



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Escuela de Postgrado  
Magister en Derecho con mención en Derecho Penal (2008)

ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS

“ANÁLISIS DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE ABUSO SEXUAL”

Alumna: PATRICIA CAMPOS ÁLVAREZ  
Rut: 12.803.331-9  
Guía: Prof. German Ovalle

Santiago, 18 de marzo del 2019

## **Resumen**

El propósito de esta investigación es el análisis del bien jurídico protegido del delito de abuso sexual, previsto y sancionado en el artículo 366 y 366 bis del Código Penal. Para ello se han investigado las distintas tesis que la doctrina ha identificado como posibles intereses jurídico penales protegidos, explicando en qué consiste cada uno de ellos. Con el fin de ilustrar se incorporaron aspectos de derecho penal comparado de Argentina, Perú, México, España, Colombia y Alemania, con el objeto de aproximar, a través de éstas, cómo conciben el bien jurídico protegido en tales normas. Por último, se analizan diversas sentencias dictadas por tribunales de justicia, en las que los sentenciadores aproximan la noción judicial del bien jurídico protegido que el legislador ha pretendido amparar en este delito.

Concluido este trabajo, se pudo establecer que tanto la doctrina mayoritaria, como en derecho comparado y la jurisprudencia nacional entiende que al sancionar el delito de abuso sexual, se protege el libre ejercicio de la sexualidad de las personas y, en los casos de abuso sexual en contra de menores de edad, ampara su corporalidad y el desarrollo de su personalidad sin intervención de terceros.

Palabras Claves: Bien jurídico, doctrina, legislación, jurisprudencia.

## **Abstract**

The purpose of this investigation is to realize an analysis of the legally protected right in the crime of sexual abuse, provided and sanctioned in the article 366 and 366 bis of the Penal Code. For this purpose, the different theses that the doctrine has identified as possible protected criminal legal interests have been investigated, explaining what each one of them consists of. In order to illustrate, aspects of comparative criminal law of Argentina, Peru, Mexico, Spain, Colombia and Germany were included, with the objective to approximate how the legally protected right in such norms conceive. Finally, different judgments dictated by courts of justice were analyzed, in which the judges approximate the judicial notion of the legally protected right that the legislator has sought to protect in this crime.

Having concluded this work, it could be established that the mayor doctrine, comparative doctrine and the national jurisprudence understands that sanctioning the crime of sexual abuse protects people's free exercise of sexuality and, in the cases of sexual abuse of minors, supports their corporality and the development of their personality without the intervention of thirds.

Word keys: The legally protected right, doctrine, legislation, jurisprudence.

## Índice

Introducción	5
1. Bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual	6
1.1. Libertad sexual como libertad personal	8
1.2. Dignidad de la persona	12
1.3. Bienestar sexual	14
1.4. Intimidad sexual	15
1.5. Integridad sexual	17
1.6. Indemnidad sexual	20
1.7. Honestidad	23
1.8. Intangibilidad sexual	24
2. Bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual en Chile	25
3. Bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual en la jurisprudencia nacional	39
3.1. Sentencia definitiva absolutoria y condenatoria Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Ovalle	39
3.2. Sentencia definitiva absolutoria Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Ovalle	40
3.3. Sentencia definitiva absolutoria Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Ovalle	40
3.4. Sentencia definitiva condenatoria Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de La Serena	41
3.5. Sentencia definitiva absolutoria Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Punta Arenas	49
3.6. Sentencia definitiva condenatoria Juzgado de Garantía de Coquimbo	50
3.7. Sentencia definitiva I. Corte de Apelaciones de Valdivia	51
3.8. Sentencia definitiva E. Corte Suprema	51
3.9. Sentencia definitiva E. Corte Suprema	52
3.10. Sentencia definitiva condenatoria Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Santiago	54
3.11. Sentencia definitiva condenatoria Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Puente Alto	55
4. Bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual en el derecho comparado	56
Conclusiones	68
Bibliografía	69

## **Introducción**

El derecho penal establece una serie de conductas cuya comisión u omisión se encuentran prohibidas por el legislador por constituir un atentado o una puesta en peligro de valores cuya protección interesa con el objeto de mantener una sana convivencia social. Dentro de las conductas prohibidas se encuentran aquellas que afectan el ámbito de la sexualidad humana, actividad que es de constante preocupación por parte de los órganos gubernamentales, legislativos y judiciales, por la trascendencia que ésta tiene para la vida humana, en el aspecto individual, familiar y social. Por lo anterior, el legislador ha establecido como conducta prohibida penalmente y por ende sancionable, los denominados delitos de abuso sexual, además ha definido cuál es la conducta que se considera como tal y los elementos que deben concurrir para configurar el acto reprochable.

La adopción de medidas concretas de protección en el ejercicio de la actividad sexual ha adquirido mayor importancia en los últimos diez años, especialmente, tratándose de menores de edad, esto ha llevado a que por vía legislativa, se hayan introducido modificaciones al Código Penal, a fin de adecuar la normativa punitiva a los valores sociales y tecnología existentes en la actualidad, de tal manera que conductas que en tiempo pasado constituían delitos, hoy ya no lo sean y por el contrario, otros actos que no se suprimieron, han sido reestructurados en su contenido para adecuarlos al significado y alcance que socialmente tienen en el presente.

A todos estos cambios legislativos, ha tenido que ajustarse tanto la doctrina como la jurisprudencia. Es precisamente la visión que se le ha dado al interés que se busca proteger tras las conductas que se incluyen en los tipos penales es el tema que será abordado en este trabajo.

## **1. Bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual**

Históricamente, determinar cuál es el bien jurídico protegido en los delitos sexuales ha sido objeto de controversia.

Antiguamente, se entendía que la actividad sexual debía desarrollarse en el contexto denominado como orden natural, esto es, en el marco de una relación entre un hombre y una mujer que tuviera como fin la reproducción. Toda otra actividad que se desarrollara fuera de estos parámetros y de la finalidad antes mencionada, constituía una infracción al orden moral sexual, configurando los llamados delitos de lujuria, ilícitos que buscaban sancionar el ejercicio de una actividad sexual desordenada, la cual constituía una ofensa a la castidad, virtud de orden moral a la cual debían aspirar todas las personas, no teniendo la utilización de la fuerza un rol fundamental en los delitos relacionados con la actividad sexual.

Durante la época de la Ilustración, comienza la separación entre el derecho y la moral, esto se manifiesta en la proclamación del principio de que todos los seres humanos son igualmente racionales y que el ordenamiento jurídico debe garantizar a todas las personas el ejercicio del mayor número de libertades.

En ese contexto histórico, la doctrina comienza a distinguir entre los delitos públicos entendidos como aquellos que se refieren a lesiones causadas a derechos del Estado y los delitos privados que atentan contra derechos de particulares, dentro de los cuales se diferencia entre derechos originarios como la vida, la integridad de la fuerza, la libertad y el honor y los derechos derivados que son aquellos que se refieren a las cosas o provienen de los contratos. Como el orden moral sexual no encuadraba en ninguno de los derechos antes señalados, la doctrina estimó que la infracción a este tipo de orden implicaba una lesión al derecho originario de libertad, debido a la fuerza o violencia empleada en los delitos de raptó y violación y en el caso del estupro, el atentado a la libertad se explicaba por la ausencia de consentimiento al acto sexual. El resto de los delitos que atentaban contra el orden moral sexual se sancionaban como

delitos de policía, es decir, como un acto contrario al Estado y a la obediencia que los súbditos debían tener.

Estas teorías doctrinarias quedaron plasmadas en la legislación comparada en la época de la Codificación, así en Austria y España, los delitos de violación y rapto se incorporaron dentro de los tipos penales que castigaban las detenciones ilegales y la coacción, en cambio la sodomía, la pornografía y las ofensas al pudor se castigaban dentro de los actos contra la cosa pública.

Posteriormente, durante la época de crisis del Derecho Penal que surgió a mediados del siglo XX, el movimiento del reformismo planteó que el derecho penal debía centrarse en los intereses de las personas y que la política criminal debía respetar las garantías de los individuos, de tal manera que la pena debía aplicarse a aquellas conductas que afecten los derechos o intereses de una persona en concreto, así el American Law Institute, en 1962, proclamó “excluimos del derecho penal todas las acciones sexuales que no contienen empleo de violencia ni corrupción de menores por adultos. Y que no sean cometidas públicamente. Nos han decidido a ello los siguientes motivos: los comportamientos sexuales anormales de sujetos adultos, que obran de mutuo consentimiento y en privado, no perjudican los intereses públicos de la sociedad”<sup>(1)</sup>.

Es en este escenario que la doctrina comienza a precisar que este tipo de ilícitos buscaba proteger específicamente la denominada libertad sexual.

A nivel jurídico, los diferentes ordenamientos comenzaron a agrupar los delitos sexuales bajo un mismo criterio, aunque diferían de una legislación a otra, como en Francia en que se reunieron los delitos sexuales bajo el título de “Atentados en contra de las buenas costumbres”; en Bélgica se fijó como “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”; en España se agruparon en

---

<sup>(1)</sup> GONZÁLEZ Jara, Manuel. *Regulación Penal del Meretricio*. Santiago, Librotecnia, 2009. 212p.

torno al interés de la honestidad y en Chile, se reunieron con el mismo epígrafe del Código Penal belga.

Frente a este cambio legislativo, la doctrina comienza a discutir cuál era el bien jurídico protegido en los delitos sexuales y cuál era la justificación para sancionar estos ilícitos con mayor rigor que los actos que afectaban la libertad personal, postulándose diversas teorías:

### **1.1. Libertad sexual como libertad personal**

Esta teoría esgrime que la libertad sexual es un aspecto de la libertad personal y que se define como la facultad de toda persona a ejercer su potencial sexual, con el compañero y en las circunstancias libremente elegidos e incluye el derecho a rechazar ser involucrado en un contexto sexual no querido, más aún a resistir todo ataque de connotación lúbrica. En este ámbito, el legislador garantiza la ausencia de coacción y por tanto, todo atentado se sanciona más severamente. Esta teoría asimila la libertad sexual a la libertad personal garantizada por la Constitución.

El autor José Luis Diez Repollés señala que la libertad sexual es una concreción de la libertad personal, cuya protección se regula con autonomía, debido a la actividad que se ejerce y estima que los argumentos que fundamentan esta protección independiente de la libertad personal son que esta actividad se relaciona con la autorrealización personal y que las formas en que se pueden cometer estos delitos, son distintas a aquellos que pueden afectar la libertad personal y por ello, requieren de una protección especial y distinta a la libertad personal, a través de estos ilícitos se busca proteger que una persona sea involucrado en un contexto sexual no querido, esto es la libertad sexual, en su aspecto negativo, no se busca impedir que una persona ejerza la actividad sexual cuando consiente en la misma, también llamada, libertad sexual positiva. Esto en razón de que se considera una conducta más grave, forzar a una persona a participar en un contexto sexual que impedir realizar la actividad sexual. Además, la regulación específica de la libertad sexual busca determinar los ámbitos que no se van a tutelar. Así, el legislador ha establecido que la libertad sexual

se protege cuando el agresor actúa contra la voluntad de la víctima; cuando ésta ha prestado un consentimiento viciado como en aquellos casos en que se abusa de una situación de necesidad, de una relación de autoridad; cuando el consentimiento es inválido, como en las situaciones de los menores de edad o los incapaces, en que por su edad evolutiva o su desarrollo intelectual se estima que carecen de la madurez para comprender los efectos de la actividad sexual o cuando la víctima no tiene la oportunidad de manifestar su consentimiento, un ejemplo de ello es el caso de las personas privadas de sentido<sup>(2)</sup>. En este mismo sentido, se pronuncia el autor Francisco Muñoz Conde, quien señala que libertad, junto a la vida y a la salud, son los bienes jurídicos más relevantes, que la libertad es el bien más propenso a ser atacado y que en algunos casos dañar la libertad es un medio para afectar otros bienes jurídicos, dejando de ser autónoma y que en el supuesto en que no se logre lesionar otro bien jurídico, existe la posibilidad de sancionar la conducta lesiva de la libertad. Que la protección específica a la libertad sexual se fundamenta en el ejercicio de la actividad sexual, acción que está dotada de independencia, por lo tanto las conductas que se sancionan y que buscan proteger la libertad personal, no logran abarcar la libertad sexual en toda su dimensión, en consecuencia, ésta requiere una protección específica<sup>(3)</sup>.

El autor Manuel Angel González Jara señala que la libertad no es un interés cuya protección se comparta a nivel mundial, dado que en la cultura oriental priman otros valores como el honor, la gloria, el nacionalismo, el coraje en la guerra por sobre la libertad, a esto se agrega que es un concepto de difícil definición, por ello se puede analizar desde diferentes puntos de vista, así en el ámbito filosófico se ha entendido libertad como posibilidad de autodeterminación; como posibilidad de elección; como acto voluntario; como espontaneidad; como margen de indeterminación; como ausencia de interferencia; como liberación frente a algo; como liberación para algo; como realización de una necesidad. En consecuencia, en estos delitos el bien jurídico protegido es la libertad sexual manifestada en dos conceptos: la libertad soberana y la

---

<sup>(2)</sup> DIEZ, José. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Anuario de Derecho Penal* N° 1999-2000: 1-34, 1999.

<sup>(3)</sup> MUÑOZ Conde, Francisco. *Derecho Penal*. PE. 14 ed. Madrid, Tirant Lo Blanch, 2002.1066p.

libertad personal, que están definidos respectivamente por Patterson como “el poder para actuar como a uno le place sin considerar los deseos de los demás” y como “la capacidad de actuar como a uno le plazca en tanto uno pueda, así la libertad personal da a la persona, por una parte, la sensación de que nadie la está coercionando o restringiendo para hacer algo que desea y, por otra parte, la convicción de que puede hacer lo que le plazca dentro de los límites del deseo de otra persona por hacer lo mismo”<sup>(4)</sup> y que un grave atentado a esta libertad justifica el ius puniendi, en la medida que afecten intereses individuales y no colectivos. Añade que a través de la sanción de estas conductas se protege la libertad sexual no sólo en su faz negativa, sino también positiva, es decir, al amparar el derecho de toda persona a no ser involucrado en un contexto sexual sin su consentimiento, también se protege la capacidad de todo individuo a autodeterminarse en materia sexual.

Otro autor que entiende que la libertad sexual es expresión de la libertad personal, es Nicolás Oxman Vilches, quien señala que “la libertad es la base sobre la cual se estructura todo el derecho penal sexual”, indica además que es uno de los fundamentos de la Constitución, ordenamiento que obliga a restringir la libertad lo menos posible, sólo cuando sea necesario proteger intereses relevantes y trascendentes a nivel social y que afecten la libertad de terceros<sup>(5)</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia la autora Antonia Monge Fernández quien señala que la libertad sexual es una manifestación de la libertad personal y se concreta en la facultad de autorregularse en el ámbito sexual. Además, la libertad sexual tiene dos fases: fase positiva consistente en la libertad de toda persona para disponer de sus capacidades y potencialidades sexuales tanto en el ámbito individual como en el área social. La fase negativa se refiere a que una persona no puede verse involucrada en un acto sexual sin su consentimiento<sup>(6)</sup>.

---

<sup>(4)</sup> GONZALEZ Jara, Manuel. *Regulación Penal del Meretricio*. Santiago, Librotecnia, 2009. 212p.

<sup>(5)</sup> OXMAN Vilches, Nicolás. *Libertad Sexual y Estado de Derecho en Chile*. Santiago, Librotecnia, 2007. 266p.

<sup>(6)</sup> MONGE, Antonia. De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010. *Revista de Derecho y Ciencias Penales Universidad San Sebastián*. (15): 85-103, 2010.

Hay autores que estiman que una manifestación concreta de que en los delitos sexuales el bien jurídico amparado es la libertad sexual, la constituye la pena impuesta a la conducta sexual que se ejecuta entre dos personas con una diferencia importante entre la edad de la víctima y la edad del agresor y que a menor diferencia de edad, la pena a imponer también disminuye o es considerada como atenuante.

Sin embargo, el autor José Luis Diez Repollés, señala que los tipos penales basados en la diferencia de edad sólo sirve para remarcar que el bien jurídico protegido es la intangibilidad o indemnidad de los menores e incapaces<sup>(7)</sup>.

La tesis de que la libertad sexual es un bien jurídico integrante de la libertad personal recibe críticas por parte del autor Antonio Bascuñán Rodríguez, quien refiriéndose a la legislación nacional, manifiesta que a nivel constitucional chileno, no hay protección expresa a la libertad sexual, lo asegurado es la libertad personal que consiste en la posibilidad de ejecutar acciones, en cambio, el legislador penal en los delitos sexuales busca proteger la libertad para abstenerse en este ámbito<sup>(8)</sup>.

Por su parte, Luis Rodríguez Collao señala que no hay argumentos jurídicos para justificar la mayor rigurosidad de la sanción que se impone a un acto que atenta en contra de la libertad sexual por sobre los hechos que afectan la libertad personal, la mayor severidad sólo se puede fundamentar recurriendo a criterios morales y entendiendo a la libertad sexual como libertad ambulatoria, aplicable a aquellos casos en que la persona involucrada en el contexto sexual no tiene capacidad para discernir si participa o no de la actividad<sup>(9)</sup>.

---

<sup>(7)</sup> DIEZ, José. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual, *Anuario de Derecho Penal* N° 1999-2000: 1-34, 1999.

<sup>(8)</sup> BASCUÑÁN, Antonio. Problemas básicos de los delitos sexuales. *Revista de Derecho Universidad de Chile*. 8: 73-94, 1997.

