a un significado unívoco, porque el término *abuso* es sinónimo de aprovechamiento –en este caso, de un individuo respecto de otro– y esta situación obviamente se da cada vez que una persona involucra a otra en un contexto sexual, sin importar los ac-

¹⁷ Cfr. MORALES PRATS / GARCIA ALBERO (1996), pp. 245-254, y ORTS BERENQUER: *Abusos y agresiones sexuales...*, pp. 25-26.

tos concretos en que se materializa esta forma de sometimiento, ni el papel que, en definitiva, asuma la víctima. Así, pues, desde una perspectiva semántica, es *abuso sexual* tanto el hecho de hacer intervenir a un individuo en una conducta de acceso carnal, como también el hecho de imponerle la realización de otros actos de significación venérea; e, incluso, la simple contemplación de la actividad sexual realizada por otros. De manera que en un sentido lingüístico no hay inconveniente para calificar como abuso sexual, indistintamente, a aquellas figuras que demandan la realización de la cópula, como la violación y el estupro, y a aquellas que exigen un comportamiento diverso, como es el caso de aquello que tradicionalmente se denominó abusos deshonestos, el exhibicionismo, algunas formas de involucramiento de personas socialmente débiles en el ejercicio de la prostitución e, incluso, el acometimiento público de un comportamiento sexual.

Desde otro punto de vista, aunque siempre dentro de un plano semántico, una actuación es *abusiva* sin importar la motivación que anime al autor del hecho delictivo, ni tampoco los efectos que pueda traer consigo la realización del acto ilícito. Porque el carácter abusivo de una acción puede emanar tanto del hecho de ejecutarse contra o sin la voluntad de la víctima, como también de su capacidad para lesionar o poner en peligro la integridad física, psíquica o emocional de la persona en contra de quien se dirige. De manera que no existe, en verdad, inconveniente para llamar *abuso sexual* a ciertos actos que sin importar un contacto físico entre el autor y la víctima, tienen, en cambio, la fuerza necesaria para obrar en desmedro de esta última, como sucede en general con los actos dotados de un cierto poder corruptivo.

Varios autores, por su parte, han planteado reparos frente al empleo de la locución *abuso sexual*, insinuando que la denominación más apropiada para referir esta idea sería la de *agresiones sexuales*, a la que se atribuye el mérito de reforzar mejor el requerimiento de un contacto corporal que involucre directamente a la víctima, como también la idea de que el delito "supone una clara vulneración del derecho de otra persona".¹⁸ Este

¹⁸ Cfr. SUAREZ RODRIGUEZ: *El delito de agresiones sexuales...*, pp. 67-71.

planteamiento, sin embargo, tiene un claro sentido convencional, pues implica utilizar el recurso idiomático para dar por establecida la exigibilidad de los dos postulados político-criminales que acabamos de mencionar. Pero desde un punto de vista semántico, no cabe establecer una sinonimia entre abuso y agresión, sencillamente porque este último vocablo denota la idea de un acometimiento violento o forzado, en circunstancias que no todas las hipótesis abusivas suponen el empleo de fuerza.¹⁹

D) LA NOCIÓN DE ABUSO SEXUAL DESDE UNA PERSPECTIVA DOGMÁTICA

Sin duda, la más importante entre las modificaciones que introdujo la Ley N° 19.617, de 1999, es la que dice relación con el delito que ahora nos ocupa, el que ha cambiado de manera muy significativa la estructura que mantuvo durante más de ciento veinte años. Ubicado, ahora, bajo el epígrafe *Del estupro y otros delitos sexuales*, el Código le destina los artículos 366, 366 bis, 366 ter y 366 quáter, cuyo contenido es básicamente el siguiente:

Se sanciona, en primer término, la realización de una acción sexual distinta del acceso carnal respecto de una persona menor de doce años y siempre que concorra alguna de las modalidades ejecutivas propias de la violación. Es decir, cuando se usa fuerza o intimidación; cuando la víctima se halla privada de sentido; cuando se abusa de su incapacidad para oponer resistencia; cuando se abusa de su enajenación o trastorno mental y cuando el sujeto pasivo fuere menor de doce años (art. 366 N° 1, en relación con el artículo 361). †

Se castiga, enseguida, la realización de ese mismo hecho, respecto de una persona mayor de doce, pero menor de dieciocho años, siempre que concorra alguna de las modalidades ejecutivas propias del delito de estupro. Esto es, cuando se abusa de alguna anomalía o perturbación mental, aun transitoria, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastor-

¹⁹ En este sentido, ALONSO DE ESCAMILLA: *El delito de violación...*, p. 588, y DIEZ RIPOLLES: *Las últimas reformas...*, p. 65.

no; cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima; "como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral"; cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra el sujeto pasivo y, por último, cuando se le engaña abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual (art. 366 N° 2°, en relación con el artículo 363).

Se sanciona, también, a quien ejecutare una acción sexual distinta del acceso carnal, respecto de una persona menor de doce, y en este caso la pena varía según si el hechor utiliza o no alguna de las modalidades propias de la violación o del estupro (art. 366 bis, incisos primero y segundo).

Se define lo que ha de entenderse por *acción distinta del acceso carnal*, estableciendo como criterios la gravedad del acto ejecutado y la necesidad de un contacto corporal entre el autor y la víctima (art. 366 ter).

Se castiga, asimismo, a quien sin realizar una *acción sexual* en los términos recién explicados, incurriere en alguna de las siguientes conductas respecto de una persona menor de doce años: obligarla a presenciar un comportamiento sexual ejecutado por otros; hacerla ver o escuchar material pornográfico; determinarla a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro; y emplearla en la producción de material pornográfico (art. 366 quáter).

Y se sancionan, por último, los mismos comportamientos recién aludidos cuando tienen como víctima a una persona mayor de doce, pero menor de dieciocho años, siempre que concurren algunas de las modalidades propias de la violación o cualquiera de las del estupro (art. 366 quáter párrafo final).

Como puede apreciarse, el texto vigente del Código Penal chileno en verdad no utiliza la locución *abuso sexual*, pese a que sí contempla otras fórmulas denominativas dentro del apartado que destina a esta clase de infracciones (por ejemplo: violación, estupro e incesto). No obstante lo anterior, pensamos que el uso de aquella denominación no sólo es correcto, sino además obligatorio, respecto de una porción de los tipos que dicho texto normativo prevé.

El texto vigente con anterioridad contenía un párrafo 6°, cuyo epígrafe rezaba literalmente: *Del estupro, incesto, corrupción*

de menores y otros actos deshonestos. Este antecedente, unido a que el artículo 366 describía la conducta del delito allí tipificado como "abusar deshonestamente de persona de uno u otro sexo...", determinó que la totalidad de la doctrina científica y jurisprudencial designara esta figura como *abusos deshonestos*.²⁰ El actual párrafo 6°, en cambio, se denomina "*Del estupro y otros delitos sexuales*" y el texto vigente del mismo artículo 366 describe la conducta como "realizar abusivamente una acción sexual", de lo cual no puede sino inferirse la voluntad legislativa de llamar *abuso sexual* a la figura delictiva que allí se contempla.

Corroboramos este planteamiento el hecho que los redactores de la norma también utilizaran esa denominación, como lo ponen de manifiesto varios pasajes del Informe de la Comisión Mixta de Senadores y Diputados que analizó el proyecto, y también el hecho que así la llamaran, en el seno de la misma Comisión, los profesores Antonio Bascañán Rodríguez y Juan Bustos Ramírez, cuyas opiniones fueron consultadas por los legisladores durante la discusión de esta figura.²¹

También hay antecedentes dogmáticos para sostener que, en la actual preceptiva, el término abuso sexual está tomado en un sentido amplio, que incluye varios tipos, a diferencia de lo que antes ocurría con la denominación de abusos deshonestos, que sólo cubría el tipo contemplado en el artículo 366 del Código Penal. En apoyo de esta afirmación puede invocarse que el mencionado precepto ha dado origen a varias hipótesis relativamente autónomas, contempladas en los actuales artículos 366, 366 bis, 366 ter y 366 quáter, todos los cuales giran en torno a la conducta básica de *abusar sexualmente* de otra persona; y también el hecho que los propios redactores de la norma entendieran que dichas figuras se incorporaban "en reemplazo" de la que antaño contenía el artículo 366 del mismo Código.²²

Además, en el contexto del sentido amplio que la ley actualmente otorga a la locución *abuso sexual*, la única limitación que fluye de su texto es que ha de tratarse de actos distintos del acce-

²⁰ ETCHEBERRY (1998), IV, p. 68; GARRIDO MONTT (1998), p. 313, y LABATUT (1992), p. 142.

²¹ Informe Comisión Mixta, pp. 23-25.

²² Informe Comisión Mixta, p. 22.

so carnal; o, para ser más exactos, distintos del acceso carnal constitutivo de los delitos de violación y estupro. Así lo ponen de manifiesto los epígrafes de los capítulos 5º y 6º del Título VII, que expresan: “De la violación” y “Del estupro y otros delitos sexuales”, respectivamente; y también lo deja en claro el artículo 366, en cuanto alude a “una acción sexual distinta del acceso carnal”.

