

### 3. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)

Abuso sexual por sorpresa. I. Sentencia de nulidad. Error de derecho al condenar por hechos que no se encuadran en el tipo penal. Fallo para establecer el delito aplica sólo un elemento subjetivo no del hechor, sino que de la víctima. II. Sentencia de reemplazo. Procede absolución del imputado. No se aprecia una acción de significación sexual al realizarse auscultación con el estetoscopio a la víctima.

#### HECHOS

*Defensa del sentenciado deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva, dictada por Juzgado de Garantía, que lo condenó como autor de un delito consumado de abuso sexual por sorpresa. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones acoge el recurso de nulidad intentado.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (Acogido).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Rancagua.*

ROL: *1895-2021, de 13 de diciembre de 2021.*

MINISTROS: *Sr. Jorge Fernández S., Sr. Miguel Ángel Santibáñez Artigas y Abogada Integrante Sra. María Latife A.*

#### DOCTRINA

- 1. Resulta entonces que, en general, la doctrina se inclina por la línea objetiva de interpretación de la expresión acto de significación sexual y, se entiende por tal, aquel que resulta objetivamente adecuado para excitar el instinto sexual de una persona, dentro del medio social donde se desarrolla, sin perjuicio de que parte de ella abogue por la consideración del elemento subjetivo del hechor, fundamentalmente en aquellos casos de acciones ambiguas. En definitiva, la sentencia para los efectos de establecer el delito aplica sólo un elemento subjetivo, pero no del hechor, sino que de la víctima, lo que diluye completamente los márgenes del delito, atentando contra el principio de determinación legal. En efecto, aun cuando quedó acreditado que la ofendida en su fuero interno sintió*

*amenazada su esfera sexual por las acciones realizadas por el requerido y, no obstante que pueda estimarse que la conducta del requerido estuvo teñida de un ánimo lascivo, aquello no resulta suficiente para dar por establecida la comisión del ilícito de que se trata, sin perjuicio de otras responsabilidades de índole laboral o administrativo que pudiesen investigarse, debiendo desestimarse un análisis probatorio desde la óptica del derecho penal de autor. De esta forma, no pudiendo encuadrarse los hechos en el tipo penal que establece el artículo 366 inciso tercero del Código Penal, el Tribunal debió absolver al imputado y, al no hacerlo, incurrió en un error de ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo (considerandos 7° y 8° de la sentencia de nulidad de la Corte de Apelaciones).*

- II. *En cuanto a los elementos típicos de las acciones referidas precedentemente, si bien existió contacto con la víctima, al realizarse la auscultación con el estetoscopio, en ella no se aprecia una acción de significación sexual, ya que, aun cuando señala la víctima que el requerido mantuvo en su pecho el estetoscopio “un mayor tiempo”, de ello no se infiere una conducta socialmente adecuada para incitar el instinto sexual, desde que no se ha establecido que dicha acción se aparte de la praxis médica y porque, ese “mayor tiempo”, a que se hace referencia, no contiene un disvalor normativo en sí mismo, pues no se indica, por ejemplo, si ello ocurrió porque el facultativo requirió de un mayor lapso para efectuar el diagnóstico o, si por el contrario, no obstante no ser necesario, mantuvo la conducta. En la segunda acción, esto es colocar sus manos colgando al lado de la camilla, no existió contacto con la víctima y no afectó sus zonas genitales, por lo que los elementos típicos no se encuentran presentes en ella. Según lo establece el artículo 340 del Código Procesal Penal, nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el Tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. Este Tribunal, atendida la prueba rendida en el juicio y, la discordancia entre los hechos por los que se requirió al denunciado y aquellos que luego se han tenido por acreditados, desde que en el requerimiento se imputaba al requerido haber colocado su mano en el seno derecho de la paciente y haber tomado su mano para acercarla a su pene intentando que las manos de la víctima toquen su zona genital, lo que quedó descartado por la propia declaración de esta última, no se ha formado convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible*

*objeto del requerimiento, por lo que necesariamente el requerido deberá ser absuelto del requerimiento formulado en su contra por el Ministerio Público (considerandos 5° y 6° de la sentencia de reemplazo de la Corte de Apelaciones).*