<sup>(9)</sup> RODRIGUEZ Collao, Luis. *Delitos Sexuales*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. 305p.

## 1.2. Dignidad de la persona

Esta teoría plantea que en un atentado sexual al utilizarse a una persona para satisfacer deseos personales del agresor se considera al individuo como un simple objeto, de esta manera se niega a la víctima su dignidad como persona. La dignidad humana, en general, ha sido definida por la doctrina como lo específicamente humano y se ha entendido que la dignidad es inherente al ser humano y de ello se derivan los derechos fundamentales, debiendo el derecho penal proteger o considerar como bien jurídico las manifestaciones de la dignidad como la vida, la libertad, el honor, etc. Desde este punto de vista, la dignidad es el núcleo central del cual emanan los derechos fundamentales de la persona. Ningún interés o ley puede atentar contra la dignidad.

Una autora que señala que la dignidad humana puede ser protegida por el derecho penal es Mercedes Alonso Álamo, quien expresa que además de los derechos que derivan de la dignidad, existe lo específicamente humano, el cual también puede ser objeto de un atentado en forma independiente a otros derechos. En consecuencia, los atentados a los derechos fundamentales no necesariamente implican una afectación de la dignidad, así como también existen atentados contra derechos fundamentales que a la vez atacan la dignidad, debido a que la persona humana fue degradada o humillada. La autora se pregunta si al hablar del derecho a la integridad moral la doctrina se está refiriendo a esta dimensión de la dignidad humana entendida como lo específicamente humano. Definiéndose la integridad moral como “una manifestación de la dignidad, como expresión de la voluntad individual, como derecho que garantiza la prohibición de torturas o tratos degradantes”<sup>(10)</sup>, por tanto los delitos contra la integridad moral se refieren a acciones o conductas en que una persona es negada como tal, los delitos contra la integridad moral se refieren a atentados contra lo específicamente humano. Los delitos contra la integridad moral son independientes de la voluntad de la persona, de sus sentimientos, moral o religión. Otra característica de

---

<sup>(10)</sup> ALONSO, Mercedes. ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los derechos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual. *Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional*:171, 2006.

la integridad moral es que es irrenunciable, no depende de la voluntad del ser humano, por tanto para configurar un delito contra la integridad moral no se requiere que se haya doblegado la voluntad de la persona y además causar un trato humillante. No se puede confundir el derecho a la integridad moral como la protección de la moral o religión, sino que es independiente de estos, es la protección a la persona en sí misma.

Según el autor Francisco Maldonado Fuentes, existen tesis doctrinarias que plantean que tratándose de tipos penales que sancionan la ejecución de conductas sexuales con menores de edad y atendiendo a que el legislador no les reconoce la facultad para decidir ejecutar estos actos, careciendo estas personas de libertad para autodeterminarse en materia sexual, el interés en sancionar estas conductas está en proteger la dignidad humana del menor, en virtud de la cual, no puede ser tocado, lo cual ha sido denominado por algunos autores como intangibilidad sexual, valor que es intrínseco al menor por tratarse de un ser humano. Sin embargo este mismo autor, critica esta teoría señalando que desde este punto de vista toda característica del ser humano debería protegerse penalmente, sólo por el hecho de detentarse, aun cuando no se ejerza<sup>(11)</sup>.

El autor Antonio Bascuñan Rodríguez también formula críticas a esta teoría señalando que no se fundamenta por qué la dignidad humana es un principio que requiere de una sanción en caso que se atente contra él, además al asimilar a una persona con un objeto implica considerar que los delitos sexuales comparten su naturaleza con los delitos patrimoniales, donde existe un aprovechamiento material. Desde este punto de vista, para la consumación de un delito sexual se requerirá la producción de un resultado consistente en un aprovechamiento sexual, elemento que no es considerado dentro de los tipos penales contemplados por el legislador, debido a que la doctrina es unánime en considerar que los delitos sexuales no son de resultado<sup>(12)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> MALDONADO, Francisco. Delitos contra la libertad sexual. Tratamiento de la nueva regulación de delitos sexuales. *Universidad Católica de Temuco*: 240, 2003.

<sup>(12)</sup> BASCUÑAN, Antonio. Problemas básicos de los delitos sexuales. *Revista de Derecho Universidad de Chile*. 8: 73-94, 1997.

El autor Luis Rodríguez Collao también se opone a esta postura, expresando que todos los delitos que atentan contra intereses individuales y en algunos casos, aquellos que atentan contra intereses colectivos, implican un ataque a la dignidad humana, desde el momento en que niegan a las personas la posibilidad de ejercer los derechos de que está investido. Por tanto, hay un atentado a este valor tanto en los delitos sexuales como en delitos que afectan otros intereses y en ambos casos, las personas son perjudicadas en la misma medida<sup>(13)</sup>.

Otro autor que se opone a que la dignidad humana por sí misma sea protegida como bien jurídico en los delitos sexuales que afecten a menores de edad e incapaces es Jorge Buompadre, quien señala que la dignidad humana es inherente al ser humano, sean estos menores o mayores de edad y todo abuso sexual afecta la dignidad humana de la persona que es víctima de este ilícito. Agrega que la doctrina mayoritaria entiende que la dignidad humana no puede ser incorporada como bien jurídico, sino que las manifestaciones de ésta deben ser objeto de protección y son estas dimensiones las que se traducen en derechos fundamentales, siendo la dignidad humana el principio que regula a cada derecho fundamental, así en un delito sexual se atenta contra la dignidad humana, en su dimensión libertad, específicamente en la libertad sexual<sup>(14)</sup>.

### **1.3. Bienestar sexual**

Esta teoría plantea que la Constitución protege la libertad positiva, esto es, la facultad para realizar una actividad y que para garantizar el ejercicio adecuado de este tipo de libertad, el legislador tuvo que sancionar penalmente todas aquellas conductas destinadas a afectar la otra dimensión de la libertad, cual es la abstención de realizar una acción. Aplicando este razonamiento al ámbito de los delitos sexuales, la doctrina partidaria de esta teoría plantea que el bien jurídico protegido en estos tipos penales es la libertad sexual negativa, esto es, la libertad para abstenerse de realizar un acto sexual y la libertad sexual positiva sólo sirve para justificar el castigo al acto que impida

---

<sup>(13)</sup> RODRIGUEZ Collao, Luis. *Delitos Sexuales*. Santiago, Jurídica de Chile, 2000. 305p.

<sup>(14)</sup> BUOMPADRE, Jorge E. *Derecho Penal*. PE. Buenos Aires, Mave, Tomo I, 2003.

el ejercicio de la libertad sexual negativa. Esta teoría se denomina “bienestar sexual” porque toda persona debe tener la capacidad permanente para realizar el acto sexual y la sanción a las conductas que atenten contra el bienestar sexual se fundamenta en la eventual lesión que estos actos provocan en el desenvolvimiento de la sexualidad humana.

Lo que propone esta teoría, es que los delitos sexuales deben dejar de concebirse como atentados contra la libertad de decisión, para incorporarse dentro de los tipos penales de lesión que buscan amparar la salud de las personas, ya que los delitos sexuales atentan contra las condiciones físicas y psíquicas del ser humano. Esta teoría, además, incorpora dentro del ámbito jurídico, el concepto “trauma” y desde este punto de vista, el delito sexual más grave es la violación, en atención a que este tipo de hecho puede afectar de por vida la capacidad de una persona para desenvolverse en el ámbito sexual.

Las críticas que el autor Antonio Bascuñan Rodríguez plantea a esta teoría, consiste en que se incorpora los delitos sexuales dentro de las lesiones y como consecuencia se considera a este tipo de ilícitos como delitos de resultado, exigiendo que el hecho produzca daño en el desarrollo de la sexualidad de una persona, elemento que las legislaciones penales actuales no exigen para acreditar la existencia de este delito. Señala, además, el autor que esta teoría no logra explicar los motivos por los cuales se considera delito los actos sexuales que afectan a personas privadas de razón o sentido y a los impúberes<sup>(15)</sup>.

#### **1.4. Intimidad sexual**

Esta teoría plantea que poseen igual valor la libertad de realizar un acto sexual y la libertad de abstenerse de ejecutar éste, existiendo un interés en sancionar más intensamente a las personas que realicen actos que afecten la libertad de exclusión de la comunicación sexual. Este argumento permite justificar el castigo de aquellas

---

<sup>(15)</sup> BASCUÑAN, Antonio. Problemas básicos de los delitos sexuales. *Revista de Derecho Universidad de Chile*. 8: 73-94, 1997.

conductas que afectan a personas privadas de sentido, a los impúberes y aquellos actos efectuados en contra de una pareja o de una persona que ejerce la prostitución. Esta teoría cuestiona que se sancionen los delitos de ofensas al pudor y la pornografía, señalando que en este tipo de delitos se busca conciliar el derecho de exclusión de comunicación sexual versus la libertad de expresión del erotismo. Se señala que la intromisión de una persona en el ámbito de la sexualidad de la víctima lesiona la intimidad de ésta.

Por su parte, el autor Luis Rodríguez Collao manifiesta que el tema de la intimidad sexual se remite a la garantía contemplada en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, que dispone el “respeto y protección a la vida privada y pública y la honra de la persona y de su familia”. Que no hay consenso en cuanto al contenido del derecho a la intimidad, por cuanto se estiman como sinónimo de éste, el derecho a la vida privada y el derecho a la privacidad, sin embargo, el contenido de este derecho ha variado con el tiempo debido a la necesidad de establecer una barrera entre la esfera pública y privada de todo ser humano. Por tanto, el derecho a la intimidad, alude a dos realidades jurídicas, una es la facultad de mantener en reserva ciertos aspectos vinculados con la interioridad del individuo para que estos permanezcan ajenos al control estatal, esta esfera se denomina “derecho a la privacidad” y la otra es la inviolabilidad de un ámbito de actuación que toda persona aspira a mantener para sí, con exclusión de toda intervención del exterior, ámbito que se nombra como “derecho a la intimidad”<sup>(16)</sup> y que según parte de la doctrina es objeto de protección del derecho penal.

En el aspecto sexual, el derecho a la intimidad se manifiesta en que toda persona tiene la facultad de mantener en reserva esta área de la vida privada, sin intromisión de terceros, salvo que estén expresamente autorizados por el titular de este derecho, siendo afectado este ámbito cuando una persona pretende involucrar al titular en una situación de connotación sexual, sea como actor o como espectador.

---

<sup>(16)</sup> RODRIGUEZ Collao, Luis. *Delitos Sexuales*. Santiago, Jurídica de Chile, 2000. 305p.

Esta teoría de la intimidad sexual es criticada por el autor Luis Rodríguez Collao, indicando que en los delitos sexuales el legislador busca sancionar aquellos actos que atentan contra la intimidad, no sólo con el fin de proteger este derecho, sino también para tutelar que las personas no se vean involucradas en situaciones que perjudican su bienestar físico y psicológico. Además, porque esta teoría no logra justificar la diversidad de trato que se le da a comportamientos similares, tampoco explica por qué otros actos que afectan a la intimidad no son castigados. Expresa el autor que en los delitos sexuales el bien jurídico protegido trasciende a la intimidad sexual<sup>(17)</sup>.

A estas críticas, se agregan las formuladas por el autor Antonio Bascuñan Rodríguez, quien señala que la doctrina a favor de esta tesis manifiesta que la exclusión de la comunicación sexual requiere una protección mayor que otra forma de comunicación, sin embargo, no exponen las razones que sirven de fundamento a esta postura<sup>(18)</sup>.

Por su parte, José Luis Diez Repollés indica que establecer como interés protegido la intimidad sexual en forma independiente a la libertad sexual implicaría sancionar toda conducta que al no ser querida por la víctima se estime como lesiva. Además, se debe entrar a analizar si las conductas que se castigan se pueden subsumir en los delitos contra la intimidad que existen en la legislación o es necesario crear nuevas figuras para sancionar las conductas lesivas para la intimidad sexual<sup>(19)</sup>.

### **1.5. Integridad personal**

Este concepto tradicionalmente se ha vinculado al delito de lesiones, sin embargo en la doctrina actual se ha tratado de modificar el contenido de este interés, con el objeto de incluir ámbitos que trascienden el bienestar físico, como es aquellos que se vinculan con la dimensión espiritual y emocional de las personas. En este sentido, los

---

<sup>(17)</sup> Ibid, p. 305.

<sup>(18)</sup> BASCUÑAN, Antonio. Problemas básicos de los delitos sexuales. *Revista de Derecho Universidad de Chile*. 8: 73-94, 1997.

<sup>(19)</sup> DIEZ, José. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Anuario de Derecho Penal* N° 1999-2000: 1-34, 1999.

autores que plantean esta nueva noción de integridad personal, han propuesto incluir a los delitos sexuales como aquellas conductas que atentan contra este bien jurídico.

Sin embargo, a nivel doctrinario, no hay consenso en relación al contenido de la integridad personal y como éste se relaciona con el delito de lesiones, el cual según la postura dualista comprende la integridad física, referido a la disposición del cuerpo humano y la salud, concepto que abarca el bienestar físico y mental de las personas. En España, además, el Código Penal incluye el concepto de integridad moral, en relación al cual tampoco existe consenso acerca de su contenido, por lo que hay autores que entienden que la integridad moral se opone al aspecto físico. Otros señalan que la integridad moral se identifica con la inviolabilidad de la libertad, en el sentido que se lesiona este derecho cuando se niega a la persona la libertad para decidir acerca de la intervención de terceros. Otros expresan que la integridad moral forma parte de otro concepto más amplio que es la incolumidad personal entendido como integridad y bienestar físico de la persona tanto en su aspecto material como inmaterial. En este sentido, la integridad moral vendría a complementar el concepto de salud, especialmente en aquellos casos en que la acción no se manifiesta en una lesión externa. De manera que la integridad moral constituiría un estado de bienestar que comprendería los aspectos mentales, espirituales y emocionales, que son afectados cuando la persona es atacada por una actuación que altera alguno de esos aspectos, en especial cuando a consecuencia de esos hechos, la persona experimenta dolor o sufrimiento. Otros autores, señalan que la integridad moral se identifica con el honor.

Aunque existen diferentes interpretaciones doctrinarias acerca del contenido de la integridad personal, la importancia de analizar este interés es que se ha comenzado a manifestar la necesidad de incorporar dentro de la protección penal otros aspectos de la vida del ser humano relacionados con el normal desarrollo de la personalidad y el ejercicio de las facultades que ésta otorga a toda persona. Este es el planteamiento de autores argentinos, frente a la modificación legal al Código Penal de este país, al reemplazar la rúbrica del Título III, que originalmente se denominaba “Delitos contra la honestidad” por “Delitos contra la integridad sexual”, manifestando que esta

modificación es un reconocimiento a la mayor dañosidad que estos delitos ocasionan en el ámbito de la salud mental, trasladando la problemática del bien jurídico desde la libertad a la integridad y dignidad físico-sexual<sup>(20)</sup>.

A juicio del autor Luis Rodríguez Collao, la ventaja de considerar la integridad personal como interés jurídico protegido en los delitos sexuales es que permite valorar en forma separada cada acto que tenga connotación sexual, según la relevancia que tenga la lesión concreta de la integridad personal. También, permite justificar socialmente la mayor penalidad que tienen las conductas sexuales que afectan a menores de edad. Además, incluir los delitos sexuales como atentados a la integridad personal permite establecer parámetros de valoración de tales actos proporcionales a todas las otras conductas que atentan contra el mismo bien jurídico, como las lesiones. Para este autor, la desventaja de incluir a los delitos sexuales dentro de los atentados a la integridad personal, es la dificultad para dimensionar las consecuencias del ataque, debido a que estos actos tienen consecuencias a nivel emocional, las cuales se determinan a futuro en el caso de las víctimas menores de edad y en menor medida, cuando se trata de un adulto<sup>(21)</sup>.

Asimismo, a favor de la integridad sexual como bien jurídico protegido se manifiesta el autor René Molina Cantillana, quien señala que este concepto permite interpretar todos los tipos penales bajo una sola visión; también permite explicar la mayor sanción que se aplica a todas las conductas sexuales que afectan a menores de edad y que este bien jurídico está garantizado en la Constitución Política en el artículo 19 N° 1 al asegurar a todas las personas el derecho a la integridad física y psíquica<sup>(22)</sup>.

Por el contrario, hay quienes critican el concepto de integridad personal como bien jurídico protegido, debido a que la palabra integridad posee dos acepciones, una de ellas se asocia a virginidad y la segunda, se refiere a un aspecto físico, más relacionado con el delito de lesiones, que a las conductas referidas a la actividad

---

<sup>(20)</sup> DE LA FUENTE Jiménez, Claudia. *Delitos de Pornografía Infantil*. Santiago, Legal Publishing Chile, 2008. 246p.

<sup>(21)</sup> RODRIGUEZ Collao, Luis. *Delitos Sexuales*. Santiago, Jurídica de Chile, 2000. 305p.

<sup>(22)</sup> MOLINA Cantillana, René. *Delitos de Pornografía Infantil*. Santiago, Librotecnia, 2008. 246p.

sexual<sup>(23)</sup>. Incluso, señalan que la integridad sexual es sólo una manifestación de la libertad personal en el ámbito sexual y sólo tiene por objeto poner énfasis en la dignidad personal que poseen todas las personas, incluidas las más vulnerables. En virtud de lo anterior, la integridad sexual no puede constituir un bien jurídico protegido, debido a que todo ser humano posee dignidad y a que este concepto es de difícil delimitación<sup>(24)</sup>.