En suma, a pesar que en un sentido etimológico la expresión abuso sexual alude al hecho de involucrar a una persona en un contexto lúbrico cualquiera, y que tanto en el derecho histórico como en el comparado aquella locución posee también otras acepciones, en el ordenamiento jurídico chileno se refiere al hecho que una persona sea compelida a tomar parte en una actividad sexual que no sea constitutiva de los delitos de violación o estupro.

E) CLASES DE ABUSO SEXUAL

Tomando como base el concepto que acabamos de reseñar y el hecho que el legislador del año 1999 haya optado por descomponer el antiguo artículo 366 del Código Penal en cuatro figuras relativamente independientes, es claro que bajo la denominación genérica de *abuso sexual* queda comprendido un conjunto de hipótesis conductuales, que con fines meramente expositivos dividiremos en dos grandes grupos: abuso sexual propio o directo y abuso sexual impropio o indirecto. La distinción obedece a que mientras en la primera modalidad la ley contempla hipótesis que suponen un contacto directo entre el autor y la víctima, en la segunda no se requiere dicha forma de aproximación corporal.

El calificativo de *propio* que utilizamos para aludir a la primera forma de abuso sexual obedece a que ella, en términos generales, hace suya la recomendación político-criminal de exigir un contacto físico entre el autor y el sujeto pasivo (aunque no, por cierto, con el rigor y la precisión que hubiera sido de esperar). Y el calificativo de *directo*, que aquí se plantea en términos alternativos, tiene por objeto reforzar la misma idea, es decir, la necesidad de que el acto se ejecute en un contexto de proximidad y presencia conjunta de ambos sujetos.

2. ESTRUCTURA DEL TIPO DE ABUSO SEXUAL PROPIO O DIRECTO

La figura de *abuso sexual propio o directo* está tipificada en los artículos 366 y 366 bis, que contemplan las distintas hipótesis susceptibles de ser incluidas bajo tal denominación, y en el artículo 366 ter, que define la conducta que sirve de núcleo central a todas ellas. Al estructurar el delito, nuestro Código utiliza la técnica de la *subsidiariedad expresa*, excluyendo de su ámbito el *acceso carnal* y asignándole, con ello, el carácter de un tipo residual respecto de las figuras que lo preceden. Pero a pesar de la amplitud de los términos en que aparece redactada la exclusión, es claro que el delito que ahora nos ocupa sólo es residual respecto de los tipos de violación, estupro y corrupción de menores y, lo que la norma deja fuera del ámbito de aplicación de esta figura no es el *acceso carnal* en general, sino aquellas formas de penetración constitutivas de tales delitos. Porque si bien el legislador al parecer tuvo la intención de excluir toda especie de acceso carnal, dicho propósito no se materializó en el texto de las disposiciones; de manera que esta primera modalidad de *abuso sexual*, como se explicará más adelante, sigue captando algunas hipótesis concretas de aquel comportamiento.

Contrariamente a lo que sucedía con anterioridad a la reforma de la Ley Nº 19.617, el Código chileno hoy no distingue una figura básica y una agravada en relación con este delito, sino que se limita a consignar tres hipótesis, todas ellas referidas al mismo núcleo conductual —es decir, realizar una acción sexual en desmedro de otra persona— y tomando como base para distinguir entre ellas la gravedad de los medios utilizados para la ejecución de la conducta. Así, en el artículo 366 Nº 1º se tipifica el abuso sexual realizado con alguna de las modalidades ejecutivas propias de la violación, salvo la hipótesis relativa a la edad de la víctima; en el artículo 366 Nº 2º, se contempla el abuso sexual realizado con alguna de las modalidades propias del delito de estupro, exceptuando también la hipótesis de la edad del sujeto pasivo; y en el artículo 366 bis, en fin, se describe específicamente el abuso sexual realizado sobre una persona menor de doce años. Sin embargo, tomando en consideración que la conducta no varía, es de toda lógica afirmar que estamos en pre-

sencia de un solo tipo, el cual merece ser designado —cual aquí se hace— como *abuso sexual* (en singular).

3. LA CONDUCTA TIPICA: SENTIDO Y ALCANCE

En las tres hipótesis de este delito, la conducta aparece descrita como una *acción sexual distinta del acceso carnal*. Y el artículo 366 ter define *acción sexual* como “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”. Como puede apreciarse, el legislador chileno de 1999 ha sido mucho más acucioso al describir el hecho incriminado, procediendo en esta materia con un apego más estricto al principio penal de *determinación o taxatividad*, que lo que fue costumbre en nuestro propio derecho y también en otros países. Frente a la fórmula tradicional chilena que describía la conducta como *abusar deshonestamente* de otra persona, la definición que hoy propone el artículo 366 ter, aunque dotada siempre de una gran amplitud, representa un avance muy significativo en pro de la delimitación del objeto de la prohibición. Así, por ejemplo, mientras en España el requisito del *contacto corporal* sigue teniendo como fuente la especulación de los autores, en Chile tal requerimiento aparece expresamente formulado en el tipo. En verdad, frente a la fórmula española de 1989 (“cualquier otra agresión sexual”), o a la que utiliza el Código Penal español de 1995 (“atentar contra la libertad sexual de otra persona”), tiene razón De Vega Ruiz cuando afirma que “a pesar de los esfuerzos del legislador, todavía sigue sin concretarse (en aquel país) una auténtica definición y descripción de la conducta sexual típica”.²³

Tres son, entonces, las condiciones que según el Código Penal chileno permiten establecer cuándo estamos en presencia de una *acción sexual*, en tanto que conducta básica de este delito: la connotación sexual del comportamiento; la relevancia del acto ejecutado; y una aproximación corporal con la víctima.

²³ DE VEGA RUIZ: *El delito de violación...*, p. 42.

A) CONNOTACIÓN SEXUAL DEL ACTO

En verdad es muy difícil fijar un parámetro para establecer cuándo estamos en presencia de un acto con verdadera significación sexual; y prueba de ello es la diversidad de criterios que al respecto proponen los autores. Para un sector de la doctrina, en efecto, la determinación ha de ser efectuado utilizando parámetros objetivos, tales como la aptitud de la conducta para excitar el instinto sexual de una persona, según los cánones vigentes en la comunidad de que se trate.²⁴ o la simple circunstancia que en el acto hayan intervenido los órganos genitales del autor o de la víctima. Para otro sector de la doctrina, en cambio, el carácter sexual de un comportamiento depende de criterios *subjetivos*; en especial, de la intención con que hubiere actuado el hechor. Dentro de este planteamiento, algunos enfatizan la lubricidad del propósito que anima al sujeto activo (en otras palabras, un acto es sexual en la medida en que aquél lo siente como tal o en cuanto representa para él una forma de satisfacer el instinto carnal); y para otros, lo decisivo es que la intención del sujeto haya sido involucrar a otra persona en un contexto sexual.²⁵ Tampoco faltan quienes postulan que la determinación ha de ser efectuada tomando en consideración tanto factores objetivos como subjetivos, cual lo propone Maia Gonçalves al afirmar que sólo puede ser considerado acto sexual aquel que tiene relación con el sexo (una relación claramente objetiva) y en que además de eso, haya por parte del autor la intención de satisfacer apetitos sexuales (una relación de carácter subjetivo).²⁶ Y, por último, hay también autores que toman en consideración criterios morales como es la aptitud para ofender en mayor o menor grado el sentimiento de timidez o vergüenza relacionado con el instinto sexual, común a la generalidad de las personas.²⁷

²⁴ Porque la libertad sexual “no puede atacarse con una acción socialmente neutra”, de modo que “una práctica muy voluptuosa para un individuo concreto, pero inane para la generalidad de sus congéneres, no da lugar a la apreciación del delito”, ha escrito ORTS BERENGUER (1996), pp. 908-911.

²⁵ Cfr. DIAZ MAROTO (1998), pp. 102-103.

²⁶ MAIA GONÇALVES (1996), p. 624.

²⁷ DOS REIS ALVES: *Crimes sexuais*, pp. 8-9.