*Cita online: CL/JUR/88846/2021*

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 340, 373 del Código Procesal Penal; 366 del Código Penal.*

## LA FALTA DE CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO DE ILICITUD EN EL DERECHO PENAL SEXUAL

MARIANA BELL SANTOS  
*Universidad de Chile*

La Corte de Apelaciones de Rancagua, en sentencia rol N° 1895-2021 de fecha 13 de diciembre de 2021, acogió el recurso de nulidad presentado por la defensa del requerido A.V.G.C. y revocó la decisión del Juzgado de Letras y Garantía de Litueche que lo condenaba a sufrir la pena de 300 días de presidio menor en su grado mínimo y las accesorias de suspensión de cargo u oficio público por su responsabilidad como autor del delito consumado de abuso sexual por sorpresa establecido en el artículo 366 inciso tercero del Código Penal.

El recurso de nulidad interpuesto por la defensa contemplaba tres causales subsidiarias. En lo principal, se funda en la causal establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal por la errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, respecto del artículo 366 inciso tercero en relación con el artículo 366 ter, ambos del Código Penal. En este sentido, alega el recurrente que los hechos que se dieron por establecidos y que fueron calificados como constitutivos del delito de abuso sexual por sorpresa no se encuadran en la definición de acción sexual contenida en el artículo 366 ter, así como tampoco afectan al bien jurídico protegido de indemnidad y/o libertad sexual de la ofendida, no configurando ilícito alguno.

Respecto a las causales subsidiarias, el recurrente invoca, mediante las causales del artículo 374 letra f), haberse dictado la sentencia con infracción al principio de congruencia y, respecto a la letra e), la dictación de la sentencia con omisión de los requisitos del artículo 342, ambos del Código Procesal Penal, en tanto señala que la sentencia no expone de manera lógica el razonamiento del tribunal en su variante de falta de corroboración.

En relación con la primera causal alegada, la Iltma. Corte de Apelaciones de Rancagua da cuenta de los hechos establecidos por el Juzgado de Letras y Garantía: la víctima habría concurrido al Cesfam de Valle Mar en búsqueda de atención médica por una dolencia en la parte torácica del cuerpo, recibiendo el diagnóstico y la medicación respectiva por el imputado. En cuanto a la acción sexual distinta del acceso carnal realizada por el funcionario de salud, se acreditó que usó el “elemento médico estetoscopio, el cual mantuvo en la zona de sus pechos un mayor tiempo, generando incomodidad en la víctima y posteriormente, al momento de ser examinada, se acostó en la camilla, y sus manos colgaban abajo, y el requerido se puso justo ahí, entonces su mano estaba a la altura de su pene y ella volvió a subir su mano y él la volvió a bajar, lo que provocó que se sintiera súper rara, tenía abajo las manos, las subió a su cuerpo y le tiró la mano de nuevo hacia abajo y quedó a la altura de su pene, sintiéndose incómoda”<sup>1</sup>.

La Corte establece que, para configurarse el delito de abuso sexual por sorpresa del artículo 366 inciso tercero del Código Penal, es necesaria una conducta o acción de significación sexual y de relevancia en los términos del artículo 366 ter del mismo cuerpo legal. Por dicha razón, procede al análisis de “acto de significación sexual” a través de los parámetros usados por la doctrina nacional para corroborar si la conducta del requerido cumple los requisitos del tipo.

En este sentido, la Corte identifica tres posiciones: la primera de ellas refiere al sector de la doctrina que recurre a parámetros objetivos, considerando aquellas acciones que tengan la aptitud de excitar el instinto sexual según los cánones vigentes en una sociedad determinada o que involucren los órganos genitales. En segundo término, hay quienes recurren a parámetros subjetivos, considerando el ánimo libidinoso o la finalidad del autor de involucrar a una persona en un contexto sexual. Y finalmente, se encuentra aquella postura que combina los elementos objetivos y subjetivos en donde el acto sexual es la conjugación entre el sexo y la intención del hechor para su satisfacción sexual.