### **1.6. Indemnidad sexual**

Consiste en el interés del legislador de mantener a determinadas personas fuera de la realización de actividades sexuales, sea por la edad o por razones personales. En el caso de los menores, el fundamento está dado porque incluirlos en actos de naturaleza sexual puede afectar el desarrollo normal de su personalidad. En el caso de los incapaces, la razón para protegerlos atiende a las consecuencias negativas que puede tener este tipo de actos en el comportamiento de estas personas, debido a la dificultad que tienen para controlar impulsos y la posibilidad de que puedan ser utilizados como meros objetos para la satisfacción de terceros. En este sentido, el autor Francisco Muñoz Conde señala que la protección brindada por el legislador a los menores y a los incapaces no se puede explicar a la luz de la libertad sexual, debido a que estas personas carecen de la capacidad para autodeterminarse en esta materia. Además, socialmente se ha proscrito el ejercicio de la sexualidad con menores.

Este concepto ha tratado de desvincularse de concepciones éticas sobre sexualidad y para ello se ha profundizado en un aspecto negativo del mismo en el sentido de tener derecho a no sufrir interferencias que afecten el normal desarrollo de la personalidad.

El autor Alfonso Serrano Gómez señala que para comprender el término indemnidad se debe recurrir a la definición dada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua consistente en “propiedad, estado o situación del que está libre de

---

<sup>(23)</sup> EDWARDS, Carlos. *Delitos contra la integridad sexual*. Buenos Aires, Depalma, 1999. 109p.

<sup>(24)</sup> OXMAN Vilches, Nicolás. *Libertad Sexual y Estado de Derecho en Chile*. Santiago, Librotecnia, 2007. 266p.

padecer daño o perjuicio”, entendiendo de esta manera que en los delitos sexuales, el interés del legislador fue proteger a las personas del daño que puede causar un ataque sexual<sup>(25)</sup>.

Por su parte, el autor Francisco Maldonado Fuentes manifiesta que la indemnidad sexual es el derecho del menor de edad a adquirir de manera normal y natural la libertad sexual, sin ningún tipo de presión externa, que pudiera afectar el desarrollo de la personalidad. Agrega que la indemnidad sexual constituye una protección de la libertad sexual que se encuentra en proceso de formación, en virtud de lo anterior, los tipos penales que tratan las conductas sexuales referidas a los menores son figuras de peligro, dado que está en riesgo la adquisición de la libertad sexual en forma libre. La mayoría de las hipótesis de delitos sexuales que se refieren a menores de edad, son situaciones de afectación de la libertad sexual, que el legislador decidió extender a los menores, debido a que carecen de la facultad de autodeterminarse sexualmente. En razón de lo anterior, de acuerdo al autor, las únicas figuras donde el bien jurídico que se protege es sólo la indemnidad sexual, son el delito de exhibicionismo y el delito de provocación sexual, en la medida que afecte a un menor de edad, ya que si afectan a una persona que por su edad, legalmente puede consentir en un acto sexual, estas figuras no son aplicables, sino que estas conductas podrían encuadrarse en otros tipos penales, dependiendo de las circunstancias de comisión del ilícito<sup>(26)</sup>.

La autora Antonia Monge Fernández expresa que si la libertad sexual es autorregularse en el ámbito sexual, tratándose de menores e incapaces, no se puede hablar de que se protege la libertad sexual porque carecen de ella. En estos casos, se habla de “indemnidad” o “intangibilidad sexual”, conceptos que tienen su origen en la doctrina italiana, la indemnidad se refiere a evitar que los menores e incapaces estén expuestos a conductas que puedan afectar el desarrollo de su personalidad en forma negativa para que los menores cuando lleguen a la adultez puedan decidir libremente cómo ejercen su sexualidad. Tratándose de los incapaces, se busca evitar que sean

---

<sup>(25)</sup> SERRANO Gómez, Alfonso. *Derecho Penal. PE*. 11 ed. Madrid, Dykinson, 2006. 1071p.

<sup>(26)</sup> MALDONADO, Francisco. Delitos contra la libertad sexual. Tratamiento de la nueva regulación de delitos sexuales, *Universidad Católica de Temuco*, Chile. : 240, 2003.

utilizados en actos sexuales ajenos, abusando de su incapacidad. Por tanto, se puede entender que la indemnidad sexual tiene dos sentidos uno es “el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado” y el segundo se refiere a la “formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad de los menores”<sup>(27)</sup>.

Según, el autor Nicolás Oxman Vilches, la diferencia con la intangibilidad sexual es que la indemnidad se refiere a una situación transitoria, que puede existir o no al momento de la comisión del hecho abusivo y sus destinatarios son personas determinadas. Este bien jurídico además permite explicar la penalización de los delitos de exhibicionismo, pornografía, el ejercicio público de la sexualidad en razón de que los menores e incapaces por sus capacidades no alcanzan a comprender estos actos<sup>(28)</sup>.

Este concepto se critica por el autor José Luis Diez Repollés en el sentido de que la indemnidad sexual no sirve para justificar el bien jurídico protegido en aquellos casos en que la conducta sancionada no se relaciona con la libertad sexual, debido a que este concepto se refiere a los casos en que la persona afectada está en condiciones fácticas y jurídicas de ejercer libremente su sexualidad.

Se puede cuestionar además, porque la conveniencia de mantener alejados a los menores de edad o a los incapaces del ámbito de la sexualidad no se ha justificado seriamente, por ello hay autores que manifiestan que establecer como bien jurídico la indemnidad sexual es una forma que tiene el legislador de imponer una moral sexual colectiva y que en definitiva las consecuencias perniciosas en el desarrollo normal de la personalidad de un menor están dadas porque éste no pudo ejercer libremente la actividad sexual y no porque el acto de connotación afectara el normal desarrollo de la personalidad. Desde este punto de vista, la indemnidad sexual siempre va a estar

---

<sup>(27)</sup> MONGE, Antonia. De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010. *Revista de Derecho y Ciencias Penales Universidad San Sebastián*. (15): 85-103, 2010.

<sup>(28)</sup> OXMAN Vilches, Nicolás. *Libertad Sexual y Estado de Derecho en Chile*. Santiago, Librotecnia, 2007. 266p.

relacionado o va a tener como punto de referencia la libertad sexual. Tampoco se logra justificar las conductas, que en caso de ejecutarse, sean nocivas para el normal desarrollo de la personalidad de menores o la socialización de los incapaces, reciben una menor sanción que otros actos, como en el caso del delito de corrupción<sup>(29)</sup>.

### 1.7. Honestidad

La primera acepción de esta palabra es decencia, recato, pudor. Aplicado el concepto a la actividad sexual, se puede señalar que se refiere a la corrección y respeto que debe existir en esta materia. No obstante, la doctrina señala que es difícil precisar el contenido, debido a que este concepto comprende dos aspectos: el pudor personal y el pudor como sentimiento social y colectivo, que es independiente de cada persona. La honestidad entendida como pudor personal se protege en el delito de abuso sexual en que todo acto impúdico capaz de lesionar el pudor individual de una persona, cometido dolosamente configura un ilícito de abuso. En cambio, en aquellos casos en que el acto causa un sentimiento de repulsión que lesiona el pudor colectivo o excita el ánimo lúbrico, constituyen actos obscenos, que se sancionan porque afectan el pudor colectivo. Según la doctrina, este análisis debe realizarse conforme a las pautas que tiene cada sociedad relacionadas con la sexualidad, en un lugar y tiempo determinados, a los estilos de vida y ambientes existentes en la colectividad<sup>(30)</sup>.

El autor Antonio Bascuñán Valdés difiere del concepto dado anteriormente, distinguiendo que la honestidad solamente se refiere a la colectividad y consiste en las pautas que la sociedad entrega sobre sexualidad, esto es la llamada “moral sexual”. En cambio, el sentimiento individual que rige en materia sexual es el pudor, que es la rectitud que debe existir entre las personas en el ejercicio de la actividad sexual<sup>(31)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> DIEZ, José. El objeto de protección el nuevo derecho penal sexual. *Anuario de Derecho Penal* N° 1999-2000: 1-34, 1999.

<sup>(30)</sup> FONTAN Balestra, Carlos. *Derecho Penal. PE*. 15 ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998. 1051p.

<sup>(31)</sup> BASCUÑÁN Valdés, Antonio. *El delito de abusos deshonestos*. Santiago, Jurídica de Chile, Chile, 1961. 154p.

## 1.8. Intangibilidad sexual

Este concepto es el antecesor de la indemnidad sexual, fue creado por la doctrina italiana para fundamentar la existencia de bienes jurídicos diferentes en los tipos penales que contemplaba el Código Penal italiano en una misma disposición, el artículo 519 e indicaban que en un delito, el legislador protegía la libertad sexual de los adultos y en el otro ilícito se amparaba la intangibilidad sexual de los menores, bien jurídico cuyo fundamento es la ausencia de capacidad de los menores para entender y decidir en el ámbito de la sexualidad, considerando además que los menores se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad frente a terceros. Por estas razones, la doctrina manifestaba que a los menores se les debía proclamar como intocables frente a toda actividad sexual.

Este concepto como bien jurídico de los delitos sexuales es criticado por el autor Nicolás Oxman Vilches, quien señala que de acuerdo a la definición entregada por la Real Academia Española intangibilidad es “cualidad de intangible” e intangible “que no se debe o no puede tocarse”, agrega que si a esta definición se añade el término sexual, se crea un bien jurídico que en sentido negativo apunta a advertir a los adultos que los menores y los incapaces son intocables. Que los menores de 18 años y los incapaces no son los titulares de este bien jurídico. Manifiesta que la intangibilidad no es propia de los menores y de los incapaces, sino que todas las personas debieran ser declaradas intocables en el plano sexual como una forma de garantizar que en esta área se requiere de un consentimiento válido. Este bien jurídico tampoco explica qué sucede en aquellos casos en que los menores interactúan sexualmente con otras personas de su edad en actos de autodescubrimiento, tampoco sirve para justificar las razones de la ilicitud de aquellos actos que involucran a una persona mayor de 14 años, quien en principio puede prestar un consentimiento libre para participar en el ámbito sexual y en el caso de las personas incapaces, a quienes la doctrina también les reconoce libertad sexual, salvo en los casos de abuso<sup>(32)</sup>.

---

<sup>(32)</sup> OXMAN Vilches, Nicolás. *Libertad Sexual y Estado de Derecho en Chile*. Santiago, Librotecnia, 2007. 266p.

## **2. Bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual en Chile**

En Chile, previo a la reforma legal del año 1999, los delitos sexuales se incorporaban en el título denominado “Delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública”, en el cual además se incluían tipos penales relacionados con conductas de una naturaleza muy distinta a los delitos sexuales, lo cual generaba discusión en la doctrina acerca de cuál era el bien jurídico que buscaba proteger el legislador en este título. Así, el autor Alfredo Etcheberry, expresaba que los delitos de este título se dividían en aquellos que atentaban contra el orden de las familias y los que atentaban contra la moralidad pública, dentro de los cuales se insertaban los delitos sexuales que en su mayoría tenían por objeto proteger la libertad sexual, la excepción estaba dada por los tipos penales que buscaban sancionar la conducta sexual desviada o la publicidad en el ejercicio de la actividad sexual.

Por su parte, Mario Garrido Montt señala que los delitos tratados en el Título VII, conforme se estructuraban en el mismo, amparaban dos tipos de bienes jurídicos, uno de ellos es la familia, unidad básica de la sociedad, que el Estado está obligado a proteger por mandato constitucional establecido en el artículo 4 de la Constitución y el otro es la moralidad pública, concepto de difícil definición y en virtud del cual, se puede esgrimir que el Estado, a través de la sanción de estas conductas, impone a los individuos una determinada ética pública, incluso señala este autor que algunas de las figuras que contemplaba este título no respondían a este concepto, como el aborto, que es un delito contra la vida en formación; el abandono de niños y personas desvalidas, que es un delito de peligro de la vida o la integridad corporal de las personas. Otras figuras que se podían incluir contra la moralidad pública eran el rapto, la violación, el estupro, el incesto, la corrupción de menores y los ultrajes públicos a las buenas costumbres, sin embargo, realizando un análisis de estos tipos penales, estos no se pueden unificar dentro del concepto antes mencionado, ya que cada figura poseía una naturaleza diversa, siendo difícil que calzara con la moralidad pública o la honestidad, conceptos que en definitiva tienen un alcance normativo, muy distinto a su significado semántico, comprendiendo figuras que buscan amparar diversos bienes jurídicos, cuyo único elemento en común es su conexión con la esfera sexual. Así,

dentro del concepto amplio de honestidad se incluían diversas conductas relacionadas con diferentes intereses, como los delitos de violación, rapto, estupro, abusos deshonestos, ilícitos que atentan contra la libertad sexual; el incesto, contra el abuso sexual familiar; la sodomía, contra la moralidad pública; el delito de corrupción de menores y la promoción de la prostitución que atenta contra la explotación sexual y el delito de ultraje público a las buenas costumbres que afecta el pudor sexual. El autor critica que se incluyan estas conductas dentro del valor honestidad porque éste es un concepto cuya extensión va más allá de castigar a quienes buscan lesionar la libertad sexual. Por último, manifiesta que los tipos penales incluidos en este título en realidad son atentados contra la libertad sexual y su ejercicio<sup>(33)</sup>.

Refiriéndose concretamente al delito de abuso deshonesto, el autor Garrido Montt señalaba que en este tipo penal al exigir “abuso” para la configuración del ilícito requería que faltara la voluntad de la persona afectada, en consecuencia, el bien jurídico protegido era la libertad sexual o la incolumidad, en caso de que la víctima fuera un menor o estuviera privada de razón. La deshonestidad que exigía el legislador en la conducta se refería a la lascivia<sup>(34)</sup>.

El autor Jean Pierre Matus señala que en los delitos de violación, estupro, abusos sexuales y corrupción de menores el bien jurídico protegido es la libertad sexual entendida como la capacidad de la persona para autodeterminarse en el ámbito sexual, sin ser forzado o abusado por un tercero. Tratándose de los menores de edad, el valor protegido es la indemnidad sexual, esto es, el libre desarrollo de su sexualidad, concepto que se debe asociar a la seguridad y que en determinadas hipótesis contempladas por el legislador se prevé que la víctima tiene capacidad de actuación, sin embargo, el sujeto activo se aprovecha del desvalimiento o de la edad de la víctima para ejecutar la agresión sexual, por ello en estos casos la indemnidad sexual debe entenderse como seguridad de la libertad<sup>(35)</sup>. En esta misma línea argumentativa, se manifiesta el autor Hernán Silva Silva, quien señala que en los boletines de la Cámara

---

<sup>(33)</sup> GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal. PE*. Santiago, Jurídica de Chile, TOMO III. 1998.

<sup>(34)</sup> *Ibid*, TOMO III.

<sup>(35)</sup> MATUS Acuña, Jean. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. PE*. Talca, Universidad de Talca, 2001. 248p.

de Diputados relativos a la discusión de la Ley 19.617, queda de manifiesto que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, término que ya no está referido sólo a la mujer, sino que también se reconoce como titular al hombre y que posee dos perspectivas: positivo-dinámica entendida como la libertad de disposición del cuerpo humano para fines sexuales, la libre elección del acto sexual y la libertad para elegir al destinatario de la actividad y negativo-pasiva comprendida como la libertad para oponerse a la realización de un acto sexual con una persona o la oposición a tolerar esta conducta. Agrega, que tratándose de menores, personas privadas de sentido, con enajenación o trastorno mental, el bien jurídico que se protege en la indemnidad o intangibilidad sexual<sup>(36)</sup>.

Para Luis Rodríguez Collao en los delitos sexuales el derecho invade la intimidad del ser humano, además de ser un área estrechamente relacionada con la moral. Para determinar el bien jurídico que se protege en este tipo de ilícitos, este autor considera tres principios: el principio de exclusión de criterios ideológicos, el principio de lesividad y el principio de igualdad.

En relación al principio de exclusión de criterios ideológicos, el autor señala que la tendencia dentro de la dogmática penal es a depurar el derecho penal de todo criterio moralizador, castigando sólo aquellos actos que afectan gravemente un interés individual o colectivo y que ponen en peligro la vida social. Además, señala este autor que la necesidad de eliminar los criterios moralizantes de los ilícitos sexuales encuentra su fundamento en la Constitución, a través del principio de la dignidad humana, en virtud del cual el Estado no puede restringir derechos fundamentales a través de una pena, sólo con el objeto de moralizar al sujeto activo de un ilícito, ya que esa conducta escapa al ámbito de acción de un Estado que se defina como social y democrático de derecho. Así, el autor Rodríguez Collao manifiesta que por mandato

---

<sup>(36)</sup> SILVA, Hernán. Criminalidad Sexual y la Reforma al Código Penal y a otros Cuerpos Legales sobre Delitos Sexuales. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. : 146-147, 2000.

constitucional, en el derecho penal sexual no se puede recurrir a criterios morales para castigar una conducta, sólo se debe atender a criterios estrictamente jurídicos<sup>(37)</sup>.