Puesto que el tipo alude a un acto de *significación sexual*, es decir, a una conducta que intrínsecamente posea esa connotación, es claro que la determinación acerca del carácter venéreo de un comportamiento ha de ser efectuada tomando como base parámetros objetivos. Desde luego, no se trata de precisar si una conducta es *deshonesta* o *inmoral*, sino de establecer si ese acto es o no de aquellos que constituyen expresión del instinto sexual (porque este último adjetivo indudablemente nos sitúa dentro del ámbito de proyección de aquel instinto). Pero lo exigible no es que el autor del delito haya actuado efectivamente bajo el impulso de esta motivación, o con la intención de que la víctima experimente algún grado de satisfacción o desahogo sexual;²⁸ lo que realmente interesa es que el acto sea de aquellos que los seres humanos (o una porción de éstos) generalmente realizan motivados por el instinto sexual.²⁹

Si la determinación acerca del carácter sexual de un comportamiento se efectuara tomando como base únicamente la posición subjetiva del hechor (es decir, el sentido que para éste tiene el acto ejecutado), el delito se transformaría en una forma de penalizar el simple ejercicio desviado de la actividad sexual. Y si, por el contrario, aquella determinación se efectuara tomando como punto de referencia la forma en que la víctima pondera el acto, la configuración del tipo estaría revestida de un margen de incertidumbre incompatible con la garantía de taxatividad que ha de presidir el ordenamiento penal. Porque incluso factores religiosos, culturales o geográficos pueden ser determinantes en la mayor o menor amplitud que cada cual otorga a este ámbito. El de lo sexual, en realidad, es un terreno extremadamente ambiguo, carente de unas fronteras precisas y delimitadas, de modo que aquello que para una persona muy inhibida en su comportamiento cabe dentro del ámbito de lo sexual, puede que no quede comprendido dentro de este mismo campo para otro sujeto que lleve una conducta de mayor

²⁸ No es correcto entonces afirmar, como en una oportunidad lo hizo el Tribunal Supremo español, que un acto merece el calificativo de sexual por el solo hecho de estar "encaminado a despertar el instinto sexual ajeno o a avivar el propio" (cfr. sentencia de 05.04.94, en RODRIGUEZ RAMOS, 1996, p. 160).

²⁹ Cfr. DOS REIS ALVES: *Crimes sexuais*, p. 11.

desinhibición. Incluso, paradójicamente, para las personas más castas el ámbito de lo sexual puede ser más restringido que para alguien de mayor experiencia (porque éste a lo mejor considera parte de un juego sexual cosas que el más casto jamás vincularía con el ejercicio de una actividad de esa índole).

B) RELEVANCIA DEL ACTO EJECUTADO

Pese a que el derecho español nunca ha exigido de modo expreso el requisito de la gravedad del acto ejecutado, tanto la doctrina como la jurisprudencia de aquel país siempre han entendido que éste es un requerimiento que va implícito en el tipo; y la entidad del acto suele juzgarse sobre la base de dos factores: que la conducta tenga un inequívoco carácter sexual y que concierna al contacto con zonas erógenas del cuerpo del autor o de la víctima.³⁰

Frente a la definición que propone el artículo 366 ter del Código chileno, sin embargo, no cabe tener en cuenta los parámetros recién mencionados, porque ellos son requisitos que han de concurrir en forma conjunta con el de la gravedad del acto. Tampoco cabe considerar, a efectos de medir la gravedad de este último, la modalidad de ejecución efectivamente utilizada por el autor (por ejemplo, el empleo de violencia o la privación de sentido), porque esos aspectos son determinantes de la penalidad del delito, de manera que tomarlos en consideración con aquel propósito importaría violentar el principio *non bis in idem* consagrado en el artículo 63 del propio Código Penal. E incluso quienes afirman que la libertad sexual es el bien jurídico tutelado por este delito, reconocen que el requisito de la relevancia nada tiene que ver con el mayor o menor grado de la resistencia que hubiere opuesto la víctima.³¹

La exigencia de *relevancia* que contempla el art. 366 ter, aparece formulada dentro de un mismo contexto gramatical con

³⁰ En este sentido, DIEZ RIPOLLES (1985), p. 128; MUÑOZ CONDE (1991), p. 401, y ORTS BERENGUER (1990), pp. 636-637.

³¹ Así opina, por ejemplo, DOS REIS ALVES: *Crimes sexuais*, p. 11.

el requisito de la connotación sexual (se refiere a "cualquier acto de significación sexual y de relevancia"), con lo cual la norma pone de manifiesto que ambos requerimientos giran en torno a la misma idea: la índole sexual del comportamiento ejecutado. Sin embargo, no se trata de que el acto sea relevante por el solo hecho de tener una connotación venérea, sino de que ha de revestir una cierta importancia o gravedad dentro del conjunto de los comportamientos de esa misma índole. En otras palabras, no todos los actos que habitualmente son motivados por el instinto carnal quedan abarcados por la tipicidad del delito de abuso sexual; esto únicamente ocurrirá respecto de aquellos comportamientos que efectivamente importen un atentado contra la indemnidad sexual de la víctima.³² Porque el delito no protege a las personas frente a cualquier molestia que pudiere experimentar una persona por obra de otro individuo, ni de los simples atentados en contra de otros valores, como el honor, por mucho que éstos aparezcan motivados por el instinto sexual. Un beso, por ejemplo, aunque sea expresión de dicho instinto y aunque importe contacto corporal en los términos requeridos por el art. 366 ter, no tiene por sí solo la relevancia exigida por este mismo precepto para ser considerado una acción sexual.

C) APROXIMACIÓN CORPORAL CON LA VÍCTIMA

Como una forma de limitar el extenso campo de aplicación de la antigua figura de *abusos deshonestos*, la doctrina española siempre manifestó una opinión favorable a exigir un contacto físico entre el autor y la víctima.³³ La misma actitud observaron siempre los autores franceses, italianos y portugueses,³⁴ y, en oposi-

³² En Chile, ha planteado la necesidad de valorar la trascendencia del acto en relación con la afectación del bien jurídico, KÜNSEMÜLLER: *Breve análisis...*, p. 38.

³³ En España hicieron suyo este planteamiento, por ejemplo, DIEZ RIPOLLES (1985), pp. 123-126; MUÑOZ CONDE (1991), p. 400, y ÓRTS BERENGUER (1995), pp. 167-170. En relación con el derecho argentino, en el mismo sentido, CREUS (1990), p. 231, y respecto del derecho colombiano, BARRERA DOMINGUEZ: *Delitos sexuales...*, pp. 105-107.

³⁴ Cfr., respectivamente, VERON: *Droit Pénal Spécial* (1999), p. 53; ANTOLISEI: *Manuale*, II, pp. 482, y DOS REIS ALVES: *Crimes sexuais*, p. 9-10.

ción a esta tendencia prácticamente uniforme a nivel doctrinal, la jurisprudencia chilena mantuvo siempre una actitud dubitativa al respecto.³⁵

Conforme a la actual redacción del artículo 366 del Código Penal chileno, se exige que el acto haya sido realizado "mediante contacto corporal con la víctima", o bien "que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella". En su primera parte, esta exigencia alude al roce efectivo de una parte del cuerpo del autor con alguna parte del cuerpo de la víctima, aunque en estricto rigor no es ese contacto lo que constituye la substancia del acto incriminado. Dicho contacto, en efecto, aparece concebido como un medio para la ejecución de otro *acto*, que ha de tener una entidad propia y distinta al simple roce corporal: así lo deja claramente establecido el empleo de la voz *mediante*. En consecuencia, no se trata de castigar a una persona por haber rozado el cuerpo de otro individuo, sino por haber ejecutado *un acto* que importó esa forma de contacto físico. Y lo mismo cabe decir respecto de la segunda parte de la norma, en la cual se exige *un acto* que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima.

Puesto que en su primera parte la norma alude a *contacto corporal*, entendemos que ella se refiere a cualquier forma de aproximación directa al cuerpo de la víctima, sin que sea menester que ésta se encuentre desnuda o que haya un efectivo roce de la piel.³⁶ En su segunda parte, en cambio, en cuanto alude a partes concretas del cuerpo, entendemos que la *afectación* de los genitales, del ano o de la boca ha de realizarse directamente sobre los miembros recién aludidos.

³⁵ A favor de la exigencia de contacto físico, por ejemplo, sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de 16.06.89, en Gaceta Jurídica N° 108, p. 90. En contra de tal exigencia, por ejemplo, sentencia de la misma Corte, de 09.07.93, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 90, N° 2, sec. 4ª, p. 162 y la certera crítica respecto de esta decisión, formulada por BASCUÑAN RODRIGUEZ: *Problemas básicos...*, pp. 80-81.

³⁶ Sobre la procedencia de estimar que hay contacto físico aunque la aproximación corporal se realice sobre las ropas de la víctima, Vid. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de 16.06.89, en Gaceta Jurídica N° 108, p. 90 y sentencia de la Corte Suprema de enero de 1996, en revista Fallos del Mes N° 446, p. 2070.

La inclusión de la boca entre las partes del cuerpo cuya *afectación* da lugar a que se configure este delito fue objeto de ardua polémica durante la discusión parlamentaria del proyecto que en definitiva se convirtió en la Ley Nº 19.617. Mientras algunos opinaron que su inclusión permitiría ampliar demasiado el tipo, primó en la Comisión Mixta el criterio de quienes opinaban que la inclusión de la boca era una consecuencia necesaria de considerarla también como medio comisivo de los delitos de violación y estupro; y que los temores de una excesiva ampliación del tipo no eran justificados, desde el momento en que el artículo 366 ter exige que se trate de un acto de significación sexual y dotado de relevancia.³⁷

Por último, el contacto corporal a que se refiere la primera parte de la norma no tiene por qué restringirse a las zonas erógenas del cuerpo: el carácter sexual del comportamiento —que es un requisito independiente del que ahora analizamos— bien puede derivar de otras circunstancias que no sean específicamente la parte del cuerpo en la cual se materializa el contacto físico entre el autor y la víctima.