Se cita en la sentencia, al profesor Rodríguez Collao, quien es de la opinión de que el tipo penal refiere a un acto de significación sexual, debiendo determinar si un acto es expresivo del instinto sexual, independiente de la

---

<sup>1</sup> Corte de Apelaciones de Rancagua (13.12.2021) rol N° 1895-2021. Considerando quinto.

motivación del hechor.<sup>2</sup> Asimismo, refieren a la definición del profesor Garrido Montt<sup>3</sup> como aquel que resulta objetivamente adecuado para excitar el instinto sexual de una persona dentro del medio social donde se desarrolla. Finalmente, se destaca a la profesora María Cecilia Ramírez<sup>4</sup>, quien agrega que puede considerarse el elemento subjetivo, pero teniendo presente como límite a la intervención penal la puesta en peligro del bien jurídico protegido. Ramírez va más allá y agrega que la norma contenida en el artículo 366 ter del Código Penal es una suerte de alerta a las/os jueces sobre las características ambiguas de estos delitos, necesitando del elemento subjetivo para definir la antijuridicidad, de tal forma que el acto de significación sexual es un elemento normativo en donde la ilicitud de la conducta está determinada por un elemento subjetivo, pues su relevancia se determina además con la afectación al bien jurídico protegido<sup>5</sup>.

La Corte de Apelaciones de Rancagua concluye que la doctrina nacional se inclina por la línea objetiva respecto a la definición de acto de significación sexual, entendiéndolo como aquel apto para excitar el instinto sexual de una persona en un medio social determinado, sin perjuicio de que en casos ambiguos deba considerarse el elemento subjetivo.

Concluye, que los hechos acreditados no dan cuenta de los elementos típicos necesarios para configurar el delito de abuso sexual por sorpresa. Cabe mencionar que la primera conducta refiere a mantener el elemento médico estetoscopio en la zona de los pechos un mayor tiempo, sin identificar respecto a que lapso se considera “mayor” así como tampoco un parámetro de comparación. La Corte estima que no se aprecia una acción de significación sexual, porque mantener el estetoscopio no constituye una conducta socialmente adecuada para incitar el instinto sexual. Primero, porque no se acreditó que el actuar del requerido se desvíe de la praxis médica. Y segundo, por la indeterminación del “mayor tiempo”, ya que no puede establecerse que conlleve un disvalor normativo, porque al no identificarse el lapso temporal, no se puede concluir que fuera necesario para efectuar el diagnóstico o si en cambio tuvo objetivo distinto.

---

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2004), p. 200.

<sup>3</sup> GARRIDO MONTT, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2002) p. 396.

<sup>4</sup> RAMÍREZ, María Cecilia, “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”, en *Política Criminal*, N° 3 (2007) p. 9.

<sup>5</sup> RAMÍREZ, ob. cit., p. 12.

Respecto al segundo hecho, esto es, cuando la víctima se encontraba acostada y sus manos estaban a la altura del pene del imputado, que ella las subió hacia su cuerpo y él las bajó, provocando que la víctima se sintiera extraña, a juicio de la Corte no se encuentran los elementos típicos del delito, por cuanto no existió contacto con la víctima ni afectó sus zonas genitales.

La Corte de Apelaciones de Rancagua expresa que la sentencia de instancia, para efectos de establecer el delito, solo consideró un elemento subjetivo, el de la víctima, lo que habría diluido completamente los márgenes del tipo penal, atentando contra el principio de determinación legal. Agrega que, si bien el requerido actuó con un ánimo lascivo y que la víctima sintió amenazada su esfera sexual, la conducta no tendría la gravedad suficiente para establecer la comisión de un ilícito penal, sin perjuicio de otras responsabilidades, pero que debe desestimarse un análisis probatorio desde la óptica del derecho penal de autor.

Sobre la base de la argumentación expuesta, la Corte de Apelaciones de Rancagua acoge el recurso de nulidad fundado en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, revocando la decisión del tribunal de instancia y dictando de forma inmediata la sentencia de reemplazo. En ella, absuelve al requerido por el delito de abuso sexual por sorpresa del artículo 366 del Código Penal, en tanto los hechos establecidos no dan cuenta del elemento típico, vale decir, una acción de significación sexual, sumado a la discordancia entre los hechos acreditados respecto de aquellos por los que fue requerido el imputado, los que fueron descartados por la propia declaración de la víctima.