Respecto al principio de lesividad, el autor señala que éste legitima la intervención punitiva estatal en la medida que se proteja un bien jurídico, criterio que es necesario mantener porque es un parámetro al cual recurre el legislador para tomar sus decisiones; porque sirve para determinar los intereses que serán protegidos por el derecho penal y que actualmente se refieren sólo a aquellos inherentes a la persona, es decir, se aplica el principio de la individualización de la ofensa que se refiere a que merecen protección jurídico penal sólo aquellos intereses cuyo ataque afecta directa o indirectamente a un individuo. Con esto no se quiere decir que no se protejan intereses colectivos o ciertos sentimientos internos del individuo, los cuales se tutelan en la medida que afecten el interés de un individuo o estos sentimientos revistan una importancia para la realización espiritual o material de la persona. El principio de lesividad deriva de la dignidad humana, implicando que todo ser humano tiene un núcleo de libre desarrollo de la personalidad y el Estado sólo está al servicio del ser humano, por lo tanto la intervención punitiva estatal sólo puede ser restringida a determinados intereses que requieran de esta protección y cuya preservación sirve para que el individuo se desarrolle espiritual y materialmente. En virtud del principio de lesividad, asociado al principio de la dignidad humana, el legislador al momento de decidir qué conducta será sancionada criminalmente y la pena a imponer, debe considerar dos aspectos: el desvalor de resultado y el desvalor de la acción. El primero determina el grado de afectación del bien jurídico y el segundo, la gravedad de la actuación del sujeto activo<sup>(38)</sup>.

En relación al principio de igualdad, el autor Rodríguez Collao señala que el Estado al sancionar conductas basadas sólo en criterios morales se está entrometiendo en la esfera íntima del individuo y en el ejercicio de su libertad, afectando con ello el principio de igualdad de trato. En consecuencia, la intervención estatal debe quedar limitada a

---

<sup>(37)</sup> RODRIGUEZ Collao, Luis. *Delitos Sexuales*. Santiago, Jurídica de Chile, 2000. 305p.

<sup>(38)</sup> *Ibid*, p. 305.

sancionar las conductas que atenten contra las decisiones que libremente adopta una persona y que afectan a las personas que no tienen capacidad de autodeterminarse<sup>(39)</sup>.

El autor Rodríguez Collao señala que estos tres principios son vinculantes en el ordenamiento jurídico nacional, en virtud de los artículos 5 y 6 de la Constitución Política, en el cual se dispone que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y que la soberanía del Estado tiene como límite el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Aunque señala que a nivel doctrinario se discute si el principio de lesividad tiene o no consagración constitucional, aunque este autor manifiesta que este principio tiene reconocimiento en la Carta Fundamental a través del principio de la dignidad humana, el cual cumple tres funciones, una de legitimación del ejercicio del poder político, otra hermenéutica y la tercera de complementación del ordenamiento jurídico. La función de legitimación consiste en que la dignidad del ser humano es un principio central del derecho público consagrado en la Constitución Política, en el Capítulo de Bases de la Institucionalidad, manifestando un mandato para los órganos del Estado, quienes se encuentran al servicio del ser humano para que éste logre su desarrollo espiritual y material. La función hermenéutica, se refiere a que la dignidad humana es el principio informador del ordenamiento jurídico, sirviendo como parámetro para interpretar situaciones que puedan surgir por la aplicación de las normas concretas, debiendo éstas resolverse en conformidad al principio de la dignidad humana y a la vez, sirve para rechazar toda interpretación en contra de este principio. La función de complemento de la dignidad humana consiste en que este principio permite resolver las situaciones que no estén expresamente solucionadas por la Constitución y las leyes.

En virtud de lo anterior, la dignidad humana es un principio que sirve para seleccionar los intereses que se consideran dignos de tutela y la forma en que el legislador penal va a proteger dichos intereses. De tal manera que sólo se pueden proteger aquellos intereses que sean inherentes a la persona o que sean necesarios para el desarrollo espiritual y material del ser humano y las conductas sancionables

---

<sup>(39)</sup> Ibid, p. 305.

serán aquellas que impliquen un desmedro de estos intereses y que sean externamente apreciables.

En resumen, las restricciones que el ordenamiento normativo impone para seleccionar los bienes jurídicos que serán protegidos en el derecho penal sexual consisten en la necesidad de proteger sólo intereses que tengan como titular a una persona, la obligación de respetar la autonomía de todo individuo para tomar decisiones en el ámbito sexual, en la prohibición de discriminar en el trato y la de sancionar sólo aquellas conductas que efectivamente lesionen o pongan en peligro los intereses individuales<sup>(40)</sup>.

El autor Rodríguez Collao señala que después de analizar las limitaciones constitucionales a la labor de selección y determinación del bien jurídico protegido en el derecho penal sexual, se debe examinar si el legislador protege a través de los ilícitos penales contemplados en el ordenamiento jurídico uno o varios intereses y cuál es la problemática que plantea considerar a la libertad sexual como el bien jurídico protegido en estas conductas.

Este autor señala que la opinión mayoritaria de la doctrina manifiesta que no es posible encontrar en los delitos sexuales un común denominador, sino que en las diversas conductas que el legislador sanciona se protegen distintos intereses como la libertad sexual, la libertad ambulatoria, la sanidad de las relaciones sexuales, la moral social, el pudor público, el derecho al normal desarrollo sexual, la indemnidad o intangibilidad sexual o la dignidad humana. Sin embargo, por aplicación de las normas de interpretación de la ley establecidas en los artículos 19 a 24 del Código Civil, en virtud de las cuales existe un orden de prelación entre los distintos criterios, primando la norma que dispone que el tenor de las disposiciones y la voluntad que fluye de sus términos por sobre la norma que establece que se debe interpretar la ley atendiendo a la historia fidedigna de su establecimiento. De tal manera que en virtud de un análisis integral de las normas que integran el ordenamiento jurídico penal sexual, el intérprete de ellas puede llegar a concluir que el bien jurídico protegido no es la libertad sexual de

---

<sup>(40)</sup> Ibid, p. 305.

las personas, sino que la capacidad de autodeterminación del individuo es un valor que integra el derecho penal sexual, más considerando que la ausencia de voluntad de la víctima fue elevada a elemento objetivo del tipo en el delito de violación y en el delito de abuso sexual, pero considerar que la capacidad de autodeterminación sirve para agravar la pena y además como fundamento para castigar la conducta atenta contra el principio non bis in idem. En base a este argumento, el autor señala que la libertad sexual no es el bien jurídico protegido en el derecho penal sexual y que al hacer una análisis integral de la regulación que existe en esta materia, se puede determinar que la Constitución no exige la protección de un solo interés y que la tutela de la libertad sexual es tan válido como la protección de la intimidad o integridad personal, concluyendo que la normativa constitucional sólo exige la protección de un interés personal, individual o colectivo y que no se ejerza la potestad punitiva para proteger intereses morales<sup>(41)</sup>.

Por lo tanto, si no hay un mandato constitucional en orden a establecer a la libertad sexual como el bien jurídico protegido en los delitos sexuales, determinar cuál es el interés a amparar dependerá de criterios políticos criminales y sistemáticos, los cuales indicarán la aptitud de un determinado valor para resguardar a las personas en el ejercicio de la actividad sexual y para explicar coherentemente la normativa aplicable a esta materia.

A esto agrega que en el ordenamiento jurídico penal chileno, existen conductas que si bien deben ser sancionadas, la imposición del castigo no se puede justificar a la luz de la libertad sexual, ya que la víctima no se encontraba en condiciones de autodeterminarse. En el mismo sentido, la libertad sexual tampoco sirve para explicar la mayor gravedad de la pena asignada a dichas conductas.

El autor señala que para establecer el bien jurídico protegido en las figuras penales aplicables en materia sexual se deben distinguir dos grupos: uno que se orienta a la protección de intereses individuales como los delitos de violación, estupro y abuso sexual y otro es el grupo que busca asegurar intereses sociales, como el delito de

---

<sup>(41)</sup> Ibid, p. 305.

incesto, el delito de sodomía, las figuras de prostitución y los ultrajes públicos a las buenas costumbres.

En el grupo de los delitos que buscan proteger los intereses individuales, los criterios comunes son que se involucre a una persona en un contexto sexual y que este acto produzca un detrimento físico, psíquico o emocional en la persona afectada, daño que la ley no exige probar. La doctrina penal señala que esta idea se denomina “derecho a la indemnidad sexual”. Otros autores la llaman intangibilidad sexual, pero el autor Rodríguez Collao señala que si bien a través de estas expresiones se quiere decir ninguna persona puede ser tocado con fines sexuales, no explican el daño que produce este acto en la persona perjudicada, elemento que el autor considera determinante para el desvalor que la ley le atribuye a estas conductas<sup>(42)</sup>.

El concepto de indemnidad sexual lleva intrínseca la noción de detrimento que puede ocasionar el atentado sexual. Este daño se puede producir a nivel físico por el dolor, las molestias o el menoscabo en la salud que debe sufrir la víctima; psíquico por las alteraciones que puede sufrir la persona perjudicada en su personalidad y emocional, por los sentimientos que pueden afectarle. Como es conocido que las personas no reaccionan de la misma manera frente a un atentado de este tipo, la ley no contempla que efectivamente se produzca un detrimento en la víctima, basta con que el acto sea potencialmente perjudicial, de esta manera el delito se configura, no obstante, la víctima no experimente ninguna reacción adversa frente al atentado sexual o incluso en aquellos casos en que el sujeto pasivo no logra percibir la comisión del ilícito, como en la situación en que la persona se encuentra privada de razón<sup>(43)</sup>.

Si bien la noción de indemnidad sexual no está expresamente contemplado en la Constitución, el autor Rodríguez Collao señala que se puede considerar inserto dentro de esta normativa, ya que este concepto alude al estado de bienestar con que cada persona ejerce la actividad sexual, atendiendo a su edad, sexo, desarrollo físico y

---

<sup>(42)</sup> Ibid, p. 305.

<sup>(43)</sup> Ibid, p. 305.

psíquico, entre otros aspectos, por lo tanto, al garantizarse en la Constitución el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica a todas las personas, se incluye dentro de estos conceptos, el derecho a la indemnidad sexual, valor que es disponible para su titular, como consecuencia del principio de la autonomía del individuo, por ende el consentimiento de la víctima a la ejecución de la conducta sexual prima por sobre el interés del Estado a brindar protección al sujeto pasivo del delito, aun cuando el acto produzca efectivamente detrimento físico, psíquico y emocional a la víctima.

Para este autor, el concepto de la indemnidad sexual justifica la punibilidad en base a la lesividad del acto y no en consideración a la mayor o menor intensidad en la afectación a la capacidad de autodeterminación del individuo que produjo el atentado. No obstante, la variación que en el tiempo pueda tener el contenido del concepto bien jurídico, la indemnidad sexual puede ambientarse a la modificación de los parámetros sociales en materia sexual, ya que los criterios que se utilizan en la indemnidad sexual son graduables porque atienden a criterios empíricos basados en las ciencias humanas. Así, la indemnidad sexual permite explicar la razón por la cual el legislador mantiene como delito, la conducta contemplada en el artículo 365 del Código Penal, justificación que se basa en la potencial corrupción que sufrirá el menor víctima de este acto, aun cuando haya consentido en la comisión del mismo. En el caso de las figuras de prostitución, lo que se busca es proteger la indemnidad sexual. Con este argumento también se puede dar operatividad a los tipos penales contemplados en los artículos 373 y 374 del Código Penal, en la medida que se consideren como un atentado a una persona en concreto, a quien el acto afecte, sin atender a parámetros morales como el pudor colectivo o las buenas costumbres.

Además, el concepto de indemnidad sexual morigerar los excesos a los cuales ha conducido la excesiva relevancia que se le ha dado a la libertad sexual, como en el caso del delito de violación, en el cual para demostrar la ausencia de libertad de la víctima, se ha exigido probar la resistencia que ésta ha efectuado a la ejecución de la conducta ilícita.

En resumen, para el autor Rodríguez Collao, la indemnidad sexual permite estructurar los ilícitos sexuales en torno a un solo interés, sin tener que recurrir a otros valores, permite diferenciar cuantitativamente el desvalor de la conducta que afecta a un menor de aquella que perjudica a un adulto. También, al momento de determinar la pena, permite aplicarla con mayor proporcionalidad y considerar el desvalor de los actos destinados a doblegar la voluntad de la víctima, sin atentar contra el principio non bis in idem<sup>(44)</sup>.

Para el autor Cristian Aguilar Aranela, los delitos sexuales contemplados en el Código Penal chileno, en el título VII del Libro I, protegen distintos bienes jurídicos que son la libertad e indemnidad sexual, dignidad humana, salud, vida, moral sexual colectiva y pudor público. Este autor entiende que la libertad sexual se aplica a una persona individualmente considerada, quien goza de la posibilidad de ejercer la sexualidad sin que se utilice fuerza, engaño o abuso por parte de un tercero y la indemnidad sexual es el derecho de las personas menores de edad o incapaces o aquellas que por sus circunstancias personales no tienen la posibilidad de prestar su consentimiento, a desarrollar sus aptitudes físicas, psíquicas o emocionales y a no ser involucrados en la realización de hechos de connotación sexual que les cause perturbación o daño. En los demás ilícitos sexuales, el autor señala que el bien jurídico protegido puede ser la moral sexual colectiva como en el caso del delito de sodomía, el orden moral sexual familiar, en el incesto y la decencia pública en los ultrajes públicos a las buenas costumbres y ofensas al pudor<sup>(45)</sup>.

Tratándose del delito de abuso sexual, este autor señala que el bien jurídico protegido en este ilícito depende de las circunstancias en que éste es cometido, de tal manera que si la forma comisiva de este delito es la fuerza o la intimidación o si la persona afectada es mayor de 14 años y menor de 18 y concurre algunas de las circunstancias del delito de estupro, el legislador entonces ampara la libertad sexual. Pero si el medio de comisión del delito de abuso sexual es aprovecharse de la

---

<sup>(44)</sup> RODRIGUEZ Collao, Luis. *Delitos Sexuales*. Santiago, Jurídica de Chile, 2000. 305p.

<sup>(45)</sup> AGUILAR Aranela, Cristian. *Manual de Delitos Sexuales, Legislación Chilena, Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago, Metropolitana, 2006. 198p.

incapacidad de la víctima para oponer resistencia o ésta se encuentra privada de sentido o sufre de un trastorno o enajenación mental o es menor de 14 años de edad, entonces el interés tutelado es la indemnidad sexual<sup>(46)</sup>.

El autor Juan Carlos Tobar Sala plantea que el legislador penal busca proteger la libertad sexual, concepto que se puede definir desde dos aspectos: activo como libertad de una persona para disponer de su potencial sexual tanto en su vida privada como frente a terceros y el defensivo como el derecho de una persona a no ser involucrado sin su consentimiento por un tercero en un acto de connotación sexual. Agrega que tratándose de los menores de edad, el bien jurídico protegido en estos tipos penales es la indemnidad sexual, noción que este autor conceptualiza como el derecho que tiene una persona menor de edad a desarrollar su sexualidad, en forma normal y natural, sin intervención de terceros que realicen actos destinados a pervertir, corromper o impedir dicho desarrollo<sup>(47)</sup>.

Para el autor Francisco Maldonado Fuentes, en la época en que se dictó el Código Penal de 1874, debido a la estrecha relación que existía entre el Estado y la Iglesia, el legislador asumió la función de controlar la moral de la sociedad a través de la sanción de conductas relacionadas con el ejercicio de la sexualidad, penalizándolos como atentados contra la honestidad, entendida como el uso correcto de la actividad sexual, ésta última manifestada como penetración de un hombre hacia una mujer, por vía vaginal, con la finalidad de procrear, relación que sólo podía realizarse en el contexto de un matrimonio. Toda otra conducta realizada fuera de estos parámetros constituía un ejercicio inadecuado de la actividad sexual, que se debía sancionar penalmente. En este marco legal, el acto que configuraba el atentado de mayor gravedad era la violación de una mujer, por el posible resultado que este hecho podría producir en relación a generar un embarazo. Este acto constituía una manifestación del ejercicio incorrecto de la sexualidad, y al efectuarse fuera del vínculo matrimonial afectaba la honestidad de la mujer. Para el legislador de la época, este es el único acto que

---

<sup>(46)</sup> Ibid, p. 198.

<sup>(47)</sup> TOBAR Salas, Juan. *Violencia Sexual: Análisis de la Nueva Ley*. Santiago, Pehuen Editores Ltda., 1999. 94p.

públicamente atentaba contra el pudor sexual. Todas las demás conductas se subsumen dentro de la figura de abusos deshonestos. Con posterioridad, frente a conductas de penetración anal de un hombre, especialmente, cuando se trataba de menores de edad, se comenzó a discutir castigar esta conducta con igual severidad que la violación de una mujer, introduciendo como delito la sodomía, figura que rompió con la regulación sistemática que existía en el Código Penal, dejando con menor pena el acto de penetración anal a una mujer, el cual siguió sancionándose como abuso deshonesto. En el año 1979, se incorporó una nueva modificación legal elevando la pena para aquellos casos de violación de menores de 12 años, tratándose de una mujer y menores de 14, en el caso de un hombre. Además, se introdujo la figura de violación con resultado de muerte. Esta regulación existió hasta la dictación de la Ley 19.617, en que de acuerdo a la historia fidedigna de esta norma, el énfasis ya no estaba en la conducta en sí, la cual no era aprobada ni rechazada por el legislador, sino en la libertad para ejecutar dicha conducta, así la finalidad del proyecto que se presentó a discusión parlamentaria era legislar sobre todos los delitos que atentaban contra la libertad, esta regulación incluía los tipos penales de las amenazas, el secuestro, la sustracción de menores y los delitos sexuales. En el caso de estos últimos ilícitos, para determinar las conductas reprochables penalmente se partía de la base que en estos actos se requería la intervención de al menos dos individuos, quienes debían consentir en el acto y en la ejecución del mismo. En consecuencia, no existiendo voluntad en uno de los partícipes, la conducta se debía sancionar penalmente, de esta manera quedó de manifiesto que a través de los delitos relacionados con el ejercicio de la sexualidad, el legislador protegía la libertad de las personas. Durante la tramitación constitucional de este proyecto de ley, debido a que la intención del legislador era regular los tipos penales referidos a la libertad ambulatoria y en razón de que esto podía afectar la tramitación de las causas judiciales pendientes relacionadas con el régimen militar, al momento de promulgarse la Ley 19.617, su contenido se acotó a penalizar todos aquellos actos relacionados con el ejercicio individual de la sexualidad, tratándolos como ataques contra la libertad sexual y la magnitud de la sanción dependía de la gravedad de la afectación de la libertad, es decir, de los factores que rodearon la conducta. En base a este punto de vista, para este autor, los diferentes tipos penales que existen en materia sexual se pueden

agrupar en tres clases: a) aquellos casos en que no existe voluntad del afectado; b) casos en que la víctima manifiesta una voluntad contraria a la ejecución del acto y c) casos en que el consentimiento no es prestado libremente.