4. LA CONDUCTA TIPICA: AMBITO DE APLICACION Y CARACTERES

Toda la doctrina reconoce que es impensable proponer un catálogo comprensivo de la totalidad de los *actos* que eventualmente podrían ser captados por este delito³⁸ y que la determinación de los mismos necesariamente ha de quedar entregada a la prudencia del juzgador.³⁹ Conviene, en todo caso, referirse a algunos de tales actos, ya para reafirmar su inclusión dentro de los límites del tipo, ya para demostrar su exclusión o su eventual desplazamiento hacia otras figuras delictivas.

³⁷ Cfr. *Informe Comisión Mixta*, pp. 25-26.

³⁸ Cfr. DOUCET: *La protection pénale de la personne humaine*, pp. 66-67.

³⁹ En este sentido, MAIA GONÇALVES (1996), p. 625.

A) AMBITO DE APLICACIÓN

En primer término, pese a que tanto el artículo 366, como el artículo 366 bis aluden a una acción distinta del *acceso carnal*, no es efectivo que este último comportamiento resulte excluido del ámbito de aplicación del tipo de abuso sexual. Al tratar el delito de violación, en efecto, ya se explicó que en éste la conducta consiste en *acceder* carnalmente a una persona, exigencia que sólo se completa en la medida en que un varón penetre a la víctima a través de alguna de las cavidades mencionadas en el tipo. Y se dijo en esa oportunidad que, atendida la forma en que aparece descrita la conducta, no cabe el castigo, a título de violación, de la persona que es accedida carnalmente por un menor de doce años, por un enajenado mental o por un varón que ha sido víctima de fuerza o intimidación.⁴⁰ Por cierto, el mismo razonamiento es válido en el caso del estupro, cuya conducta también consiste en acceder carnalmente a una persona.

Si el acceso carnal es valorado como el más grave de los atentados en contra de la indemnidad sexual de una persona, resulta ilógico pensar que la voluntad de la ley sea dejar impunes las modalidades de aquel comportamiento que no fueren susceptibles de incluirse en los tipos de estupro y violación, en circunstancias que otros atentados menos graves en contra del mismo bien jurídico sí reciben sanción precisamente a título de abuso sexual. La intención de la norma obviamente no puede ser ésa; y la única forma de atribuir un sentido lógico a la exclusión que formulan los artículos 366 y 366 bis, es entender que su propósito (evidente, por lo demás, en el texto) es delimitar claramente el ámbito del delito de abuso sexual respecto de los delitos de violación y de estupro; y, sobre esta base, entender que lo excluido no es el acceso carnal, sino aquellas formas de acceso carnal castigadas a título de estupro y violación.⁴¹ De manera,

⁴⁰ Vid. *supra* Cap. V, 2. b) y 3.

⁴¹ Por cierto, estamos conscientes de que esta interpretación desatiende el tenor literal del artículo 366. Sin embargo, el criterio opuesto (es decir, que el hecho que una persona sea accedida carnalmente no queda comprendido aquí, sino en los tipos de violación y estupro), también implicaría desatender los términos en que aparecen redactados los artículos 361 y 363. De manera que sólo cabe resolver el problema desde un punto de vista sistemático, tomando como base que la ley, en general, confiere un mayor desvalor al acto de *acceder* carnal-

entonces, que la *acción sexual* constitutiva del delito que ahora nos ocupa puede consistir en un acceso carnal, con tal que éste no sea de aquellos que resultan captados por los tipos anteriormente aludidos y siempre que importe una forma de abuso de una persona respecto de otra.

En seguida, cabe tener presente que los actos susceptibles de ser encuadrados en la figura de abuso sexual pueden ser manifestación tanto de un impulso sexual normal (aquel que se traduce en la realización de comportamientos heterosexuales, entre personas sexualmente maduras), como de cualquier manifestación desviada o anormal de dicho instinto. Más aún, lo habitual será que el acto ejecutado trascienda la esfera de la normalidad, porque resulta extraordinariamente difícil calificar como *normal* el comportamiento exigido por el tipo, en circunstancias que un mínimo de normalidad referido al ejercicio de la actividad sexual supone que el desahogo del instinto carnal se efectúe en el marco de una relación mutuamente consentida entre dos personas.

Dentro del amplísimo campo de las conductas expresivas de una sexualidad desviada o anormal, integran la tipicidad del delito de abuso sexual: cualquier equivalente anormal de la cópula (como el llamado *coito inter femora* o la introducción, por vía vaginal, anal o bucal, de objetos representativos del pene);⁴² cualquier conducta masturbatoria que el sujeto activo realice sobre la víctima, o que ésta sea obligada a ejecutar sobre su propio cuerpo o sobre el cuerpo del hechor; o bien, cualquier acto de bestialidad o de necrofilia en que se haga intervenir a la víctima.⁴³

mente que al de ser *accedido* por otro, como claramente lo pone de manifiesto, por ejemplo, el artículo 365 del C. Penal.

⁴² Al hablar de *introducción de objetos*, la doctrina hace extensiva esta última expresión tanto a las partes del cuerpo que no sean el pene (por ejemplo, los dedos), como a las cosas del mundo circundante. Sin embargo, con el propósito de no ampliar en forma desmesurada el ámbito de aplicación de la figura, especialmente en lo que respecta a la introducción de objetos por vía bucal, suele proponerse como límite el que aquéllos efectivamente operen como sustituto fetichista del miembro viril. En este sentido, SUAREZ RODRIGUEZ: *El delito de agresiones sexuales...*, p. 102.

⁴³ Los redactores de la norma se refirieron expresamente al forzamiento a tener relaciones con animales como un acto que integra la tipicidad del delito de abuso sexual (*Informe de la Comisión Mixta*, p. 12). Cfr. ORTS BERENQUER: *Abusos y agresiones sexuales*, p. 39.

Si bien es cierto que el solo hecho de besar el autor a la víctima o de obligar a ésta que haga lo propio con aquél, no es constitutivo, en principio, de una auténtica acción con significado sexual (por las razones ya explicadas), sí puede, en cambio, dar lugar a la configuración del delito cuando el beso compromete zonas erógenas del cuerpo de uno u otro de los intervinientes o cuando forma parte de un contexto de actuación erótica en que resultan comprometidas otras partes del cuerpo.⁴⁴

Respecto de la *succión de los órganos genitales* de otra persona (*fellatio in ore* y *cunilinguis*), la jurisprudencia chilena siempre mantuvo una línea muy definida en cuanto a que resultaban captadas por el antiguo delito de abusos deshonestos⁴⁵; y en la actual regulación de los delitos sexuales no hay ningún antecedente del cual pueda deducirse la opción por un criterio diverso.

Lo mismo sucede con el amplio espectro de actos que quedan comprendidos por la denominación genérica de *tocamientos impúdicos*, respecto de los cuales la jurisprudencia nacional siempre sostuvo que encuadraban en el tipo de abusos deshonestos.⁴⁶ Con todo, no debe perderse de vista que en la actual regulación no basta con el mero hecho del tocamiento, porque si bien éste puede ser considerado como uno de aquellos actos que constituyen *acción sexual* para los efectos del artículo 366 ter del Código Penal, será necesario que aquél esté revestido de una cierta gravedad; es decir, que efectivamente importe una lesión del bien jurídico protegido, a través del involucramiento de una persona en un contexto sexual. Bajo estos mismos supuestos y siempre, además, que afecten alguna zona erógena del cuerpo, no vemos inconveniente para incluir dentro de la figura en es-

⁴⁴ En este sentido se había pronunciado la Corte Suprema, en relación con la antigua figura de abusos deshonestos, en sentencia de 25.11.96 (Gaceta Jurídica 197, p. 123).

⁴⁵ Vid., por ejemplo, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 08.11.88, en Gaceta Jurídica N° 102, p. 105, y sentencia de la Corte Suprema, de enero de 1987, en Fallos del Mes N° 338, p. 997.

⁴⁶ Vid. sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 03.08.83, en Gaceta Jurídica N° 39, p. 57; de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 24.01.84, en Gaceta Jurídica N° 47, p. 101; de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 17.08.84, en Gaceta Jurídica N° 50, p. 128, y de la Corte Suprema, de 18.07.96, en Gaceta Jurídica, N° 193, p. 79.

tudio los actos de *contemplación lasciva*, que tienen perfecta cabida en la segunda hipótesis de la definición del artículo 366 ter del Código Penal.