Respecto a la sentencia ya expuesta, si bien la decisión parece ser acertada, se evidencia una dificultad al momento de calificar el delito de abuso sexual por sorpresa y la relevancia que se le otorga a la víctima. Primero, porque existe una indeterminación de la conducta, no se identifica a qué se refiere la sentencia con un “mayor tiempo”. Incluso ante ello, se descarta que la acción en sí misma, del uso del estetoscopio, pueda incitar el instinto sexual. Segundo, porque las definiciones para calificar una acción como “sexual” o “significación sexual” para poner en peligro el bien jurídico protegido no consideran la falta de consentimiento del titular. Y finalmente, se indica que no puede considerarse únicamente el elemento subjetivo de la víctima para la determinación de la acción sexual sin perjuicio de que ella haya visto amenazada su esfera sexual.

Existe controversia respecto al rol de la víctima, lo cual ha sido altamente sensible a los casos de alta connotación pública y al rol de protección que simbólicamente se le asigna al derecho penal. Para ello, basta con revisar las modificaciones de nuestro Código Penal, mediante proyectos de ley titulados en su tramitación con el nombre de las víctimas, como si crear nuevos tipos

penales tuviera un efecto de reparación para ellas o permitiese la prevención de los delitos.

En el caso de los delitos sexuales, es interesante que las últimas reformas versan sobre la protección de niños, niñas y adolescentes<sup>6</sup>, la creación de la falta de acoso sexual en lugares públicos y el abuso sexual por sorpresa<sup>7</sup>. Existe actualmente en el Congreso Nacional la discusión del proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales y evitar su revictimización, llamada “Ley Antonia”<sup>8</sup>, y el proyecto de ley de violencia digital<sup>9</sup> que sanciona la difusión de contenido íntimo por medios y plataformas digitales.

Más allá de las reformas legislativas en materia de delitos sexuales, la sensibilidad social de los mismos también impacta en la interpretación de los tipos penales y su aplicación. Los movimientos feministas, sin importar la corriente a la que adscriban, han mantenido un compromiso férreo con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, cuestionando la estructura de una sociedad patriarcal y, en el tema en comento, buscando eliminar la caracterización de la “víctima perfecta”. Cabe mencionar, por ejemplo, la interpretación de que una mujer casada no podía ser víctima de un delito de violación cometido por su marido, por ser un deber matrimonial mantener relaciones sexuales con este<sup>10</sup>,

---

<sup>6</sup> Ley N° 21.160, de 18 de julio de 2019, que Declara Imprescriptibles los Delitos Sexuales Cometidos Contra Menores de Edad. Disponible digital en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1134001> y la Ley N° 21.418 del 5 de febrero de 2022 que Especifica y Refuerza las Penas Principales y Accesorias Contempladas en el artículo 372 del Código Penal y Modifica Cuerpos Legales que Indica. Disponible Digital en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1172371&idParte=10307972&idVersion=2022-02-05>.

<sup>7</sup> Ley N° 21.153, de 3 de mayo de 2019, que Modifica el Código Penal para Tipificar el Delito de Acoso Sexual en Espacios Públicos. Disponible digital en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1131140>.

<sup>8</sup> Boletín N° 13.688-25 que Modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales, y evitar su revictimización. Disponible digital en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14238&prmBOLETIN=13688-25>.

<sup>9</sup> Boletín N° 13.928-07 que Proscribe, tipifica y sanciona la violencia digital en sus diversas formas y otorga protección a las víctimas de la misma. Disponible digital en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14490&prmBOLETIN=13928-07>.

<sup>10</sup> CASTRO, Alfredo, *El delito de violación en contexto de violencia intrafamiliar, análisis del artículo 369 del Código Penal*, AFET para optar al grado de magíster en derecho mención en derecho penal. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. (2019), pp. 35-36. Indica el autor al respecto: “Ahora bien, sin perjuicio de la claridad doctrinal expuesta previamente, aun vemos en la práctica, alegaciones que van en sentido contrario a la comprensión de la libertad sexual

cuestión que ha cambiado radicalmente sin una reforma legal que indique expresamente lo contrario.