A este análisis se agrega, que la sanción también depende del acto sexual en sí, teniendo un mayor reproche aquellas conductas que implican una mayor manifestación de la actividad sexual, como lo es la penetración. Detrás de estos actos, se penaliza aquellos en los cuales hay contacto corporal entre víctima y hechor, menor sanción reciben aquellos actos que también representan actividad sexual, pero sin contacto físico.

Al relacionar ambas categorías de ilícitos, la mayor sanción se impone al acto en que no hay consentimiento del afectado o éste ha manifestado una voluntad contraria y existe penetración, esto en razón de la gravedad de la afectación a la libertad de la víctima y la menor pena es para aquel acto en que no existe contacto corporal, debido a que esta situación representa un menor ejercicio de sexualidad y por ende, representa una menor dañosidad a la libertad de la persona afectada<sup>(48)</sup>.

En el caso concreto del delito de abuso sexual simple, el autor Francisco Maldonado Fuentes señala que los bienes jurídicos protegidos son la libertad sexual y complementariamente, es la indemnidad sexual, que de acuerdo a la redacción de los tipos penales en esta materia, queda de manifiesto que el legislador sanciona la falta o ausencia de voluntad de la víctima en la ejecución del acto, no valora el acto en sí mismo, no se sanciona el abuso de la actividad sexual o del individuo afectado<sup>(49)</sup>.

Según el autor Antonio Bascuñán Valdés en el delito de abuso sexual, el bien jurídico protegido es la libertad sexual, ya que si bien el acto afecta el pudor individual de una persona, no se puede entender que la libertad se requiera para un acto de penetración y no se exija consentimiento para los demás actos que también se pueden

---

<sup>(48)</sup> MALDONADO, Francisco. Delitos contra la libertad sexual. Tratamiento de la nueva regulación de delitos sexuales. *Universidad Católica de Temuco*, Chile. :231-239, 2003.

<sup>(49)</sup> *Ibid*, p. 255-256.

ejecutar en materia sexual. Además, por el propio tratamiento que le da el legislador al requerir “abuso”, en el sentido de que si existe voluntad de parte del afectado, no se configurará una conducta abusiva. Agrega que si bien en este delito, prevalece como bien jurídico protegido la libertad sexual, es posible que en una misma figura se amparen otros bienes jurídicos que sean complementarios a la libre disposición, como en el caso de los menores de determinada edad, en que el legislador presume un consentimiento ineficaz, debido a la incapacidad del menor para entender los actos sexuales y sus consecuencias y por lo tanto, lo que pretende el legislador es proteger la integridad física y moral del menor<sup>(50)</sup>.

Para el autor Manuel Angel González, el delito de abuso sexual simple es un ilícito que no requiere cópula, donde el núcleo central de la conducta es un acto de significación sexual, con contacto corporal entre víctima y hechor y ausencia de consentimiento del afectado<sup>(51)</sup>, en que el bien jurídico que se protege en este tipo penal es la libertad sexual<sup>(52)</sup>.

---

<sup>(50)</sup> BASCUÑAN Valdés, Antonio. *El delito de abusos deshonestos*. Santiago, Jurídica de Chile, 1961. 154p.

<sup>(51)</sup> GONZALEZ Jara, Manuel. *Regulación Penal del Meretricio*. Santiago, Librotecnia, 2009. 212p.

<sup>(52)</sup> GONZALEZ Jara, Manuel. *El delito de promoción o facilitación, de corrupción o prostitución de menores. Análisis dogmático y crítico del artículo 367 del Código Penal*. Santiago, Jurídica de Chile, 1986. 193p.

### **3. Bien jurídico del delito de abuso sexual en la jurisprudencia nacional**

A continuación, se exponen diferentes fallos que han sido dictados a nivel nacional y que se pronuncian sobre hechos que han sido calificados por el Ministerio Público como constitutivos de abuso sexual y que han afectado a menores de edad o personas privadas de sentido, siendo el más emblemático, el caso que se refiere a una persona en estado de coma, el cual fue conocido tanto en primera instancia como por los Tribunales Superiores de Justicia, debido a los diferentes recursos que fueron interpuestos por el Ministerio Público, el querellante y la defensa, incluso los diferentes fallos que se dictaron en la causa fueron objeto de análisis por el profesor Juan Pablo Cox.

#### **3.1. Sentencia definitiva absolutoria y condenatoria Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Ovalle**

En el presente fallo se pronuncia una decisión absolutoria y otra condenatoria respecto del mismo acusado y en relación a diferentes hechos que afectaron a dos víctimas. En ambos casos, la conducta ejecutada por el acusado era besar en la boca a las menores de edad, los fundamentos del tribunal para arribar a diferentes decisiones radica en uno de los requisitos del tipo penal, el cual es la relevancia del acto de connotación sexual.

En los hechos que afectaron a la primera víctima, a juicio de los sentenciadores, falta este elemento desde el momento en que el beso dado en la boca por el acusado y por la circunstancias en que se ejecutó esta conducta, no permitió al tribunal concluir que se trate de un hecho de gravedad, esto por la brevedad de la acción, que no hubo afectación emocional de la víctima según fuera informado por la perito en el juicio oral y tampoco se pudo concluir que se tratara de una manifestación inequívoca del instinto sexual. En cambio, respecto a la segunda víctima, el tribunal señala que las conductas realizadas por el agresor consistente en besar en la boca a la menor afectan la indemnidad sexual, desde el momento en que la conducta no sólo posee significación sexual, sino también relevancia, aspecto que se demuestra con el diálogo previo

existente entre agresor y víctima, en relación a si la menor sabe besar o no y que este acto produjo consecuencias emocionales para la menor. Agregando que la tocación del cuerpo efectuada por debajo de las vestimentas de ésta, vulnera la indemnidad sexual y la autodeterminación sexual, las cuales están disminuidas en menores de 12 años, aún más considerando que la afectada vive en una localidad rural y es el agresor quien involucró a la víctima en un contexto sexual<sup>(53)</sup>.

### **3.2. Sentencia definitiva absolutoria Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Ovalle**

En la presente causa, se investigó un delito de abuso sexual de una persona de 16 años de edad y en la cual se sindicó como autor de los hechos al cuñado de la víctima. Estos hechos fueron sometidos a conocimiento del tribunal, el cual dictó sentencia absolutoria fundamentando su decisión en que la afectada en su declaración no relató hechos constitutivos de fuerza, tampoco detalló de qué manera el acusado vencía su resistencia y que en relación a las amenazas no se acreditó en juicio que éstas fueran verosímiles y serias, circunstancias que se requieren para que demostrar que en el caso concreto el agresor transgredió la libertad sexual de la afectada<sup>(54)</sup>.

### **3.3. Sentencia definitiva absolutoria Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Ovalle**

En la presente causa, el tribunal estimó que durante el juicio se acreditó la existencia de una conducta de carácter sexual, dado que ubicarse en un vehículo, en un lugar apartado y tomar el rostro de la víctima para intentar besarla, siendo ésta mayor de edad y compañera de universidad del agresor, corresponde a un comportamiento encuadrado dentro de las “interacciones amorosas cotidianas”. No obstante lo anterior, a juicio de los sentenciadores y por aplicación de los principios de lesividad y subsidiariedad del derecho penal, estas conductas para estar amparadas

---

<sup>(53)</sup> *Ministerio Público con Gerardo Mora* (2008): Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Ovalle 14 agosto 2008.

<sup>(54)</sup> *Ministerio Público con Marcelo Guzmán* (2009): Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Ovalle 07 marzo 2009.

por el ordenamiento jurídico deben ser relevantes, elemento que en este caso no se logró demostrar, debido a que según la declaración de la propia víctima, ésta no vio afectada su indemnidad sexual, entendiendo ésta como el derecho a no verse involucrada en un contexto sexual, que además debe causar un daño físico o emocional en la víctima. La falta de dañosidad quedó demostrada con el hecho que la víctima manifestara que en principio no deseaba denunciar estos hechos y que la razón por la cual finalmente deleva estos atendió al comportamiento futuro del victimario, dada su calidad de profesor<sup>(55)</sup>.

### **3.4. Sentencia definitiva condenatoria Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de La Serena**

En esta causa el tribunal arribó a una decisión condenatoria basado en que la conducta del agresor consistente en tocar los genitales de la victima, mientras estaba inconsciente, privado de sentido y siendo incapaz de oponer resistencia, es una conducta, en la cual concurren los elementos del concepto de abuso sexual definido por el legislador, esto es, contacto corporal, acto de connotación sexual y relevante, comportamiento que transgrede la indemnidad sexual de la víctima<sup>(56)</sup>.

Esta decisión fue recurrida de nulidad ante la I. Corte de Apelaciones de La Serena, por la defensa del condenado, dado que a su juicio, el tribunal a quo efectuó una errónea aplicación del derecho al considerar que la conducta del ofensor es de significación sexual y en consecuencia, constitutiva de abuso sexual, en los términos del artículo 366 del Código Penal, en relación al artículo 361 N° 1 y N° 2.

Luego de analizar la modificación introducida por la Ley 19.617, a la figura del abuso sexual, el recurso interpuesto fue acogido por la I. Corte de Apelaciones de La Serena, fundado en que el legislador al definir la conducta sexual punible pretendió dar un carácter más objetivo a este comportamiento al exigir la concurrencia de dos

---

<sup>(55)</sup> *Ministerio Público con Reinaldo Lobos* (2006): Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Ovalle 30 agosto 2006.

<sup>(56)</sup> *Ingrid Bascur con René Peña* (2004): Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de La Serena 6 marzo 2004.

elementos: la significación sexual del acto y la relevancia, lo cual implica que la conducta reprochable penalmente debe consistir en involucrar a una persona en un contexto sexual, no querido por ésta y que esta conducta tenga la capacidad de afectar el pudor del ofendido. Desde este punto de vista, considerando que la víctima se encontraba inconsciente, producto de un coma profundo, sin respuesta neurológica, las tocamientos efectuados por el agresor, no se encuadran dentro de la figura de abuso sexual, la cual al ser de menor gravedad, la hipótesis del encontrarse la víctima privada de sentido o incapaz de oponer resistencia, se debe interpretar armónicamente con los demás elementos del tipo penal, en especial con la capacidad de la víctima de conocer y percibir su involucramiento en una situación sexual no querida y que afecte su pudor, la relevancia exige que el agresor a través de su conducta logre activar la sexualidad del ofendido y que éste a su vez logre captar que está interviniendo en el mismo en contra de su voluntad. Criterio que no es aplicable en los delitos de violación o estupro en que la protección de la libertad sexual de personas inconscientes o en estado de coma se mantiene inalterable, al igual que la protección del honor de toda persona viva, agregando el tribunal, que todo aquel acto que no sea susceptible de constituir un atentado sexual puede encuadrarse dentro de otras figuras penales, situación que en la especie, el tribunal no puede recalificar porque esos ilícitos no han sido objeto de la acusación fiscal<sup>(57)</sup>.

Frente a este escenario, en que el recurso de nulidad deducido por la defensa fue acogido por la I. Corte de Apelaciones de La Serena y se anuló la sentencia dictada por el Tribunal Oral en Lo Penal de La Serena, dictando en su reemplazo otra decisión que en definitiva declaró que los hechos no eran constitutivos de delito, absolviendo al acusado del delito de abuso sexual propio cometido en perjuicio de la víctima, la Fiscalía Regional de Coquimbo y el querellante en esta causa interpusieron un recurso de queja en contra de los ministros de la segunda sala de la I. Corte de Apelaciones de La Serena por faltas o abusos graves cometidos al acoger el recurso de nulidad antes señalado. En el fallo que recae sobre los recursos de queja interpuestos se expone que la I. Corte de Apelaciones de La Serena señala que la sentencia del Tribunal Oral en Lo Penal de esta misma ciudad incurrió en una errónea aplicación del derecho, dado

---

<sup>(57)</sup> *Ingrid Bascur con René Peña* (2004): I. Corte de Apelaciones de La Serena 30 abril 2004.

que los hechos establecidos en la sentencia no configuran un delito de abuso sexual por cuanto la víctima se hallaba inconsciente, lo cual impide considerar al acto de la significación sexual que exige la ley, en razón de que el legislador pretendió que la conducta de este delito tuviera un carácter más objetivo, prescindiendo de elementos subjetivos especiales (el ánimo libidinoso) y porque el tipo penal exige dos características normativas objetivas: la significación sexual y la relevancia. La significación sexual consiste en involucrar a la víctima en un contexto sexual, donde se afecte a su pudor, sin que se respete la libertad sexual de la víctima. Entonces, al comparar los hechos establecidos en la sentencia con el elemento típico se consideraron dos circunstancias, primero que la víctima estaba en estado de inconciencia y segundo que las acciones se ejecutaron al momento de administrar un sacramento denominado “unción de los enfermos”, todo esto según la condición de sacerdote del imputado. Analizados estos hechos establecidos en la sentencia y las circunstancias que fueron probadas en el juicio, se concluye que los hechos tanto objetivamente como subjetivamente no tienen la significación sexual ni la relevancia exigida por la ley para encuadrar dentro del tipo penal. El fallo continua señalando que la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de La Serena indica que la forma comisiva del delito consistente en la privación de sentido o incapacidad para oponer resistencia debe analizarse armónicamente con los demás elementos del tipo penal, debiendo ser compatible con la significación sexual y la relevancia del acto con la capacidad cognoscitiva del afectado, la cual debe tener la característica de ser mínima como para ser involucrado en un contexto sexual no querido y afectar el pudor del sujeto pasivo. La I. Corte de Apelaciones de La Serena señala que los jueces del Tribunal Oral en Lo Penal de La Serena insisten en considerar el abuso sexual en base a la doctrina de un autor nacional, el cual indica que para que exista abuso sexual la acción del autor debe activar la sexualidad de la víctima y generar un ambiente sexual, donde es preponderante la realidad inmediata de la víctima, aunque ésta no lo perciba y en el cual participa en contra de su voluntad.

La Excelentísima Corte Suprema decide acoger los recursos de queja interpuestos, fundado en que la reforma introducida por la Ley 19.617 pretendió mejorar el tipo penal del antiguo delito de abusos deshonestos al precisar en forma más objetiva los

elementos del tipo y los medios de comisión, buscando que coincidiera la figura base del artículo 366 del Código Penal con el artículo 366 ter del mismo cuerpo legal, reemplazando los elementos subjetivos por elementos normativos como la significación sexual y relevancia. Señalan que en el debate legislativo sobre este tema se indicó que la expresión abusos deshonestos es equívoca porque pueden referirse a actos no necesariamente sexuales y que el núcleo de este delito son todos aquellos actos sexuales libidinosos, excepto el acceso carnal. Se precisó el alcance de acción sexual y la definición de la palabra sexual exige por regla general contacto corporal entre agresor y víctima, pero no exige contacto de piel, por tanto un tocamiento sobre ropa puede configurar el delito y si existe contacto corporal no se exige ánimo lascivo, sino que basta con que concurra la significación sexual y ésta se determina por las pautas sociales sobre la sexualidad. En forma excepcional, cuando existen conductas donde no hay contacto corporal, se entiende que existe un acto sexual cuando afectan la zona genital de la víctima y son realizadas con ánimo libidinoso.

Se consideró útil que se definiera acción sexual porque se estableció que en materia sexual no existe un solo tipo, existen dos figuras distintas, una más grave que se comete con circunstancias de violación y otra menos grave que se comete con circunstancias de estupro.

En base a lo anterior, la Excelentísima Corte Suprema señala que para configurar el artículo 366 del Código Penal se requiere de ciertos elementos en los términos del artículo 366 ter, estos elementos son: acción de índole sexual, relevante, que exista contacto corporal vinculado con la significación sexual y a falta de contacto el acto debe relacionarse con las partes del cuerpo de la víctima que indica el legislador. Estas dos normas buscan sancionar todo acto que sea suficiente para ofender a otra persona en su libre sexualidad, sin que el legislador exija que esta ofensa afecte los sentimientos relacionados con la sexualidad de la víctima, ya que estos son irrelevantes cuando se trata de menores de 14 años o cuando la víctima está privada de sentido.

Que de acuerdo a los hechos establecidos en la sentencia, la conducta realizada por el imputado configura una acción sexual distinta del acceso carnal, estas acciones se realizaron en forma reiterada, existe contacto corporal con la víctima, configurando el delito del artículo 366 del Código Penal y cumpliéndose todos los elementos del artículo 366 ter del Código Penal. Por estas razones, es claramente ilegal la exigencia de los ministros de la I. Corte de Apelaciones de La Serena en torno a que para que se configure el delito de la víctima, ésta debe tener un mínimo de conciencia de la ilicitud de la conducta del autor, afectando su pudor u honestidad y que por el contrario, al no estar consciente la víctima no pudo ser involucrado en un acto sexual no querido y por tanto, no puede afectarse su pudor. En consecuencia, los jueces dejaron de aplicar una ley que les instaba a declarar la culpabilidad del imputado, en atención a los hechos establecidos en la causa donde se acreditó que la víctima se hallaba postrada en el hospital, en coma profundo, privado de sentido.