Por último, entre los actos que quedan excluidos de la figura de abuso sexual propio, cabe mencionar, en primer término, la *contemplación lasciva de zonas no erógenas del cuerpo*, que simplemente no cumple con los términos de aquella definición; las *palabras y gestos obscenos*, los cuales no tienen en general aptitud para lesionar el bien jurídico protegido por la norma⁴⁷ y los actos de *exhibicionismo*, porque tampoco encuadran en las expresiones que utiliza el artículo 366 ter del Código Penal.⁴⁸

B) CARACTERES

En atención a la naturaleza de la conducta exigida, el delito de abuso sexual es, en primer término, una infracción de *mera actividad*, en cuanto sólo demanda la ejecución de un acto, sin requerir la verificación de un resultado externa y materialmente apreciable; de modo que la ejecución de la conducta típica importa ya consumación.⁴⁹

Desde una perspectiva temporal, la figura de abuso sexual corresponde a un delito instantáneo, porque la ejecución de la conducta no requiere prolongarse en el tiempo; y aunque eventualmente se prolongara, tal dilación no añadiría un plus en

⁴⁷ En este sentido, BASCUÑAN VALDES: *El Delito de Abusos Dishonestos*, p. 66; CARMONA SALGADO (1981), pp. 80-82, y SUAREZ RODRIGUEZ: *El delito de agresiones sexuales...*, pp. 86-87.

⁴⁸ En el mismo sentido, aunque discurriendo sobre bases normativas diversas, CARMONA SALGADO (1981), p. 83; DIEZ RIPOLLES (1985), p. 124; MUÑOZ CONDE (1991), p. 400; MORALES PRATS / GARCIA ALBERO (1996), p. 232, y ORTS BERENGUER (1995), pp. 166-167.

⁴⁹ La calificación de este delito como figura de mera actividad es un planteamiento prácticamente unánime en la dogmática contemporánea. En Alemania, ROXIN (1997), pp. 228-229. Por lo que respecta a España, cfr. las opiniones de MIR PUIG (1996), p. 200 y PRIETO RODRIGUEZ: *La nueva configuración...*, p. 145. En relación con la dogmática argentina, cfr. CREUS (1990), II, pp. 233-234. La jurisprudencia española, si bien mantiene una línea similar a la que se expone en el texto, registra algún pronunciamiento aislado en el que se afirma la condición de delito de resultado de esta figura. Sobre el particular, SUAREZ RODRIGUEZ: *El delito de agresiones sexuales...*, pp. 26-27.

cuanto a la lesión del bien jurídico, sino que importaría, con toda seguridad, la afectación de un objeto jurídico diferente.⁵⁰

Desde el punto de vista de la modalidad comisiva, el delito de abuso sexual sólo admite una forma de ejecución *activa*, quedando descartada la posibilidad de que éste se realice por omisión. Ello obedece a que todas las hipótesis del delito exigen una aproximación corporal que ha de ser procurada y ejecutada por el sujeto activo, de manera que la conducta resulta ser incompatible con la mera inactividad de este último; al menos a nivel de autoría directa o material, porque dentro del amplio espectro de comportamientos que el artículo 15 considera como hipótesis de autoría desde luego caben algunas formas de actuación omisiva.

Por último, se ha sostenido que el delito de abuso sexual es una figura que exige pluralidad de actos, porque “se puede agredir sexualmente a otro empleando la intimidación, o privándole de sentido, o siendo éste menor de doce años cumplidos...”⁵¹ Aunque esta opinión fue expresada en relación con el antiguo tipo español de agresiones sexuales, el planteamiento merece el mismo reparo que cabría formular si alguien pretendiera aplicarlo al tipo chileno de abuso sexual. En efecto, tanto en aquel tipo como en éste, la conducta es una sola: “cualquier otra agresión sexual” y “una acción sexual”, respectivamente. En ambos casos lo plural no es el acto constitutivo de abuso sexual, que por cierto es uno solo, sino las modalidades de ejecución que éste puede revestir. En consecuencia, no se trata de un delito con *pluralidad de actos*, sino de un delito con *pluralidad de hipótesis comisivas*.

5. MODALIDADES DE EJECUCION DE LA CONDUCTA

A) ABUSO SEXUAL ASOCIADO A LA VIOLACION

Contemplada en el artículo 366 numerando primero, esta forma de abuso consiste en realizar una acción sexual, en los tér-

⁵⁰ En relación con esto último, QUERALT JIMENEZ (1992, p. 142) afirma que se trata de un delito “de consumación instantánea, que puede revestir cierto carácter permanente (durante el período que dure el abuso ininterrumpidamente)”.

⁵¹ En este sentido, SUAREZ RODRIGUEZ: *El delito de agresiones sexuales...*, p. 27.

minos ya explicados, con una persona mayor de doce años, cuando aquél consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361; es decir, el empleo de fuerza o intimidación, el hecho de encontrarse la víctima privada de sentido o incapacitada para oponer resistencia y la circunstancia de padecer la víctima de enajenación o trastorno mental. No existe ningún fundamento para afirmar que estas circunstancias tengan respecto del delito de abuso sexual un alcance distinto del que le atribuimos al tratar el delito de violación; de manera que sólo queda hacer una remisión a lo explicado en su oportunidad.⁵²

Puesto que la conducta de esta figura aparece redactada en términos que no la vinculan con un determinado sexo, cabe concluir que el sujeto activo y la víctima pueden ser tanto un varón como una mujer. En este sentido, la figura admite las cuatro formas de relación imaginables entre sujeto activo y pasivo: abuso de varón a mujer; de varón a varón; de mujer a mujer y de mujer a varón. Y en relación con la edad de la víctima, no existe un límite superior, pero sí uno inferior: ha de tratarse de un individuo mayor de doce años, pues de lo contrario el hecho aparece captado por la figura del art. 366 bis.

B) ABUSO SEXUAL ASOCIADO AL ESTUPRO

Contemplada en el segundo numerando del art. 366, esta modalidad consiste en realizar una acción sexual, en los términos ya explicados, con persona mayor de doce años pero menor de dieciocho, siempre que concorra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363; es decir, el hecho que la víctima padezca de alguna anomalía o perturbación mental, cuando ésta se encuentre sometida a una relación de dependencia, cuando se abusa de su desamparo y cuando se la engaña, abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual. Todas estas hipótesis tienen aquí el mismo alcance que les asignamos al tratar el delito de estupro.⁵³

⁵² Vid. supra Cap. V, 4. a), b), c) y d).

⁵³ Vid. supra Cap. VI, 5. a), b), c) y d).

Tal como sucede en la hipótesis anterior, no hay exigencia especial en cuanto al sexo del sujeto activo y de la víctima, quedando comprendidas indistintamente las relaciones heterosexuales y homosexuales. Respecto de la edad del sujeto pasivo, la conducta que aquí se sanciona no es típica cuando aquél tiene más de dieciocho años. Y si fuere menor de doce, el hecho encuadra en la figura contemplada en el artículo 366 bis.

C) ABUSO SEXUAL DE PERSONA MENOR DE DOCE AÑOS

El art. 366 bis tipifica el hecho de realizar una acción sexual, en los términos que ya conocemos, con persona menor de doce años. Esta figura, en principio, no exige una modalidad ejecutiva especial, de manera que la acción sexual podrá ejecutarse bajo cualquier circunstancia, pero el hecho de concurrir alguna de las hipótesis comisivas propias de la violación contempladas en el art. 361 o inherentes al estupro contempladas en el art. 363 opera como agravante, según lo dispuesto por el inciso segundo del art. 366 bis.

En relación con la mayor amplitud que la ley confiere a la hipótesis básica prevista en el inciso primero del art. 366 bis, cabe tener presente que la ampliación en modo alguno se refiere a la conducta, la que sigue adoptando la forma de una acción sexual, en los términos ya explicados. Y como la agravante se refiere a la concurrencia de alguna de las modalidades de ejecución propias de la violación o del estupro, es indudable que la mayor amplitud de la figura básica se refiere a que ésta incluye otras modalidades de ejecución, que no sean de las mencionadas, entre las cuales cabe el consentimiento libre y consciente de la víctima (a quien el legislador presume incapacitada para prestarlo); como también incluye otras modalidades que no supongan consentimiento de la víctima y sin que haya impedimento físico o mental para prestarlo, como la actuación por sorpresa.

Tal como sucede en las figuras precedentes, tanto el sujeto activo como el pasivo pueden ser, indistintamente, un varón o una mujer; y el acto puede ser de naturaleza heterosexual u homosexual.

6. FAZ SUBJETIVA DEL TIPO

Desde luego, por su ubicación dentro del Código, el delito de abuso sexual no admite una forma de ejecución culposa. Y, desde otro punto de vista, como el tipo exige que el delincuente se comporte *abusivamente*, es claro que la figura sólo es compatible con una actuación con dolo directo.

Tal como sucede en el caso de la violación, y con mayor insistencia aun que respecto de esta última figura, la doctrina y la jurisprudencia suelen plantear la exigencia de un elemento subjetivo adicional —el *ánimo lascivo*—⁵⁴ y un requisito de orden negativo, cual es que el sujeto no tenga la intención de acceder carnalmente a la víctima.⁵⁵

El *ánimo lascivo* no es un requisito exigido por el tipo, de manera que plantearlo como exigencia no sólo importa limitar injustificadamente el ámbito de protección de la indemnidad sexual, sino también transgredir la garantía implícita en el postulado de legalidad penal.⁵⁶ Y por lo que respecta a la exigencia de que el sujeto no actúe con el propósito de acceder carnalmente a la víctima, esta actitud queda comprendida (por exclusión) en el dolo de quien abusa sexualmente de otra persona. Porque para que se dé este último elemento es necesario que el sujeto tenga la voluntad de realizar una acción sexual en los términos exigidos por

⁵⁴ Vid. supra Cap. V, 5. En la dogmática chilena postulaban la exigibilidad de un elemento subjetivo frente a la antigua redacción del artículo 366 del C. Penal, NAQUIRA (1998), p. 155 y POLITOFF (1997), I, pp. 296-297. De la opinión contraria, NOVOA (1985), I, p. 353, y PEREZ SANCHEZ: *Delitos contra la libertad sexual*, pp. 51-52.