Ahora bien, el cuestionamiento respecto a la protección de la víctima, especialmente de las mujeres y su libertad sexual, ha tenido repercusiones de carácter punitivo<sup>11</sup>, no sólo a través de la exigencia de un aumento de las penas en los delitos, sino también con interpretaciones amplias respecto a los tipos penales en desmedro de la prohibición de analogía y la creación de más delitos, generando una falsa expectativa de mayor seguridad, pese a que el derecho penal actúa cuando ya se ha cometido el hecho y, por lo tanto, ya se han afectado los bienes jurídicos de indemnidad y/o libertad sexual.

Pero este no es un problema que afecte solo a nuestro país. Al contrario, es un problema global, pues es sumamente complejo brindar protección a la mitad de la sociedad cuando esta ha sido invisibilizada por décadas. Sin embargo, su protección y su reconocimiento, no puede significar el desmedro de los derechos ya garantizados ni la aplicación de las herramientas más agresivas del Estado.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua es relevante, porque se hace cargo de una situación difícil mediante una fundamentación basada en la doctrina nacional. Sin embargo, resulta necesario hacer presente que evidencia la desactualización de la definición de acción de carácter sexual, ya que tanto los parámetros objetivos como subjetivos se refieren a la excitación sexual en un contexto determinado o al ánimo libidinoso del autor. En ningún momento reflexiona sobre que el titular del bien jurídico protegido, por ejemplo, una acción adecuada para excitar el instinto sexual de la persona con su consentimiento, siendo entonces la conducta ilícita aquella en la que se verifica la ausencia de

---

en el matrimonio o convivencia, como lo hemos propuesto - por ejemplo en el Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica, en causa RIT 027-2007- la Defensa señaló que el '[C]ódigo Civil define el contrato del matrimonio y, dentro de esos fines, está el de procrear. Un abogado como él, que salió hace muchos años convencido de que no existe la violación dentro del matrimonio y hoy sin embargo existe, porque no se pasa a ser una cosa cuando uno se casa, ya el marido no puede o no debe tener relaciones con otra persona que no sea con su mujer al igual que ella, ¿será necesario que tenga hojas firmadas para obtener la autorización?', ejemplo que se trae a colación sólo para demostrar que no resulta inverosímil ni anecdótico, oír un planteamiento como el citado, como lo demuestra el mismo desarrollo argumentativo que hace el tribunal -en el caso- a propósito de este alegato, rechazándolo. La sentencia desarrolla dicha postura y cita una serie de autores, en su mayoría mexicanos, que profesan la existencia de un derecho a cópula del cónyuge y la imposibilidad de la mujer de negarse a éste". Disponible digital en: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/183088/El-delito-de-violacion-en-el-contexto-de-violencia-intrafamiliar.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

<sup>11</sup> CESARONI, Claudia, *Contra el punitivismo. Una crítica a las recetas de la mano dura*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Paidós (2021), pp. 131-160.



este. Este cuestionamiento proviene de la estructura de nuestro derecho penal sexual, que no consideraba el consentimiento de la víctima como un aspecto relevante hasta la incorporación del abuso sexual por sorpresa, lo que alteró la lógica general de los delitos sexuales.

En nuestro Código Penal únicamente se hace referencia a la ausencia de consentimiento en el delito de abuso sexual por sorpresa y la falta de acoso sexual en lugares públicos, ambos tipos penales que fueron incorporados el año 2019 a través de la Ley N° 21.153. No obstante, respecto al resto de los delitos sexuales, que tienen una gravedad y penalidad superior, no existe una referencia expresa ni tampoco se considera la falta de consentimiento como fundamento de la antijuridicidad material, simplemente existe una manifestación tenue en el delito de violación y, en consecuencia, en el delito de estupro y abuso sexual<sup>12</sup>.