Esta sentencia fue comentada por el autor Juan Pablo Cox, quien emite un informe cuya finalidad es determinar si una persona privada de sentido puede ser víctima de un delito de abuso sexual o si se requiere que tenga capacidad cognoscitiva mínima para que el acto que sufre pueda encuadrarse dentro de la significación sexual y relevancia que el legislador exige en la norma del artículo 366 ter del Código Penal.

Expresa que en el fallo dictado por la I. Corte de Apelaciones de La Serena, el criterio que se utiliza es confuso, inadecuado y errado, debido a que interpreta erradamente el concepto de “significación sexual”. Asimismo, establece límites al alcance del tipo penal. Estos errores llevan a una confusión respecto al bien jurídico protegido. Concuera con los ministros en que para arribar a una decisión es vital establecer en qué consiste la significación sexual y para ello, en el fallo se expresa que es necesario recurrir a criterios objetivos. Para el autor, la doctrina señala que “un acto tendrá significación sexual cuando sea de aquellos generalmente motivados por impulsos sexuales, lo que repercutirá en la creación de un contexto sexual”<sup>(58)</sup> y para

---

<sup>(58)</sup> COX, Juan. Informe sobre la posibilidad de considerar sujeto pasivo del delito de abuso sexual a una persona en estado de inconciencia (a la luz de la sentencia de la Corte de

esto no es necesario que el ofendido tenga conciencia de este tipo de acción. Definir significación sexual en estos términos tiene como consecuencia en primer lugar que la acción sexual no se puede limitar a la genitalidad, sino que el acto sexual debe vincularse también con el contexto, esto es, que el acto sea ejecutado por una motivación de carácter sexual. En segundo lugar, con esta definición se busca evitar que se imputen hechos basados en criterios morales, sino que se determina la acción sexual en base a criterios objetivos y relacionados con la conducta general de las personas en el ámbito sexual, debiendo prescindirse de factores como el objetivo del sujeto pasivo o la situación en que se encuentra la víctima. El autor critica el fallo porque éste señala que para que se esté en presencia de una acción de significación sexual apta para involucrar a una persona en un contexto sexual no querido, la víctima debe percibir el acto y la naturaleza del mismo para considerarlo como un acto sexual, por el contrario, si la víctima no percibe el acto o su contexto no se puede afectar el pudor de la víctima, siendo que el autor postula que en estos casos no es necesario que la víctima sea sana mentalmente, por cuanto para involucrar a la víctima en un contexto sexual no querido basta la actuación del sujeto activo, no es necesario que se activen los impulsos sexuales de la víctima para que se configure el contexto sexual. Al afirmar que se requiere la activación de los componentes sexual se refiere a que debe tratarse de un acto que la mayor parte de las personas entiende como un acto de naturaleza sexual y esto es con independencia del estado o capacidad cognoscitiva de la víctima, más tratándose de un menor o de personas que se encuentran privadas de sentido. Todo este análisis se relaciona con el bien jurídico protegido en el abuso sexual, de hecho en el fallo que acoge el recurso de queja, la Excelentísima Corte Suprema señala que en estos delitos el bien jurídico es la libertad sexual, sin embargo después menciona al pudor.

Para el autor, la libertad sexual proviene de la libertad individual y por lo mismo “esta libertad permite que las personas puedan realizar actos sexuales, disponiendo de esta forma de sus propias potencialidades sexuales y también las faculta para abstenerse de hacerlo, resguardándose su derecho a no verse involucrado en un

---

Apelaciones de La Serena en causa Rol N° 37-2004). Boletín del Ministerio Público. (21): 159, 2004.

contexto sexual sin su consentimiento”<sup>(59)</sup>. No obstante lo anterior, por las diferentes y variadas figuras penales que existen, el bien jurídico protegido de la libertad sexual no es suficiente para abarcar todos los supuestos, entonces es necesario recurrir a otros bienes jurídicos que sean complementarios a la libertad sexual, como lo es la indemnidad, intangibilidad sexual, bienes jurídicos que se les reconoce a los menores o a las personas privadas de sentido, ya que a ellos la legislación no les reconoce la libertad sexual, dejándolos fuera del ámbito sexual. Concluye que por regla general, se reconoce como bien jurídico protegido la libertad sexual, no obstante en casos concretos se puede reconocer otros bienes jurídicos que tienen la misma consecuencia que es la imposibilidad del acto sexual respecto de quienes están protegidos por la norma.

En caso que se considere que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual consistente en el “derecho a no verse involucrado en un contexto sexual en atención al daño que puede sufrir el común de las personas”<sup>(60)</sup>, la conclusión a que debería arribarse es la misma, esto es, que no se requiere un efectivo perjuicio en la víctima, basta que el acto pueda afectar al común de las personas y por común se entiende a la generalidad de las personas y no al grupo de personas que esté en la misma situación, como la de este caso, que la persona estaba en coma, aun cuando éstas por estar privadas de sentido no sufran daño emocional, físico o psicológico, por tanto, las personas privadas de sentido también deben estar incluidos en la protección que brinda la ley.

El autor agrega que se puede postular que el bien jurídico protegido en estos casos, puede ser disponible, pero tratándose de personas privadas de sentido por distintas razones, sea salud, edad u otras, el legislador rechaza que estas personas puedan disponer del bien jurídico ya que por su situación no pueden consentir válidamente. Además, para el legislador es tan claro que una acción sexual ejecutada sobre una persona privada de sentido lesiona el bien jurídico que lo estableció expresamente

---

<sup>(59)</sup> Ibid, p. 159.

<sup>(60)</sup> Ibid, p. 159.

como medio de comisión en el artículo 361 N° 2 del Código Penal, relacionado con el artículo 366 del mismo cuerpo legal.

Concluye que la argumentación dada por el fallo de la I. Corte de Apelaciones de La Serena señala que la referencia hecha al antiguo artículo 366 N° 1 (actual artículo 366 del Código Penal) y al artículo 361 N° 2 del Código Penal, debe entenderse en relación a los conceptos de significación sexual y relevancia, ello implica entender que la víctima debe tener al momento de la comisión del acto una mínima capacidad cognoscitiva. Esta exigencia es criticada por el autor, quien indica que no se puede exigir lo anterior, en razón de que a las personas privadas de sentido se les reconoce expresamente protección, sea porque se protege la libertad sexual o la indemnidad sexual. Asimismo, exigir una capacidad cognoscitiva mínima es contrario a la ley, ya que el artículo 361 N° 1 del Código Penal no lo exige y porque es tratar a las personas privadas de sentido en forma diferenciada con los menores, cuando en general se ha preferido tratarlos en conjunto. Si se entendiera conforme lo señala la I. Corte de Apelaciones de La Serena que se requiere de una capacidad mínima cognoscitiva para sancionar los actos que afectan a personas privadas de sentido, entonces tratándose de los menores de edad los actos sexuales que se ejecuten en ellos serían atípicos, debido a que los menores tampoco tienen capacidad para ser involucrados en contextos sexuales. Asimismo, exigir que exista una capacidad mínima cognoscitiva en este delito, implica que ésta también debería existir en casos de violación o estupro porque también se tratan de acciones sexuales. Por lo mismo, si se entiende que en la violación respecto de una persona privada de sentido carece de importancia su capacidad cognoscitiva, la misma razón se debe aplicar en los abusos sexuales cuando se trata de configurar la significación sexual de un acto. Agrega que por expresa descripción típica, la acción sexual debe ser relevante, esto es, debe tener carácter de gravedad para afectar el bien jurídico y en este caso, las frotaciones en los genitales sí revisten el carácter de relevantes.

### **3.5. Sentencia definitiva absolutoria Tribunal Oral en Lo Penal de Punta Arenas**

El tribunal, por decisión de mayoría, absolvió al acusado por el delito de abuso sexual cometido en perjuicio de una menor de 17 años, con retardo mental moderado, por estimar que la víctima actuó con la voluntad suficiente para consentir.

El voto disidente señala que el acusado incurrió en actos de significación sexual, de relevancia, mediante contacto corporal con la víctima, ya que le efectuó tocaciones en sus genitales. Agrega que la doctrina exige que para que estemos frente a la conducta básica del delito de abuso sexual de los siguientes elementos: la connotación sexual del comportamiento, relevancia del acto y aproximación corporal con la víctima, sea que exista contacto corporal con ella o que haya afectado genitales, ano y boca, aun cuando no exista contacto corporal. Conforme este razonamiento, a juicio del magistrado, en la conducta realizada por el acusado concurren todos los elementos del tipo penal, actuación que quedó demostrada con la declaración de la víctima, la madre, el testigo que presencié la declaración, perito psicólogo y ginecólogo, así como la anomalía mental de la víctima que se demostró con el testimonio de la perito psicóloga, conocimiento del acusado en relación al retardo mental moderado de la víctima, edad de ésta con su certificado de nacimiento.

En cuanto al bien jurídico, la jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia señala que en las modificaciones introducidas por la Ley 19.617 persiste como bien jurídico protegido la normal y adecuada evolución de la sexualidad de todas las personas y la protección de los abusos sexuales en determinadas circunstancias<sup>(61)</sup>.

En lo que se refiere al sujeto pasivo, no se exige aptitud física o mental para realizar actos sexuales. Quedó en evidencia que el acusado estaba en conocimiento del retardo mental moderado y que el abuso que exige el legislador se refiere a estar en conocimiento de la anomalía y obrar conforme a estas circunstancias y para el

---

<sup>(61)</sup> *Ministerio Público con Juan Ruiz* (2005): Tribunal Oral en Lo Penal de Punta Arenas 12 enero 2005, Boletín del Ministerio Público, 22 (2005), pp. 44-59.

magistrado no es posible sostener que el acusado no haya estado en conocimiento de la anomalía mental porque la madre y la víctima mantenían contacto regular, por varios años, existiendo una relación de amistad con el imputado, además de la declaración de la perito psicóloga, quien constató la existencia del retardo mental moderado de la víctima.

### **3.6. Sentencia definitiva condenatoria Juzgado de Garantía de Coquimbo**

En esta sentencia se condena al acusado como autor de un delito de abuso sexual respecto de una menor de 14 años, en el considerando sexto se señala que el hecho indicado en la acusación se encuadra dentro del tipo penal del artículo 366 bis del Código Penal, esto es, abuso sexual respecto de una persona menor de 14 años en que un tercero ejecuta una acción sexual, sin acceso carnal, respecto de una menor de 9 años, según se desprende de su certificado de nacimiento. La acción sexual consistió en tocación en la vagina de la víctima, acción relevante, realizada mediante contacto corporal con ella y que afectó sus genitales. En la acción sexual no tiene importancia el ánimo lascivo del hecho, basta el dolo. No obstante, no se puede desatender el elemento subjetivo en estos delitos, dado que el legislador exige un acto de significación sexual. En el caso en concreto, se involucró a una persona menor en un contexto sexual. Acto que es relevante, debido a que se menoscabó el bien jurídico protegido, el cual fue puesto en peligro, ya que si bien no existe lesión corporal, según concluye el informe del Servicio Médico Legal, lo cual no obsta que se pueda menoscabar la indemnidad sexual, ya que el acto se ejecutó en un dormitorio, mientras la menor se encontraba sola, con alguien a quien denomina “tío Jano” y que no era la primera vez que pasaba. Que las tocaciones revistieron intensidad por el daño sufrido por la víctima, ya que en la evaluación pericial psicológica, la víctima presenta sintomatología que es compatible con una situación de abuso, además presenta anorexia, lo cual es normal para una persona que no presenta resiliencia y su entorno familiar tampoco contribuye a que tenga esta capacidad<sup>(62)</sup>.

---

<sup>(62)</sup> *Nieves Alarcón con Alejandro Cortés* (2006): Juzgado de Garantía de Coquimbo 3 marzo 2006, Boletín del Ministerio Público, 27 (2006), pp. 11-17.

### **3.7. Sentencia definitiva I. Corte de Apelaciones de Valdivia**

Conociendo de un recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de fallo dictado por el Juzgado de Garantía de Valdivia que absolvió al acusado del delito de abuso sexual, la I. Corte de Apelaciones de Valdivia señala que los hechos descritos configuran el delito de abuso sexual impropio previsto en el artículo 366 bis del Código Penal, en relación con el artículo 366 ter del mismo cuerpo legal, porque la acción de tocar mamas es objetivamente un acto de significación sexual y de relevancia, realizado mediante contacto corporal con la víctima. Que la voz “abuso” se define por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española y que la acción de tocar o palpar mamas, es una acción indebida que se encuadra dentro de lo abusivo. Que este tipo penal no exige un ánimo lascivo, no exige que concurra un elemento subjetivo especial, ya que de lo contrario exigir este ánimo supone limitar la protección de la libertad sexual o indemnidad sexual y el principio de legalidad. Además, si se exigiera la concurrencia del ánimo libidinoso en el artículo 366 bis, lo habría establecido expresamente el legislador tal como lo hizo en el artículo 366 quater<sup>(63)</sup>.

### **3.8. Sentencia definitiva Excelentísima Corte Suprema**

La sentencia dictada por la E. Corte Suprema rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de un condenado por delitos sexuales, en el considerando quince, el tribunal se pronuncia sobre la causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal interpuesta en forma subsidiaria y relacionado con los artículos 11 N° 7 y 9, 62, 64, 68, 74 y 75 del Código Penal. En este considerando, el tribunal se pronuncia sobre la falta de consideración del tribunal a quo de dos circunstancias atenuantes de responsabilidad penal. En el fallo recurrido se señala que se rechaza la atenuante del artículo 11 N° 7 del Código Penal por la clase y cantidad de ilícitos por los cuales ha sido condenado el acusado, todos ilícitos que atentaron contra la indemnidad sexual de la víctima, de 5 años de edad, alterando el libre, normal y

---

<sup>(63)</sup> *Ministerio Público con Washington Laurence* (2006): I. Corte de Apelaciones de Valdivia 17 noviembre 2006, Boletín del Ministerio Público, 30 (2007), pp. 212-213.

esperado desarrollo de su sexualidad, que el daño causado a la víctima no es de aquellos que se puedan reparar por la vía económica, atendido el bien jurídico afectado, siendo irrelevante acreditar que se efectuó una consignación judicial, que la cantidad de dinero depositado no es idónea y que el depósito no es oportuno porque se realizó un año y medio después de cometidos los hechos, no demostrándose una voluntad seria de reparar el daño<sup>(64)</sup>.

En los considerandos 16 y 17, la Excelentísima Corte Suprema señala que en relación a la errónea aplicación del derecho que se invoca, el tribunal recurrido se hace cargo de las alegaciones de la defensa indicando que la atenuante del artículo 11 N° 7 y N° 9, no concurrían, la primera por la magnitud del daño ocasionado y lo exiguo y tardío de la compensación y la otra, porque no existe colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos por la variación que existe en sus declaraciones y porque tampoco su declaración fue el único medio que tuvo el tribunal para arribar a la decisión de condena.

### **3.9. Sentencia definitiva Excelentísima Corte Suprema**

En esta causa, la E. Corte Suprema conoce el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de dos acusados, a quienes se les consideró como autores de un delito reiterado de abuso sexual y como autores de un delito consumado de producción de material pornográfico infantil.

La defensa alegó en forma subsidiaria la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal porque se hizo una errónea aplicación del derecho en lo que se refiere a la pluralidad o concurso de delitos porque el delito de abuso sexual es necesario para configurar el delito de producción de material pornográfico infantil, existiendo un concurso aparente de leyes o concurso ideal.

---

<sup>(64)</sup> CAMPOS, Pablo. Fallo de la Corte Suprema que rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa de un condenado por delitos sexuales. Revista Jurídica del Ministerio Público. (35): 24, 2008.

El máximo tribunal señala que para determinar si existe un concurso aparente, el desvalor del injusto del delito de abuso sexual debe estar comprendido en el desvalor del injusto del delito de producción material pornográfico. Para ello, se debe aceptar que el bien jurídico protegido en ambos ilícitos es el mismo: la libertad o indemnidad sexual. La defensa cita a la doctrina que indica que el delito de producción material pornográfico es un agotamiento del delito de abuso, por tanto el delito de producción de material pornográfico no es punible, ya que es consumido por el delito de abuso sexual.

Y para determinar si existe un concurso ideal, se debe establecer si ambos ilícitos protegen bienes jurídicos distintos, es decir, que se trate de un concurso real o que un solo hecho constituya dos o más delitos. En este caso, determinar si grabar con una filmadora los actos de abuso, son separables en dos acciones distintas o ambas acciones constituyen un hecho.

En la sentencia recurrida, se señala que se trata de dos acciones que afectan dos bienes jurídicos distintos: la libertad sexual en el delito de abuso y la integridad sexual en el delito de producción de material pornográfico<sup>(65)</sup>.

En el considerando once, la Excelentísima Corte Suprema señala que en los antecedentes se han tenido por acreditado dos ilícitos distintos, un delito de abuso sexual cometido en contra de la víctima por su madre en tres oportunidades y por parte del conviviente de la acusada en un ocasión. También, se acreditó la producción de material pornográfico que consistió en la grabación de estos actos. De acuerdo a lo señalado, no se trata de un solo hecho o una sola acción que pueda calificarse jurídicamente en forma distinta, ya que la acusada efectúa dos acciones: el abuso y actúa en video y el acusado graba.