⁵⁵ En este sentido, LANDECHO VELASCO / MOLINA BLAZQUEZ (1996), p. 120; ORTS (1990), p. 637; SUAREZ RODRIGUEZ: *El delito de agresiones sexuales...*, pp. 27-28. En verdad, el criterio que demanda la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo para la configuración de este delito, corresponde a una línea jurisprudencial que el Tribunal Supremo español mantuvo insistentemente hasta la reforma penal de 1989, y con particular énfasis durante los diez años precedentes. Cfr., al respecto, DE VEGA RUIZ: *El delito de violación en la doctrina y en la jurisprudencia*, pp. 42-43. También la jurisprudencia chilena se ha manifestado proclive a la exigencia de un elemento subjetivo del tipo. Así, por ejemplo, en sentencia de 16.06.89, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas dictaminó que “el delito de abuso deshonesto es todo atentado a la libertad sexual que no signifique violación u otro delito específico, consistente en la exteriorización impúdica de un propósito libidinoso...” (Gaceta Jurídica N° 108, p. 90).

⁵⁶ De la misma opinión, CREUS (1990), PE, I, pp. 231-232.

el tipo de abuso sexual, y si su voluntad fuera una distinta, lo que faltaría sería, precisamente, el dolo, pero no un elemento subjetivo distinto, cual lo plantea un sector de la doctrina.

En el caso específico del delito de abuso sexual, la pretensión de exigir un ánimo lascivo tiene su explicación en que sería, justamente, este elemento el que permitiría distinguir entre una auténtica acción sexual frente a otros actos que importan una aproximación corporal con la víctima, como es el caso del reconocimiento de las zonas genitales que practica un facultativo con fines terapéuticos.⁵⁷ Esta distinción, sin embargo, como acertadamente lo afirma en España la profesora Carmona Salgado, hay que buscarla en la vertiente objetiva de la conducta,⁵⁸ en otras palabras, de lo que se trata es de determinar si estamos en presencia de un acto sexual, de un acto médico o de un acto de cualquier otra índole, al margen de cuál haya sido la sensación que tal cosa produjo al agente. Porque un acto sexual no pierde este carácter por el hecho que el victimario haya sentido desagrado al realizarlo; como tampoco un acto médico deja de ser tal porque el facultativo viera su ejecución como algo placentero.

7. ANTIJURIDICIDAD

El delito de abuso sexual no plantea ninguna dificultad en relación con el tema de la antijuridicidad, pues, en verdad, respecto de aquél no resulta aplicable ninguna de las causales de justificación que el ordenamiento jurídico contempla. Entre las que ofrecen algún margen de duda, cabe descartar, en primer término, el *consentimiento*, ya que si bien éste impide la configuración del delito, ello no deriva de una eventual licitud de la acción ejecutada por el agente, sino de su falta de tipicidad.⁵⁹ Asimismo, no pue-

⁵⁷ En este sentido, entre los autores alemanes, JESCHECK (*Tratado*), I, p. 437, y WELZEL (1993), p. 94. En la dogmática argentina, DONNA (1995), pp. 88-89 y TIEGHI: *Delitos sexuales*, p. 424. En la doctrina española CEREZO MIR (1985), I, p. 337; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTON (1984), p. 340; MIR PUIG (1985), p. 218 (si bien en ediciones posteriores de la misma obra no figura tal opinión; por ejemplo, 1996, p. 262), y QUINTERO OLIVARES (1986), p. 307.

⁵⁸ CARMONA SALGADO (1993), pp. 277-278.

⁵⁹ En este sentido, COUSIÑO (1979), II, p. 513, y NAQUIRA (1998), p. 306.

de tenerse por concurrente la causal de ejercicio legítimo de un derecho cuando es uno de los cónyuges quien realiza el abuso sexual respecto del otro, porque no existe un derecho a disponer sexualmente del cuerpo del esposo o de la esposa; y, aunque existiera, no sería legítimo su ejercicio en las circunstancias que dan lugar a la configuración de este delito. También debe rechazarse la concurrencia de una causal de justificación en el caso de las personas que por razones profesionales realizan actos análogos a aquello que nuestro Código denomina una *acción sexual*, básicamente, porque al no darse en ese caso todas las condiciones exigidas por el tipo, no sería ésta una cuestión de licitud, sino de atipicidad del comportamiento ejecutado.⁶⁰

8. ITER CRIMINIS

Un sector minoritario de la doctrina niega la posibilidad de concebir formas imperfectas de realización de este delito, por cuanto la ejecución de la conducta implicaría la expresión mínima del ataque o agresión sexual a terceros; en otras palabras: el comienzo de ejecución del comportamiento delictivo importaría ya la consumación del delito.⁶¹ Esta corriente doctrinal excluye la posibilidad de tentativa, de modo general, sin efectuar distinción alguna respecto de las modalidades de ejecución que contempla la figura.

La posición mayoritaria en la doctrina contemporánea, sin embargo, considera que el abuso sexual es un delito de mera actividad y que, en razón de esto último, si bien no admite la figura del delito frustrado,⁶² sí, en cambio, es perfectamente

⁶⁰ En contra de lo que aquí se sostiene, MARTINEZ ROARO: *Delitos sexuales*, p. 172.

⁶¹ De esta opinión, DIAZ MAROTO (1998), p. 105, y DIEZ SANCHEZ: *Los delitos de exhibicionismo...*, pp. 103-104. En la doctrina italiana, MAGGIORE (1995), p. 81, quien sostiene que "al comenzar el acto ya está consumado el acto libidinoso, sin necesidad de averiguar si el culpable ha conseguido o no ha conseguido el desahogo de su brutal apetito; antes del comienzo del acto, no se puede hablar de conato". Sobre la acogida que este planteamiento tuvo en algún momento en la jurisprudencia española, cfr. ORTS BERENGUER (1990), p. 638.

⁶² Cfr., sentencia de 14.05.85, de la Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXII, N° 2, Sección Cuarta, año 1985, pp. 202.

compatible con la figura de la tentativa.⁶³ En relación con esto último, un sector importante de la doctrina restringe la posibilidad de castigar la tentativa únicamente a los casos en que el sujeto activo da comienzo a alguno de los actos que circundan la realización del comportamiento sexual, como, por ejemplo, el empleo de violencia o intimidación.⁶⁴ En otras palabras, la ejecución imperfecta del delito sólo podría tener origen en el hecho de faltar la conducta sexual básica (habiéndose dado inicio a alguno de los comportamientos circundantes), pero no en una ejecución parcial de la misma conducta.⁶⁵

En el ordenamiento jurídico chileno, al definir la conducta que sirve de base a este delito, el artículo 366 ter del Código Penal se refiere a un *acto* de significación sexual y de relevancia ejecutado mediante contacto corporal con el sujeto pasivo, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella. La sola circunstancia que el tipo exija la realización de *un acto realizado mediante contacto corporal*, deja de manifiesto que para la consumación del delito no basta el simple roce de los cuerpos, sino que ha de verificarse algún comportamiento susceptible de calificarse como *acto*, en los términos exigidos por la norma. De manera que el simple contacto, que todavía no merece tal calificativo, sin duda es ya un principio de ejecución del delito y merece, por tanto, castigo a título de tentativa; de lo cual resulta que, en nuestro país, dicha figura tiene perfecta cabida en relación con la propia conducta básica del tipo. Y si afirmamos que el derecho chi-

⁶³ Cfr., en referencia al derecho argentino, DONNA (1999), pp. 486-487, y FONTAN BALESTRA (1996), p. 140; y, al derecho español, CARMONA SALGADO (1993), p. 279. Sobre la procedencia de apreciar la tentativa en un delito de mera actividad, puede consultarse, en la dogmática chilena, la opinión favorable de CURY (1992), II, p. 201; ETCHEBERRY (1998), II, p. 58, y NOVOA (1985), I, p. 266.

⁶⁴ En este sentido, en Argentina, TIEGHI: *Delitos sexuales*, p. 464; y, en España, RODRIGUEZ DEVESA (1991), p. 196. De una opinión distinta, RODRIGUEZ RAMOS (1996), p. 169, quien admite la tentativa a nivel de la propia conducta, porque ésta puede consistir "no en un solo acto, sino en un proceso o pluralidad de actos sucesivos".