El énfasis en la demanda de incorporar la falta de consentimiento deriva precisamente de la comprensión de que la ilicitud de los delitos sexuales es la ausencia de este a partir del bien jurídico protegido, la libertad sexual en el caso de las personas víctimas mayores de catorce años. Especialmente expresa el aspecto negativo o estático de la libertad sexual, que refiere al derecho de la persona de no verse involucrada sin su consentimiento con otro individuo en un contexto sexual<sup>13</sup>. Por lo tanto, la protección de la libertad sexual es el involucramiento en un contexto sexual bajo el consentimiento del o la titular del bien jurídico.

Ahora, regresando a la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Rancagua, es interesante que la fundamentación no refiere al delito de abuso sexual por sorpresa, el cual establece de forma expresa la falta de consentimiento y que fue precisamente incorporado en nuestra legislación a propósito de la regulación del acoso callejero.

La historia de la Ley N° 21.153 exhibe que la propuesta legislativa inicial trataba de regular el acoso sexual en lugares públicos, a través de la incorporación de tipos penales y la definición del fenómeno, en un epígrafe especial dentro del

---

<sup>12</sup> SANTIBÁÑEZ, María Elena, “El consentimiento en los delitos sexuales y su reconocimiento en la legislación chilena: una mirada comparada, un planteamiento crítico y una propuesta de *lege ferenda*”, en MAYER, Laura y VARGAS, Tatiana (coord.) *Mujeres en las ciencias penales. Una mirada desde el contexto jurídico chileno en las primeras décadas del siglo XXI*. Santiago de Chile: LegalPublishing (2020), p. 424.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ, Luis, “Criterios Morales en la fundamentación del castigo de los delitos de significación sexual”, en VILLEGAS, Myrna (coord.) *Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad in memoriam a Eduardo Novoa Monreal*. Santiago de Chile: Comisión de Publicaciones, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile. Colección de Temas Jurídicos N° 12 (2008), p. 254.

título VII del libro segundo del Código Penal. En la discusión parlamentaria, se propuso como definición de acoso sexual en lugares públicos aquel “consistente en actos que involucren el contacto físico de carácter sexual, como tocaciones, indebidas, roces o presión de genitales contra el cuerpo de otra persona”<sup>14</sup>. La idea de sancionar este fenómeno proviene de que las tocaciones no consentidas en lugares públicos o casos de masturbación pública, eran sancionables únicamente a través de la falta de ofensas al pudor y las buenas costumbres<sup>15</sup>. Sin embargo, por indicación del Senado, se propuso incorporar como falta el acoso sexual callejero y modificar el delito de abuso sexual a través de la incorporación de un nuevo tipo penal.

En este sentido, se discute en el Senado una propuesta de artículo 366 sexies, que establecía: “[e]l que realizare una acción sexual que implique un contacto corporal contra una persona mayor de 14 años que provoque en la víctima intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo, sin que medien los términos señalados en el artículo 366 ter, será penado con presidio menor en su grado mínimo”.

La propuesta significaba una acción corporal sexual que provocase ciertos efectos en el fuero interno de la víctima. Dichas consecuencias implican acreditar un elemento subjetivo que sólo puede conocer y expresar la víctima para la calificación del delito, pues además excluye la definición de acción sexual del artículo 366 ter. Dicha redacción es la que puede diluir el tipo penal alterando el principio de determinación legal y abrir la puerta hacia un derecho penal de autor, porque altera el principio básico de la persecución de hechos. Considerar la declaración de la víctima en un contexto determinado para identificar si la conducta del autor pone en peligro el bien jurídico protegido es distinto a establecer como requisito del tipo y por lo tanto determinar la afectación de la libertad sexual a través de las consecuencias subjetivas del fuero interno de la afectada.

Posteriormente, habiéndose descartado la propuesta anterior se discutió la indicación de incorporar el abuso sexual por sorpresa en el artículo 366 inciso tercero del Código Penal, exigiendo la realización de una acción sexual distinta del acceso carnal cuando se proceda con sorpresa, engaño o utilizando otras maniobras que no supongan el consentimiento de la víctima.