Desde este punto de vista, no hay concurso aparente porque hay dos acciones distintas ejecutadas por el acusado y por la acusada, así como en el actuar de la mujer

---

<sup>(65)</sup> *Ministerio Público con S.M.Y.Y y Sebastián Araya* (2011): Excelentísima Corte Suprema 11 mayo 2011, *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 47 (2011), pp. 211-227.

hay acciones diferentes que afectan a dos bienes jurídicos protegidos: indemnidad sexual e integridad sexual. Además, que la acusada actuó con dos agravantes: encontrarse la víctima privada de sentido y por encontrarse la acusada al cuidado de su hija.

No obstante lo anterior, entre las conductas existe una relación de medio a fin, por tanto, si se suprime una acción, la otra no podría ejecutarse, si se suprimen los actos de abuso, no se produce material pornográfico, sólo se hubiera grabado a una menor dormida o inconsciente, por tanto en este caso, se configura el artículo 75 del Código Penal, debiendo sancionarse sólo el delito más grave. En consecuencia, la Excelentísima Corte Suprema acoge el recurso de nulidad en esta causal, invalida sólo la sentencia y dicta sentencia de reemplazo, condenando a los acusados por el delito reiterado de abuso sexual y por el delito de producción de material pornográfico infantil y se les absolvió por el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil.

### **3.10. Sentencia definitiva condenatoria Tercer Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Santiago**

En este fallo se condenó al acusado por el delito reiterado de abuso sexual del artículo 366 bis del Código Penal y abuso sexual agravado del artículo 365 bis N° 2 y por los delitos de abuso sexual contemplado en el artículo 366 y 365 bis N° 3, en relación con el artículo 363 N° 2 del Código Penal.

Esta sentencia condenó por delitos reiterados indicando que se trató de diferentes situaciones, todas independientes entre sí, todas autónomas, que cada una de ellas bastaba para configurar los ilícitos. Que no se puede estimar que existe una continuidad en relación al bien jurídico protegido, los cuales son bienes jurídicos personalísimos, como lo es la indemnidad o libertad sexual, desde este punto de vista, cada acto no pierde su autonomía por formar parte de un conjunto, ya que en cada acto el imputado consiguió su objetivo que es satisfacer su libido, consumando en cada acto el ilícito, en cada oportunidad hubo formas de comisión distintas, actos diferentes,

que si son de naturaleza similar, cada uno es un episodio diferente, en oportunidades diversas, por tanto se rechaza la solicitud de la defensa de considerar el delito como continuado<sup>(66)</sup>.

### **3.11. Sentencia definitiva condenatoria Tribunal Oral en Lo Penal de Puente Alto**

En la presente causa se condenó al acusado por el delito de abuso sexual reiterado cometido en contra de su hijastra. En el considerando decimotercero, el tribunal para establecer la calificación jurídica de los hechos señala que se acreditó en el juicio que el acusado abusó de la relación de dependencia de la víctima, por estar encargado de su cuidado y custodia, dado que era su padrastro, en virtud de lo anterior, ejecutó actos de significación sexual y de relevancia, distintos al acceso carnal, con una persona mayor de 14 años y menor de 18 años, ya que la víctima tenía 15 años a la época de comisión del ilícito. En cuanto a la relevancia del acto, señala que éste debe revestir de gravedad o importancia para que efectivamente atente contra el bien jurídico de la indemnidad sexual de la víctima y la gravedad de los actos se acreditaron por la declaración del perito que señala que la menor fue afectada psicológicamente con estos actos porque sentía dolor y asco, lo cual demuestra que la actividad realizada por el autor fue relevante para la víctima, siendo su indemnidad sexual perjudicada, la cual se define como el derecho a no verse involucrada en un contexto sexual que le produzca daño físico, psíquico, emocional y el perito en la audiencia señaló que estos hechos afectaron psicológicamente a la menor, quien fue involucrada en un contexto sexual no deseado y que le causó daño psicológico grave<sup>(67)</sup>.

---

<sup>(66)</sup> PINTO, Ignacio. Comentario acerca de la investigación y sentencia recaída en causa sobre delitos de abuso sexual del artículo 366 bis y abuso sexual agravado. Revista Jurídica del Ministerio Público. (48): 168, 2011.

<sup>(67)</sup> *Ministerio Público con Miguel Torres* (2007): Tribunal Oral en Lo Penal de Puente Alto 11 agosto 2007.

#### **4. Bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual en el Derecho Comparado**

En la Ciudad de México, el delito de abuso sexual es un tipo penal que protege diferentes bienes jurídicos, ya que no sólo se sanciona la libertad sexual, sino también, el normal desarrollo psicosexual de las personas, según expresa el epígrafe el Título Décimoquinto del Código Penal. Sin embargo, la autora Marcela Martínez Roaro, señala que el artículo 260, que describe la conducta típica del delito de abuso sexual, es un tipo penal pluriofensivo, ya que no sólo se busca proteger la libertad sexual, sino que también la salud sexual del afectado con el hecho, cuando el acto afecta a menores de edad, porque tratándose de personas adultas no tiene sentido, dado que han culminado su proceso de formación. En el caso de personas que no comprenden el significado del acto, según la autora, el legislador busca proteger la seguridad sexual del individuo<sup>(68)</sup>.

En Argentina, hasta el año 1999, los delitos sexuales se agrupaban bajo el epígrafe de “Delitos contra la honestidad”, el cual fue modificado posteriormente por la Ley 25.087 que cambió el título por “Delitos contra la integridad sexual”. Definir el concepto integridad sexual ha sido objeto de controversia, así de acuerdo a lo manifestado por el autor Carlos Enrique Edwards, este título en realidad protege la libertad sexual, manifestado en tres vertientes como la capacidad para autodeterminarse sexualmente; el derecho de los menores a tener una sana sexualidad y el derecho de la sociedad a no soportar las conductas obscenas de la actividad sexual<sup>(69)</sup>. En el caso concreto del abuso sexual, el legislador argentino sanciona en el artículo 119, a quien “abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”. De acuerdo a lo planteado por el autor Carlos Enrique Edwards, en esta disposición el legislador busca

---

<sup>(68)</sup> MARTINEZ R., Marcela. Derechos y Delitos Sexuales y Reproductivos. México, Porrúa, 2000. 600p.

<sup>(69)</sup> EDWARDS, Carlos E. Delitos contra la Integridad Sexual. Buenos Aires, Depalma, 1999. 109p

proteger la libertad sexual, aun cuando el título mencione a la integridad sexual. En este ilícito, la libertad se infringe cuando existen contactos físicos no queridos ni consentidos por la víctima, sin que exista acceso carnal<sup>(70)</sup>.

Por su parte, según el autor Oscar Alberto Estrella, la denominación integridad sexual presenta dos problemas, el primero es que los tipos penales que se contemplan en este título no poseen como bien jurídico común la integridad sexual y el segundo es definir el contenido de este concepto, aspecto que ha generado distintas visiones por parte de la doctrina, ya que algunos autores asimilan la integridad sexual con la libertad que debe poseer cada persona en el ámbito de la sexualidad tanto para decidir su ejercicio libremente como para no consentir ser involucrado en un contexto lúbrico. Otros, han vinculado la integridad sexual no sólo con la capacidad para autodeterminarse, sino también como una manera de proteger a los menores de edad o a las personas que no pueden consentir.

El autor Jorge Buompadre señala que la modificación al título introducida por la Ley 25.087 tuvo por objeto demostrar que en un Estado pluralista se protegen los derechos fundamentales de las personas y se garantiza el ejercicio de las libertades individuales, entre ellas, la libertad sexual. Que el concepto de honestidad generaba la confusión entre moral y derecho, ya que la honestidad era definida como pudor, recato o como la expresión de una moral sexual determinada y el ordenamiento jurídico de un Estado democrático no admite proteger un concepto específico sobre moral sexual. Frente a estas dificultades, la doctrina propuso diferentes bienes jurídicos como objeto de protección en los delitos sexuales, optando el legislador por el concepto de integridad sexual, entendiendo que esta denominación representaba a todos los tipos penales incluidos en el título. No obstante lo anterior, este autor estima que era más acertado haber denominado este título como delitos contra la libertad sexual, ya que la integridad sexual es parte de otro bien jurídico más general como lo es la libertad personal, la cual se define “como el derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad o no verse involucrado sin su consentimiento en una relación sexual”<sup>(71)</sup>.

---

<sup>(70)</sup> Ibid, p. 109.

<sup>(71)</sup> BUOMPADRE, Jorge E. Derecho Penal. PE. Buenos Aires, Mave, Tomo I, 2003.

Tratándose de menores de edad o personas incapaces se entiende que estas personas también gozan de libertad sexual, porque ésta es inherente a toda persona humana, no obstante que por su edad o por su incapacidad no pueden ejercer esta libertad. Todo acto cometido en contra de la libertad sexual afecta el derecho de toda persona a autodeterminarse en el ámbito sexual, en el caso de los sujetos adultos es un atentado contra la libertad sexual propiamente tal y en el caso de personas menores de edad el atentado se considera como un abuso de la facultad no desarrollada para decidir en este ámbito. En definitiva, sancionar los actos de naturaleza sexual cometidos en perjuicio de menores de edad tiene por finalidad protegerlos del abuso en que incurre el sujeto activo sobre la voluntad de estos menores, quienes no han desarrollado su capacidad tanto para decidir y asumir libremente la ejecución de actos de connotación sexual como las consecuencias de los mismos.

Por el principio de intervención mínima, el legislador está obligado a despenalizar todas aquellas conductas que impidan a las personas el ejercicio libre de la sexualidad y además debe prohibir todos aquellos actos destinados a involucrar a una persona en un contexto sexual no querido por ella, que puede tratarse de actos en que se actúa contra la voluntad de la víctima, pues ella manifestó expresamente su decisión de no verse involucrada en un acto sexual o los casos en que no se requiere el consentimiento de las personas como en el caso de los menores de edad o los casos en que esta persona no pudo manifestar su voluntad debido a que carece de capacidad para decidir como en el caso de las personas privadas de sentido.

Este autor concluye que el bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual es la libertad sexual, la cual sufre un atentado cuando se afecta el derecho de las personas a realizar libremente la actividad sexual y de acuerdo a sus preferencias. Tratándose de los menores de 13 años, el abuso sexual afecta el potencial desarrollo del menor en la esfera de su sexualidad. Por esta razón, en los delitos de abuso sexual, el consentimiento del menor carece de relevancia, es el legislador quien presume que en estos delitos, los menores de 13 años no han consentido, es decir, les niega la aptitud para comprender este tipo de actos, aun cuando en los hechos el menor tenga conocimiento previo del significado de un acto sexual.

En Perú, se separan los delitos de proxenetismo y ofensas al pudor en dos títulos diferentes y en el tercer título regula los “Delitos contra la Libertad”, dentro de los cuales trata los delitos que atentan contra la libertad sexual<sup>(72)</sup>.

En Colombia, antes de la reforma, el Código Penal trataba estos actos como “Delitos contra la Libertad y Pudor Sexuales” y con la palabra pudor se entendía que el legislador orientaba la protección hacia todos los actos que afectaran la regulación de la sociedad en el ámbito sexual, sin embargo en el Código Penal actual se reemplazó este título por “De los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”, al agregar estas dos últimas palabras, se ha generado en la doctrina el debate acerca de si en este título se protege un único bien jurídico o se trata de diferentes intereses.

Una de las consecuencias de haber adoptado a la libertad sexual como bien jurídico protegido es que la existencia de una relación de hecho entre víctima y autor o que estos estén unidos por matrimonio es irrelevante para efectos de configurar el delito, ya que los cónyuges no pierden el derecho a ejercer la libertad sexual por la celebración del matrimonio, tampoco por la existencia de una relación de convivencia entre ambos sujetos. Se discute si el atentado a la libertad sexual en el marco de esta relación de confianza puede considerarse de igual, mayor o menor gravedad que los atentados a la libertad sexual que se cometen entre personas no unidas entre sí por este vínculo, sobre este punto existe doctrina que señala que la presencia de esta relación disminuye la gravedad del acto, debido a que se trata de una persona con quien se ha compartido en otras oportunidades en este ámbito de intimidad. Por el contrario, el autor Manuel Cancio Meliá señala que precisamente esta relación de confianza aumenta la gravedad de cualquier acto que provenga de la persona con quien la víctima generó este vínculo de confianza. Según el autor, la actual legislación penal colombiana sigue la línea de este razonamiento, ya que incorporó como agravante que el delito se hubiera cometido en contra del cónyuge o con quien se cohabite o haya cohabitado o con la persona con quien se hubiere procreado un hijo. No obstante lo anterior, el autor estima que el legislador se excedió en el ámbito de protección, dado

---

<sup>(72)</sup> ESTRELLA, Oscar A. De los delitos sexuales. Buenos Aires, Hammurabi, 2005. 278p.

que la relación de confianza debe ser actual a la época de ocurrencia del ilícito y ésta no existe respecto de la persona con quien se haya cohabitado, porque alude al tiempo pasado y existe la posibilidad de que no exista este vínculo entre personas que son padres de un hijo<sup>(73)</sup>.

El tipo básico de abuso sexual en el Código Penal colombiano es el “acto sexual diverso del acceso carnal”, el cual se denomina como actos sexuales abusivos, requiere que se atente contra la libertad sexual y deba realizarse en la persona de la víctima, esta última expresión ha generado que se considere que los actos de naturaleza sexual que se ejecutan sin contacto corporal entre víctima y autor sean atípicos, aun cuando se estima que atentan contra la libertad sexual, por esta razón la doctrina propone la inclusión en la legislación de figuras que sancionen todas las conductas en que no exista contacto corporal, pero que afectan a la víctima, sea en su cuerpo o en el de terceras personas.

Dentro de los delitos de actos sexuales abusivos se contemplan dos figuras: el abuso sexual sobre determinados menores y abuso sexual sobre personas incapaces de prestar su consentimiento.

En Venezuela, se regula a estos ilícitos como “Delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias”. En Costa Rica, como “Delitos Sexuales”.

En España, el año 1999, se modifica el título, pasando de ser “Delitos contra la honestidad” a “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. La mayor parte de la doctrina estimaba que no podía ser la honestidad el bien jurídico protegido, debido a que la honestidad es el elemento común a todas las figuras dado que todas las conductas consideradas en los tipos penales constituyen actos deshonestos, pero los bienes jurídicos en cada una de las figuras son distintos. Otra parte de la doctrina estimaba que los ilícitos contemplados en el título de los “Delitos contra la honestidad”

---

<sup>(73)</sup> CANCIO, Manuel. Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal Colombiano. Algunas reflexiones político-criminales y de derecho comparado. Revista de Derecho Penal y Criminología. 21 (70): 65-93, 2000.

protegían la “moral sexual” u “orden moral sexual”, la cual debía interpretarse desde un punto de vista social, definiendo la “moral sexual” como “aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites el instinto sexual de las personas”<sup>(74)</sup>. Se trata del orden moral sexual imperante en la sociedad y se protege sólo cuando es necesario para mantener el orden.

Con la reforma se dejó de manifiesto que se busca proteger a las personas de aquellas conductas que atenten contra la autodeterminación sexual y que en el caso de los menores o de los incapaces el bien jurídico se refiere a la indemnidad sexual, ya que estas personas no poseen o tienen una capacidad disminuida para decidir libremente sobre la realización de estos actos<sup>(75)</sup>. La justificación para sancionar estas conductas está dada porque se debe garantizar a los menores de edad el libre y sano desarrollo de su sexualidad, sin interferencias externas, de acuerdo a lo que socialmente se exige según la época y lugar determinado. Agrega, que tratándose de incapaces, la protección debe ser menor, en razón de que se debe demostrar que la persona no puede decidir libremente sobre la conducta sexual.

Según el autor Alfonso Serrano Gómez, no obstante la modificación al Código Penal español, en virtud de la cual se introduce en el epígrafe del título VIII, el término indemnidad sexual, por regla general, en los delitos sexuales que comprende este título, el bien jurídico protegido es la libertad sexual, aunque existen figuras como en el caso de la agresión sexual en que complementariamente el legislador también está protegiendo la dignidad humana, la salud e incluso la libertad personal del ofendido o en los tipos penales relativos a la prostitución de menores o incapaces en que también se busca amparar el desarrollo normal de la personalidad en estas personas, exigencia que forma parte del tipo penal de corrupción de menores e incapaces contemplado en el artículo 189.4 que sanciona al “que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la

---

<sup>(74)</sup> MONGE, Antonia. De los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años tras la reforma penal de 2010. *Revista de Derecho y Ciencias Penales Universidad San Sebastián*. (15): 85-103, 2010.

<sup>(75)</sup> *Derecho Penal, PE* por Carmen Lamarca, Avelina Alonso, Ignacio Álvarez, Esteban Mestre y Alicia Rodríguez. 3 ed. Madrid, Colex, 2005. 765p.

personalidad de éste”, por lo tanto, si el acto no daña el normal desarrollo del menor o del incapaz, la conducta queda impune<sup>(76)</sup>.