⁶⁵ Este planteamiento se funda, básicamente, en lo difícil que resulta concebir una ejecución inacabada de la conducta y en las dificultades para probar un evento de esta naturaleza. Cfr. PEÑA CABRERA (1992), p. 661, y RODRIGUEZ RAMOS (1994), p. 225.

leno admite esta forma de tentativa, con mayor razón habremos de afirmar que también constituye tentativa el hecho de comenzar a ejecutar o el de realizar íntegramente alguno de los que aquí hemos llamado comportamientos circundantes al acto sexual propiamente tal.

9. AUTORIA Y PARTICIPACION

El delito de abuso sexual propio en verdad no ofrece ninguna particularidad en orden al tema de la autoría y la participación, pudiendo afirmarse que aquél es compatible con todas las formas de intervención que entre nosotros contemplan los artículos 15, 16 y 17 del Código Penal. Cabe, desde luego, tanto la ejecución unipersonal del hecho como su realización por dos o más individuos, pese a las prevenciones que en relación con lo segundo ha manifestado un sector minoritario de la doctrina. Ello obedece a que el tipo admite tanto una ejecución conjunta de la acción que en esencia lo configura, como una distribución funcional de los diversos hechos que la figura demanda (por ejemplo: empleo de fuerza y realización de un acto con connotaciones sexuales).⁶⁶

Tal como sucede en el caso de la violación, un sector de la doctrina ha negado la admisibilidad de la figura del *autor mediato*, por considerar que el tipo de abuso sexual corresponde a un *delito de propia mano*.⁶⁷ Por las mismas razones expuestas en relación con aquel delito, hemos de pronunciarnos también aquí por la admisibilidad del castigo de la autoría mediata, planteamiento que aparece corroborado por los antecedentes históricos de la norma.⁶⁸

⁶⁶ De esta misma opinión, SUAREZ RODRIGUEZ: *El delito de agresiones sexuales...*, p. 364.

⁶⁷ Así lo ha manifestado, por ejemplo, CARMONA SALGADO (1981), pp. 206-207. Cfr., también, BUSTOS (1986), p. 146.

⁶⁸ La Comisión Mixta, en efecto, junto con estimar que la expresión "cualquier" (acto de significación sexual) que utiliza el artículo 366 ter, permite comprender la realización de la conducta por medio de otra persona, optó por dejar al desarrollo jurisprudencial la determinación de las formas de autoría mediata que resulten compatibles con aquella definición y con lo dispuesto por el artículo 15 del C. Penal (*Informe de la Comisión Mixta*, pp. 25-26).

EL DELITO DE ABUSO SEXUAL IMPROPIO O INDIRECTO

1. EXPLICACION GENERAL

El artículo 366 quáter contempla un conjunto de hipótesis delictivas que obedecen a la idea común de proteger al menor frente a la ejecución de actos que, sin tener la gravedad de aquellos que quedan comprendidos en las figuras de violación, estupro y abuso sexual propio o directo —y en cuanto representan formas de ejercicio prematuro o desviado de la actividad sexual—, pueden dañar o afectar su normal desarrollo en el plano psíquico, afectivo o emocional. En las hipótesis de este delito no hay un contacto directo o una aproximación corporal entre el autor y la víctima; aunque sí abuso de una relación de superioridad, en cuyo contexto el primero obliga a la segunda a presenciar o a ejecutar determinados actos de significación sexual.

A pesar de la heterogeneidad aparente de las conductas que el tipo menciona, se trata, en verdad, de un solo delito con pluralidad de hipótesis conductuales y no de figuras delictivas autónomas. En apoyo de este planteamiento concurre, en primer término, el dato estrictamente formal de que todas las conductas tienen un denominador común: la falta de aproximación corporal entre el autor y la víctima; en segundo lugar, el hecho que en ninguna de ellas se atente contra la disponibilidad del propio cuerpo; y, por último, lo que resulta ser más decisivo: que todas las conductas ostentan una gravedad análoga y son comportamientos perfectamente intercambiables, ya que, por ejemplo, entre el hecho de determinar a un menor a realizar una actividad sexual y el hecho de determinarlo a intervenir en la

producción de material pornográfico, las diferencias son estrictamente circunstanciales.

Pese a que la opinión dominante acerca de la extensión de la antigua figura de abusos deshonestos postulaba la necesidad de un contacto corporal entre el autor y la víctima, la doctrina nunca dejó de reconocer que criterios de justicia material hacen necesario castigar determinados comportamientos en que dicho contacto está ausente, pero que por su gravedad y por constituir formas de abuso respecto de otra persona, pueden estimarse atentatorios en contra de los intereses sexuales del individuo. Entre tales comportamientos se encuentran las situaciones en que el "sujeto pasivo se convierte en instrumento del que se sirve el agente para satisfacer sus lúbricos deseos, obligándolo o induciéndolo, bien a que realice sobre su propio cuerpo algún acto deshonesto, bien a que lo ejecute en la persona de un tercero o lo tolere en la suya propia de parte de este último".¹

2. CONDUCTAS TÍPICAS

A diferencia de lo que ocurre en los delitos de violación, estupro y abuso sexual propiamente tal, en que el tipo menciona una sola conducta, el delito que ahora nos ocupa contempla *cuatro conductas alternativas*: hacer presenciar a un menor comportamientos de significación sexual; determinarlos a ejecutar esos mismos comportamientos; hacerlo ver o escuchar material pornográfico, y emplearlo en la producción de ese mismo material.²

Los términos en los que aparece descrita la conducta típica no permiten plantear la comisión por omisión del delito, que exige una intervención activa del autor, ya sea directamente en el acto sexual o mediante inducción de la víctima para que participe en un acto con un tercero.³

¹ CARMONA SALGADO (1981), pp. 79-80. En un sentido análogo, DIAZ MAROTO (1998), p. 104, y RODRIGUEZ RAMOS (1994), pp. 223-224.

² También a diferencia de lo que sucede en aquellos delitos, no es la modalidad ejecutiva lo que determina la existencia de varias figuras, sino la propia naturaleza de la conducta.

³ En el mismo sentido, aunque en alusión a una realidad legislativa diversa, TAMARIT SUMALLA (1999), p. 6.

A) REALIZACIÓN DE ACCIONES DE SIGNIFICACIÓN SEXUAL

En la primera figura se sanciona al que "sin realizar una acción sexual en los términos anteriores... realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de doce años...". Pese a la ambigüedad de los términos que utiliza la norma, es claro que, en su primera parte, ella contiene una referencia implícita a la conducta de acceso carnal y a los actos constitutivos de abuso sexual propio, y que lo que ella demanda es que el sujeto activo no haya realizado ninguno de esos comportamientos *con participación de un menor de doce años*. En cambio, respecto de la conducta básica de la figura, expresada bajo la fórmula *realizare acciones de significación sexual*, no existe, en verdad, ninguna limitación. Puede tratarse, en consecuencia, de cualquier clase de actos: individuales (en el sentido de realizado por el sujeto activo sin la intervención de otra persona) o colectivos; intrínsecamente lícitos o ilícitos (aunque la presencia del menor los transforme aquí en ilícitos). La única limitación es que el comportamiento tenga una connotación sexual, en el sentido que a esta última expresión dimos al tratar el delito de abuso sexual propio.⁴ En consecuencia, no basta con hacer que el menor contemple, por ejemplo, el cuerpo desnudo del sujeto activo o de otras personas, si ello no va acompañado de un comportamiento que merezca el calificativo de *acto* en el sentido que ésta y otras disposiciones del mismo título le asignan⁵.

Obviamente, el menor ha de quedar relegado al papel de simple observador, porque si tomara parte en la ejecución de los actos, el título de castigo no sería ya el de abuso sexual impropio, sino directamente violación o abuso sexual propio, según corresponda. Por su parte, no hay limitación en cuanto al

⁴ Aunque podría parecer injusto incluir aquí la realización de actos tan disímiles y de tan distinta gravedad, no debe perderse de vista que el fundamento del castigo no radica en la realización misma de estas acciones por parte del sujeto activo, sino en el hecho de ejecutarlas en presencia de un menor; y, desde este punto de vista, lo que realmente interesa es el poder corruptor que tiene para un niño la contemplación de un acto sexual, sin que, para tal efecto, importe la gravedad del comportamiento.

⁵ Vid. supra Capítulo VII, 3. c).

medio utilizado para lograr que el menor presencie la actividad sexual realizada por el sujeto activo. Este, en efecto, podrá utilizar cualquiera de los medios ejecutivos que contemplan otros delitos del mismo grupo: fuerza, intimidación, prevalimiento de la incapacidad para resistir, engaño, abuso de alguna situación de superioridad o dependencia, etc. Incluso podrá ser un medio de aquellos que los otros tipos no contemplan, como la *actuación por sorpresa*. Lo que sí se requiere es que el menor tenga la aptitud física y sensorial necesaria para presenciar el acto, aunque no es exigible que posea la capacidad de captar el sentido del acto ejecutado en presencia suya.