---

<sup>14</sup> Historia de la Ley N° 21.153 que Modifica el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos (2019) p. 34. Disponible digital en: [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/7660/HLD\\_7660\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7660/HLD_7660_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf).

<sup>15</sup> Historia de la Ley N° 21.153, pp. 35 y 41.

La falta de consentimiento no existía de forma expresa en la regulación del derecho penal sexual antes de la ley en comento, sin embargo, la sorpresa, el engaño y otras maniobras que no supongan el consentimiento ya se encontrarían comprendidas en el numeral 2° del artículo 361 del Código Penal, respecto del delito de violación y, en consecuencia, respecto del estupro y el abuso sexual del artículo 366 inciso primero del mismo cuerpo legal.

La circunstancia del artículo 361 N° 2 fue modificada el año 2010 con la introducción del delito de femicidio junto a una serie de reformas en materia de violencia intrafamiliar que se orientaban a la protección de la mujer. A diferencia de la lógica anterior en esta materia que refería a la protección del núcleo familiar. En este sentido, “se aproveche de su incapacidad para oponer resistencia” se modifica por “se aproveche de su incapacidad para oponerse”. Antes de la reforma ya existían sentencias que habían recogido casos de violaciones o abusos sexuales realizados de forma sorpresiva<sup>16</sup> sobre la base de este numeral, por lo que la nueva redacción reforzaba una interpretación más amplia hacia la falta de consentimiento.

Así, María Elena Santibáñez en la discusión legislativa del abuso sexual por sorpresa indica que se afecta el propósito de la iniciativa con la nueva incorporación, pues crearía una figura residual y su aplicación sería en desmedro de los tipos penales de mayor gravedad. Agregando que “se requiere una reforma estructural a la totalidad de las figuras delictivas que contempla, siendo aplicable a todos los casos en que no hay consentimiento de la víctima cualquiera sea la gravedad de la conducta, o, en caso contrario, se debe incorporar como una de las conductas sancionadas a título de falta, en los términos que contempla el artículo 494 del Código Penal”<sup>17</sup>.

Dicha afirmación refleja las consecuencias de introducir el delito de abuso sexual por sorpresa que exige una acción sexual (distinta al acceso carnal) sin el consentimiento de la víctima manteniendo la estructura del resto de los delitos sexuales, que suponen un acto de significación sexual o acceso carnal en el que medie la fuerza, intimidación, prevalimiento, fraude o aprovechamiento de la incapacidad para oponerse. Entre ellas, ocasiona que hechos graves se sancionen con una figura residual y por lo tanto con una calificación y penalidad más baja, pues el legislador exige mayores requisitos (para los delitos anteriores) y por lo tanto interpretaciones más restrictivas que antes de la reforma. Pero tam-

<sup>16</sup> SANTIBÁÑEZ, María Elena y VARGAS, Tatiana, “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N° 1, (2011), pp. 202-203.

<sup>17</sup> Historia de la Ley N° 21.153, p. 106.

bién, como en el caso de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, permite la persecución penal de conductas inapropiadas e indeterminadas que no alcanzan a poner en peligro el bien jurídico protegido de libertad sexual.

Por lo tanto, de la historia de la ley es posible advertir que el legislador optó por modificar la lógica general de los delitos sexuales, exigiendo la falta de consentimiento de forma explícita en la nueva incorporación, pero descarta la redacción del tipo penal con un elemento subjetivo del fuero interno de la víctima. Dicha decisión implica que la ilicitud del delito, específicamente respecto de la antijuridicidad material, es la falta de consentimiento y no las consecuencias psíquicas individuales de la afectada para la calificación del delito.

Los hechos del caso se producen en un contexto determinado: una consulta médica, en donde la posición del sujeto activo es asimétrica respecto a la víctima. Casos de delitos sexuales producidos en este contexto refieren a situaciones “en que el sujeto se aprovecha de la confianza y las circunstancias personales de la víctima, lo que provoca una inhibición de la capacidad de reacción de la misma, estando impedida de oponerse”<sup>18</sup>. Ahora bien, habitualmente los casos que ejemplifican este grupo hacen referencia, por ejemplo, al caso de quien se hace pasar como masajista aprovechando el contexto para realizar actos de significación sexual de relevancia, al médico que realiza tocaciones y frotaciones excediendo el procedimiento habitual del examen ginecológico o al paramédico que realiza tocaciones en mamas y genitales bajo el pretexto de realizar una revisión ginecológica<sup>19</sup>.