B) DETERMINACIÓN A PRESENCIAR MATERIAL PORNOGRÁFICO

En esta segunda modalidad del mismo delito se sanciona al que "sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, hiciere ver o escuchar material pornográfico... (a la persona menor de doce años)". Desde un punto de vista estructural, esta figura es idéntica a la anterior, con la única diferencia de que el sujeto activo, en lugar de hacer presenciar al menor una conducta sexual ejecutada por él mismo, lo determina a que tenga acceso, por vía visual o auditiva, a material pornográfico.⁶ En relación con el sentido de este último elemento, y pese a la ambigüedad del término *pornografía*,⁷ pensamos que en este caso ha de tratarse de imágenes representativas de actos de significación sexual análogos a aquellos que la figura anterior exige al propio sujeto activo que realice. Cualquier otro criterio atentaría contra la coherencia interna del precepto y al mismo tiempo vulneraría los parámetros de asignación de gravedad, poniendo en serio riesgo la idea de proporcionalidad.

C) DETERMINACIÓN A LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDAD SEXUAL

Esta tercera modalidad del delito sanciona, también, al que "sin realizar una acción sexual en los términos anteriores..., deter-

⁶ Cfr. DIEZ SANCHEZ: *Los delitos de exhibicionismo...*, pp. 205-210.

⁷ Vid. infra Cap. X, 3.

minare (al menor de doce años) a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro". A diferencia de lo que sucede en los casos anteriores, aquí se exige que el menor efectivamente realice actos de connotación sexual. Lo característico de estos actos es el hecho de realizarse en presencia del propio sujeto activo o de un tercero, lo cual no quiere decir que estos últimos deban intervenir en su ejecución junto al menor. Porque de haber tal participación, y en atención a la edad del sujeto pasivo, los hechos necesariamente quedarán captados por los tipos de violación o de abuso sexual propio. Se trata en consecuencia de actos que el menor ha de ejecutar por sí mismo, generalmente prácticas automasturbatorias, sin que quepa descartar el empleo de algún objeto ni los actos de bestialidad. Pero al igual que en las otras dos modalidades del delito, no basta con obligar al menor a desnudarse, si ello no va acompañado de algún comportamiento susceptible de calificarse como *acto de significación sexual*, en los términos ya explicados.⁸

D) DETERMINACIÓN A INTERVENIR EN LA PRODUCCIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO

La última modalidad de este delito, contemplada en el inciso segundo del art. 366 quáter, sanciona a quien empleare a un menor de doce años en la producción de material pornográfico. Aunque respecto de esta figura no se establece la exigencia de que el sujeto activo no haya realizado por sí mismo una acción sexual, tal requisito de todos modos resulta exigible, en atención a que si aquél efectivamente realizara una acción de aquella naturaleza con participación de la víctima, el hecho necesariamente quedaría captado por las figuras de violación o de abuso sexual propio. Y en razón de esto mismo, los hechos de que puede dar cuenta el material pornográfico producido son, en verdad, muy limitados. Porque si éstos consistieran en un acceso carnal o en un acto susceptible de calificarse como abuso sexual propio, correspondería aplicar la pena prevista en los artículos 362 ó 366 bis

⁸ Vid. supra Cap. VII, 3. a). Sobre la improcedencia de tipificar de manera autónoma esta conducta, LATORRE / RAMON GOMIS: *Delitos de exhibicionismo...*, p. 65.

inciso segundo, respectivamente, ya que de otro modo esos mismos comportamientos recibirían un trato penal más benigno, por el solo hecho de ejecutarse con fines de producción pornográfica, lo cual, por cierto, carece de toda justificación.

3. LOS SUJETOS DEL DELITO

El delito no contempla ninguna exigencia especial en relación con el sujeto activo, papel que, en consecuencia, pueden asumir indistintamente el hombre y la mujer; y como lo mismo sucede respecto de la víctima, los actos que el hechor obliga a presenciar o a realizar a esta última podrán ser de índole heterosexual u homosexual.

En relación con el sujeto pasivo, el tipo exige en sus cuatro modalidades que sea una persona menor de doce años, pero en el inciso final del artículo 366 quáter se hace extensiva la protección a las personas mayores de doce, pero menores de dieciocho años, siempre que concurra la circunstancia del numerando primero del art. 361 (empleo de fuerza o intimidación), o cualquiera de las circunstancias enumeradas en el artículo 363 (abuso de anomalía o perturbación mental, abuso de una relación de dependencia, abuso del grave desamparo de la víctima y abuso de su inexperiencia o ignorancia sexual).⁹

El hecho que otras personas intervengan, voluntariamente por cierto, como simples observadores de cualquiera de las conductas que configuran este delito, las convierte en coautores, de conformidad con los numerandos 1 ó 3 del art. 15 del C. Penal, dependiendo de la forma concreta que hubiere asumido su intervención.

4. SOBRE LA VOLUNTAD DE LA VICTIMA

Si bien en la mayor parte de los casos el sujeto activo intervenirá contra o sin la voluntad del menor, la ausencia de consenti-

⁹ Sobre el alcance de estas modalidades ejecutivas, Vid. supra Cap. V, 4, a), b) y Cap. VI, 5.

miento no es, en modo alguno, un elemento inherente al delito. Al respecto, no debemos olvidar que el ordenamiento jurídico simplemente desconoce validez a la aquiescencia que un menor de doce años eventualmente pudiera prestar a la realización de actos de significación sexual; y, por otra parte, tampoco debemos perder de vista que, en este caso, el tipo no contiene elemento alguno del cual pueda deducirse un requerimiento en orden a que el sujeto activo violenta la voluntad de la víctima. De manera que el delito se consuma aunque el menor haya consentido la realización de los actos que lo configuran, y aun cuando éstos tengan origen en la propia iniciativa de la víctima.

Donde sí es necesaria una actuación contraria a la voluntad del sujeto pasivo es en el caso en que la víctima sea mayor de doce años, pero menor de dieciocho, y que se utilice fuerza o intimidación, porque esta modalidad ejecutiva, como es lógico, resulta ser incompatible con una eventual aquiescencia de la víctima. Salvo en este último caso, en que el consentimiento opera como causal de atipicidad, en el resto de las hipótesis de este delito la voluntad de la víctima no excluye la responsabilidad del autor.

5. FAZ SUBJETIVA DEL TIPO

Todas las figuras del delito de abuso sexual impropio admiten únicamente una forma de ejecución dolosa. En relación con la intensidad de este elemento, entendemos que el tipo sólo se satisface con la concurrencia de dolo directo; entre otras razones, por una cuestión de orden sistemático: si, como se dijo, el tipo de *abuso sexual propio* exige esa clase de dolo, sería ilógico (y, por cierto, injusto) que la figura que ahora comentamos comprendiera tanto el dolo directo como el eventual, en circunstancias que este último delito sólo es un complemento de aquél y, en todo caso, incluye conductas a las cuales la ley confiere un menor desvalor.¹⁰

Al margen del dolo, el tipo exige la concurrencia de un elemento subjetivo consistente en el propósito del sujeto activo de

¹⁰ En un sentido diverso, DIEZ SANCHEZ: *Los delitos de exhibicionismo...*, p. 100.

lograr su propia excitación sexual o la excitación sexual de un tercero. Este ánimo —que es exigido respecto de todas las figuras que integran el delito, salvo en aquella que consiste en emplear al menor en la producción de material pornográfico— implica que el hechor ha de actuar motivado por el propósito de satisfacer el instinto sexual propio o ajeno; pero no es excluyente de otras motivaciones, como el afán de venganza o el interés pecuniario. En el caso de la producción de material pornográfico, el delito puede cometerse teniendo como única motivación el interés pecuniario o cualquier otra de índole no necesariamente sexual.¹¹

¹¹ Cfr. CARBONELL MATEU: *Los delitos relativos a la prostitución...*, pp. 92-93.

EL DELITO DE FAVORECIMIENTO DE LA PROSTITUCION

1. EXPLICACION GENERAL

El artículo 367 del Código Penal tradicionalmente dio cabida a un tipo que sancionaba a quien, “habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad, para satisfacer los deseos de otro...”. Tras la reforma introducida por la Ley Nº 19.617, aquel artículo sigue siendo la fuente del mismo delito, con la salvedad de haberse suprimido la referencia a la *corrupción de menores*.

Lo que el tipo sanciona, en consecuencia, es el hecho de promover o facilitar la prostitución de menores, siempre que tales conductas estén motivadas por el propósito de satisfacer los deseos de un tercero. No se trata, pues, de castigar a quien ejerce la prostitución (aunque eventualmente fuere un imputable) ni a quien se relaciona carnalmente con la persona prostituida, ni a quien obtiene algún grado de satisfacción sexual o económica con el desarrollo de esta actividad, sino simplemente a quien actúa como *favorecedor* de la misma. El ámbito de aplicación del delito es en verdad reducido: por una parte, está estructurado sobre la base de dos conductas muy marginales respecto de lo que es la esencia del comercio sexual (sólo sanciona el hecho de promoverlo y facilitarlo) y, por otra, el castigo sólo procede cuando el sujeto activo *abusa de una relación de superioridad o confianza*, o cuando incurre *habitualmente* en aquellas conductas.

La presencia de un tipo como el que ahora nos ocupa carece de toda justificación frente al actual esquema de los delitos