Estos casos tienen en común, además del contexto médico y la posición de asimetría, un exceso en la praxis o en el procedimiento médico que se sustenta en el aprovechamiento de la posición del autor. Una persona generalmente concurre al médico confiando en que este llevará a cabo acciones, que, dependiendo el caso, suponen el contacto físico, y en la que existe una confianza legítima en ello, de que el contacto tiene un objetivo no sexual: el diagnóstico clínico.

Este contexto de asimetría, el exceso en el procedimiento y la desviación del objetivo de la conducta, no es una situación que haya estado prevista al momento de introducir el delito de abuso sexual por sorpresa, sino que estaba considerado para situaciones en lugares o espacios abiertos y públicos. Es más, de existir un exceso en el procedimiento médico que suponga una acción distinta al acceso carnal, siempre que sea una acción de carácter sexual y de

---

<sup>18</sup> SANTIBÁÑEZ, ob. cit., p. 434.

<sup>19</sup> SANTIBÁÑEZ, ob. cit., p. 435.

relevancia, no debiese aplicarse el abuso por sorpresa sino el delito de abuso sexual del artículo 366 inciso primero, ya que dicho exceso en este contexto de asimetría puede configurar la circunstancia de aprovecharse de su incapacidad para oponerse.

En el caso en comento, la víctima concurre al establecimiento médico por una dolencia en el pecho. Indica que se mantiene el estetoscopio mucho tiempo en su pecho derecho. No es posible determinar cuánto tiempo es el necesario para el diagnóstico de esta dolencia que permita identificar si la conducta del requerido excede los márgenes del procedimiento.

Una persona que concurre al médico por un dolor en el pecho puede asumir que será revisada en dicha zona y que puede implicar el contacto corporal con un profesional de la salud con el objeto de ser diagnosticada. Un tiempo prolongado en la realización del examen no implica *per se* un exceso del objetivo de diagnóstico, así como tampoco una puesta en peligro de la libertad sexual de la víctima. No se acredita que la víctima no haya consentido en dicha acción, sino en que la duración de la acción la hizo sentir incómoda, pero no en el sentido de que se viera involucrada sin su consentimiento en una situación de carácter sexual.

Estas reflexiones no implican una solución diversa a la que arriba la Corte de Apelaciones de Rancagua. Es un ejercicio para evidenciar un problema estructural respecto de los delitos sexuales y que implica hoy un desafío a los tribunales, en el sentido de poder garantizar la correcta aplicación de la ley junto a la protección de la víctima.

Para dicho objetivo, debemos considerar que el derecho penal no protege directamente a las víctimas, actúa cuando ya se ha producido el hecho y, por tanto, cuando ya se ha verificado la afectación del bien jurídico protegido, razón por la cual no puede pretender resolver todos los problemas que ocurren en la sociedad. Por ello, en contextos de relaciones asimétricas es deseable reforzar las regulaciones laborales o administrativas, permitan en este tipo de casos que los pacientes puedan denunciar o expresar situaciones de incomodidad o de vulnerabilidad. De tal forma, se puede prevenir y canalizar casos como estos, para que la aplicación del derecho penal sea efectivamente de *ultima ratio* para aquellas situaciones más graves.

Finalmente, para determinar el acto de significancia sexual y de relevancia deben usarse parámetros objetivos, lo que no significa en absoluto eliminar a la víctima como titular del bien jurídico protegido, pues debe considerarse si esta acción en un contexto determinado y sin el consentimiento de la víctima puede afectar su libertad sexual.

Solo cuando se verifica que la conducta es lesiva para el bien jurídico protegido puede operar el derecho penal, pues es esto lo que determina la gravedad suficiente para la intervención del sistema punitivo. Cuestión que debe analizarse con responsabilidad por el órgano persecutor.