En el caso de las diferentes figuras contempladas en el Código Penal español, el legislador hace referencia por regla general a la voluntad de la víctima, en la figura básica que se castiga en el artículo 181.1 se dispone al “que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona”, tipo penal que exige por una parte, la ausencia de consentimiento y por otro lado, que no concurra violencia o intimidación, en este contexto la conducta reprochable consiste en el contacto corporal con fines lúbricos entre víctima y autor. Asimismo, en el artículo 181.2, el legislador español considera que falta consentimiento cuando estos contactos se realizan con menores de 13 años o sobre personas privadas de sentido o cuando se abusa del trastorno mental del afectado, así como los que se someten anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquiera otra sustancia natural o química idónea. También, contempla el abuso sexual por prevalimiento en el artículo 181.3 que dispone “cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima”, en este caso, la ley exige que el hechor se aproveche de la superioridad que ostenta en relación a la víctima, que esta situación debe ser manifiesta y ser determinante para que la víctima consienta en la ejecución del acto sexual, debiendo limitar la libertad sexual de ésta. La superioridad del sujeto activo debe viciar la voluntad de la afectada y la interpretación del término “coartar” no se puede interpretar tan restrictivamente que implique confundir este ilícito con la agresión sexual por intimidación. Tampoco se puede dejar la interpretación de la palabra “coartar” a la percepción de la víctima, debido a que se puede extender excesivamente la aplicación del tipo penal. El autor Manuel Cancio Meliá cuestiona la introducción de esta figura y la aplicación de la misma a personas adultas, salvo en el caso de relaciones de dependencia grave, al resto de las situaciones bastaría aplicar el tipo penal de amenazas condicionales. De hecho, un tribunal español señalaba que las personas al llegar a los 18 años, se consideran mayores de edad y por tanto no requieren protección para ejercer la libertad sexual. El

---

<sup>(76)</sup> SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Derecho Penal. PE. 11 ed. Madrid, Dykinson, 2006, 1071p.

autor indica que esta figura corresponde al denominado “derecho penal simbólico”, donde se considera que las personas adultas no tienen capacidad para ejercer la libertad sexual, concluyendo que es más conveniente suprimir esta figura<sup>(77)</sup>. Por último, en el artículo 183.1 se contempla el tipo penal denominado como abuso sexual cometido mediante engaño, figura conocida doctrinariamente como estupro fraudulento y que consiste en todo acto fraudulento o falta a la verdad que vicie el consentimiento de la víctima en relación a la conducta sexual<sup>(78)</sup>. Esta figura fue pensada para todos los casos de promesa de matrimonio incumplida, actos cuya sanción actualmente no se justifica. El autor Manuel Cancio Meliá señala que la doctrina postulaba la eliminación de esta figura y mantener sólo el estupro de prevalimiento para casos de gravedad.

La autora Antonia Monge Fernández entiende que el tipo penal básico de abuso sexual sanciona a quien atente contra la indemnidad sexual de un menor, pero esta figura autoriza los actos sexuales entre menores.

De hecho, en el derecho penal español, según el grado de afectación de la voluntad del sujeto pasivo, se distingue entre agresiones sexuales cuando ha mediado violencia o intimidación y abusos sexuales si no concurren éstas, pero aun así el consentimiento no ha sido prestado válidamente. De esta manera, según la autora María Viviana Caruso Fontán, el derecho penal español reconoció expresamente, la libertad sexual como bien jurídico protegido en estos delitos, siendo la libertad sexual una manifestación de la libertad en una de todas las esferas individuales en que una persona ejerce ésta, así los delitos sexuales están relacionados con los delitos contra la libertad. Tal como en los delitos contra la libertad se prevén los delitos de amenazas y coacciones, en los delitos sexuales se contemplan como agresión sexual aquellas conductas que son cometidas con violencia o intimidación. Por tanto, el legislador penal español consideró menos graves y las definió como abusos sexuales todos aquellos actos en que afecten a menores de 12 años, cuando no existe violencia o

---

<sup>(77)</sup> CANCIO, Manuel. Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal Colombiano. Algunas reflexiones político-criminales y de derecho comparado. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2 (70): 65-93, 2000.

<sup>(78)</sup> SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal*. PE. 11 ed. Madrid, Dykinson, 2006, 1071p.

intimidación, con personas privadas de sentido o con trastorno mental. A juicio del legislador, todas estas son conductas que no afectan la libertad sexual<sup>(79)</sup>. De hecho, la conducta típica exigida por el legislador se refiere a “realizar actos que atenten a la indemnidad sexual”, lo que incluye a todo acto que involucre a un menor “en un contexto sexual ajeno”, dependiendo si existe o no violencia o intimidación se califica el acto como agresión u abuso sexual. Definiendo agresión sexual como todos aquellos actos que representen “una manifestación del instinto sexual”, “que tengan trascendencia y gravedad para afectar de forma relevante la sexualidad ajena”. Parte de la doctrina además exige que para que se configure la acción como un atentado contra la libertad sexual requiere que exista contacto corporal entre víctima y autor. La autora Antonia Monge Fernández señala que para lesionar la libertad e indemnidad sexual no se requiere de contacto corporal entre autor y víctima, “aunque es necesario que exista contacto en o sobre el cuerpo de la víctima”, lo cual se denomina contacto corporal restringido.

Por lo tanto, se puede concluir que en el Código Penal español el bien jurídico protegido es la libertad sexual, el cual es una manifestación de la libertad personal que implica “la facultad de una persona para autodeterminarse libremente en el ámbito de la sexualidad”<sup>(80)</sup>, que se traduce en dos vertientes dinámica positiva: facultad de disponer del cuerpo y la estática-pasiva: “facultad para repeler los ataques en esta área”<sup>(81)</sup>. Es esta última fase la que se protege en el derecho penal sancionando todo ataque en que no existe la voluntad o ésta está viciada.

Tratándose de delitos que afecten a menores de edad o incapaces hay autores que plantean que estas personas tienen libertad sexual, sin embargo, carecen de capacidad para gobernar su actividad sexual, razón por la cual el legislador los priva temporal o definitivamente del ejercicio de esta libertad. En cambio, hay otros autores que señalan que los menores de edad o incapaces carecen de libertad sexual, desde

---

<sup>(79)</sup> CARUSO, María. El abuso de una situación de indefensión en los delitos sexuales en el derecho alemán y español. Cuadernos de Política Criminal segunda época. 3 (102): 121. 2010

<sup>(80)</sup> ORTS, E. y Torres, M. Las recientes reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Cuadernos de Política Criminal segunda época. (84): 99, 2004.

<sup>(81)</sup> Ibid, p. 99.

ese punto de vista, los delitos sexuales no sólo protegerán la libertad sexual, sino también la intangibilidad sexual definida como mantener a estas personas al margen de la actividad sexual o la indemnidad sexual definida como el derecho de los menores de edad o incapaces a no sufrir daños como consecuencia de la práctica de actos sexuales, ya sea en su formación o socialización.

Por las modificaciones introducidas a las normas que regulan los delitos de violación y los antiguos abusos deshonestos en el Código Penal español, estos quedaron finalmente redactados como delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

La redacción de los tipos penales es más amplia, ya que al utilizar la expresión “cualquiera”, se puede incluir como sujeto activo del delito no sólo aquellos que ejecutan el acto de connotación sexual, sino que toda persona puede atentar contra el bien jurídico de libertad sexual.

Desde este punto de vista, los delitos sexuales ya no serían de propia mano. Tradicionalmente, se entendía que los delitos sexuales podían ser ejecutados por cualquier persona, pero el sujeto activo debía realizar el contacto corporal. No obstante, la jurisprudencia española admitió que en los delitos sexuales lo relevante es la lesión al bien jurídico protegido, a la libertad sexual de la víctima, no la conducta, desde este punto de vista, la infracción al bien jurídico se produce tanto con la conducta corporal como con la intimidación, la violencia u otros actos destinados a concretar la conducta de connotación sexual. Si se admite la coautoría, entonces también es posible admitir la autoría mediata en que esta persona “realiza el tipo”, mientras el otro “ejecuta el tipo”, por tanto el autor mediato responde por sus propios hechos y no por la ejecución del instrumento. Incluso para determinar el grado de desarrollo del delito se puede señalar que la tentativa comienza con los actos del autor mediato y no por los actos del instrumento. Existe doctrina que también comparte la postura de la jurisprudencia indicando que el tipo penal no exige que las conductas distintas a los actos de naturaleza sexual sean ejecutados por la misma persona, por tanto no se descarta la participación de un tercero que aproveche los actos ejecutados por otro para realizar el acto sexual.

En Alemania, en 1973, se modifica el Código Penal y se reemplaza el título de “Delitos contra la moralidad” por “Delitos contra la libertad sexual”, en el cual se distingue el delito de agresiones sexuales y el delito de coacción sexual. Hasta 1997 se consideraba el delito de coacción como aquel cometido con violencia o intimidación y fuera del matrimonio, sin embargo, debido a la interpretación jurisprudencial donde se aplicaba en forma restrictiva el concepto de violencia, exigiendo que la víctima se resistiera, quedando sin sanción todos aquellos casos en que la víctima no se resistía o cedía en su resistencia, que se modificó el Código Penal Alemán incluyendo dentro de los delitos de coacciones sexuales, una modalidad que equipara a la violencia o intimidación y es aquella conducta en que la víctima se encuentra en situación de indefensión, entendiéndose por tal aquellas situaciones en que la víctima cede en su defensa por la violencia continua del hechor, cede por miedo o por cualquiera otra circunstancia, en que no pueda esperar auxilio de terceros. Resulta indiferente si el autor creó o no la situación de indefensión, basta con que utilice esta situación para que se configure el delito. El legislador equipara el aprovechamiento de una situación de indefensión a la violencia o intimidación. Esta nueva figura es criticada por la autora María Viviana Caruso Fontán, señalando que no es conveniente equiparar estas dos situaciones, ya que como atentados contra la libertad sexual las únicas situaciones que atentan contra la voluntad de una persona es la violencia o intimidación, no siendo necesario la creación de esta tercera hipótesis, especialmente cuando se produce el caso de que el hechor se aprovecha de una situación de indefensión de la víctima preexistente a la comisión del hecho, esto porque se puede confundir la agresión sexual con abuso sexual, específicamente con los actos realizados con personas incapacitadas para resistir, los cuales pueden ser entendidos como actos en que se aprovechan de una situación de indefensión de la víctima. Por eso es necesario determinar, si los actos sexuales en que media violencia o intimidación protegen igual bien jurídico que los delitos en que se aprovechan de una situación de indefensión. A juicio de la autora, entender que protegen igual bien jurídico implica que ya no se puede relacionar estos delitos como atentados contra la libertad, sino que se trata de otros tipos de delitos. Igual problema plantean aquellos actos en que la víctima está privada de sentido. Concluye que incluir esta hipótesis de situación de indefensión de

la víctima en el delito de coacciones sexuales implica que se entiende que el bien jurídico protegido es la libertad sexual entonces aprovecharse de una situación de indefensión preexistente no se puede encuadrar dentro de este tipo penal y debería considerarse un delito menos grave. Si se entiende que la coacción sexual incluye la hipótesis de indefensión preexistente entonces el bien jurídico protegido es uno distinto a la libertad sexual como lo es la integridad sexual de las personas<sup>(82)</sup>.

---

<sup>(82)</sup> CARUSO, María. El abuso de una situación de indefensión en los delitos sexuales en el derecho alemán y español. Cuadernos de Política Criminal segunda época, 3 (102): 121. 2010

## **Conclusión**

Analizadas la doctrina tanto nacional como extranjera, la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico chileno y el derecho comparado, se puede concluir que desde hace unos años se ha ido abandonando la idea de proteger intereses relacionados con exigir determinados comportamientos que se estiman como socialmente adecuados en el ámbito de la sexualidad humana. En su lugar, se ha estimado que en las actividades de esta naturaleza se debe propender a la protección de intereses que se consideran como socialmente relevantes en la actualidad y estos intereses se refieren al ejercicio de la libertad sexual o en el caso de menores de edad se busca proteger el normal desarrollo de la personalidad o la corporalidad de éstos.

Asimismo, la tendencia legislativa, doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria es que en las actividades relacionadas con la sexualidad humana, la intervención del Estado a través de su potestad sancionatoria debe ser mínima y se debe restringir a aquellos actos que configuran atentados sea contra la libertad o contra el desarrollo de la personalidad de los menores, actos que se deben manifestar en la ausencia total de consentimiento del sujeto pasivo como en los casos de ejecución mediante fuerza o intimidación de actos de connotación sexual, cuando la persona está privada de sentido o se trata de menores de edad, donde se considera que el consentimiento que pudiera haber prestado el menor es legalmente irrelevante o en los casos en que el consentimiento de la víctima está viciado como en el caso del abuso de una relación de dependencia.

## Bibliografía

### Fuentes Nacionales:

- RODRÍGUEZ Collao, Luis. *Delitos Sexuales*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. 305p.
- GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, Tomo III. 516p.
- AGUILAR Aranela, Cristian. *Manual de Delitos Sexuales, Legislación Chilena, Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago, Metropolitana, 2006. 198p.
- MATUS Acuña, Jean. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Talca, Universidad de Talca, 2001. 248p.
- GONZÁLEZ Jara, Manuel. *Regulación Penal del Meretricio*. Santiago, Librotecnia, 2009. 212p.
- OXMAN Vilches, Nicolás. *Libertad Sexual y Estado de Derecho en Chile*. Santiago, Librotecnia, 2007. 266p.
- BASCUÑAN Valdés, Antonio. *El delito de abusos deshonestos*. Santiago, Jurídica de Chile, 1961. 154p.
- DE LA FUENTE Jiménez, Claudia. *Delitos de Pornografía Infantil*. Santiago, Legal Publishing Chile, 2008. 246p.
- MOLINA Cantillana, René. *Delitos de Pornografía Infantil*. Santiago, Librotecnia, 2008. 235p.
- TOBAR Salas, Juan. *Violencia Sexual: Análisis de la Nueva Ley*. Santiago, Pehuen Editores Ltda., 1999. 94p.
- GONZALEZ Jara, Manuel. *El delito de promoción o facilitación, de corrupción o prostitución de menores. Análisis dogmático y crítico del artículo 367 del Código Penal*. Santiago, Jurídica de Chile, 1986, 193p.

### De derecho comparado:

#### Argentina

- EDWARDS, Carlos. *Delitos contra la integridad sexual*. Buenos Aires, Depalma, 1999. 109p.
- BUOMPADRE, Jorge. *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires, Mave, Tomo I, 2003.
- ESTRELLA, Oscar. *De los delitos sexuales*. Buenos Aires, Hammurabi, 2005. 278p.
- FONTAN Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*. 15 ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998. 1051p.

#### España

- SERRANO Gómez, Alfonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. 11 ed. Madrid, Dykinson, 2006. 1071p.
- MUÑOZ Conde, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 14 ed. Madrid, Tirant Lo Blanch, 2002. 1066p.
- *Derecho Penal. Parte Especial* por Carmen Lamarca, Avelina Alonso, Ignacio Álvarez, Esteban Mestre y Alicia Rodríguez. 3 ed. Madrid, Colex, 2005. 765p.

México

- MARTINEZ Roaro, Marcela. *Derechos y Delitos Sexuales y Reproductivos*. México, Porrúa, 2000. 600p.

#### Artículos doctrinarios en Revistas especializadas de Derecho comparado

- DIEZ, José. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Anuario de Derecho Penal* N° 1999-2000: 1-34, 1999
- MALDONADO Francisco. Delitos contra la libertad sexual. Tratamiento de la nueva regulación de delitos sexuales. *Universidad Católica de Temuco*. : 240, 2003.
- MONGE, Antonia. De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010. *Revista de Derecho y Ciencias Penales Universidad San Sebastián*. (15): 85-103, 2010.
- SILVA, Hernán. Criminalidad Sexual y la Reforma al Código Penal y a otros Cuerpos Legales sobre Delitos Sexuales. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. : 146-147, 2000.
- COX, Juan. Informe sobre la posibilidad de considerar sujeto pasivo del delito de abuso sexual a una persona en estado de inconciencia (a la luz de la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena en causa Rol N° 37-2004). *Boletín del Ministerio Público*. (21): 159, 2004.
- CAMPOS, Pablo. Fallo de la Corte Suprema que rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa de un condenado por delitos sexuales. *Revista Jurídica del Ministerio Público*. (35): 24, 2008.
- BASCUÑAN, Antonio. Problemas básicos de los delitos sexuales. *Revista de Derecho Universidad de Chile*. 8: 73-94, 1997.
- CANCIO, Manuel. Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal Colombiano. Algunas reflexiones político-criminales y de derecho comparado. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 21 (70): 65-93, 2000.
- CARUSO, María. El abuso de una situación de indefensión en los delitos sexuales en el derecho alemán y español. *Cuadernos de Política Criminal segunda época*. 3 (102): 121, 2010.
- ORTS, Enrique y Torres, Margarita. Las recientes reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. *Cuadernos de Política Criminal segunda época*. (84): 99, 2004.
- ALONSO, Mercedes. ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los derechos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual. *Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional*:171, 2006.
- PINTO, Ignacio. Comentario acerca de la investigación y sentencia recaída en causa sobre delitos de abuso sexual del artículo 366 bis y abuso sexual agravado. *Revista Jurídica del Ministerio Público*. (48): 168, 2011.

## Normas

- Código Penal de la República de Chile, año 2000.
- Código Penal de la República de Chile, año 2007.

## Jurisprudencia

- *Ministerio Público con Gerardo Mora* (2008): Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Ovalle 14 agosto 2008.
- *Ministerio Público con Marcelo Guzmán* (2009): Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Ovalle 07 marzo 2009.
- *Ministerio Público con Reinaldo Lobos* (2006): Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Ovalle 30 agosto 2006.
- *Ingrid Bascur con René Peña* (2004): Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de La Serena 6 marzo 2004.
- *Ingrid Bascur con René Peña* (2004): I. Corte de Apelaciones de La Serena 30 abril 2004.
- *Ministerio Público con Juan Ruiz* (2005): Tribunal Oral en Lo Penal de Punta Arenas 12 enero 2005, Boletín del Ministerio Público, 22 (2005), pp. 44-59.
- *Nieves Alarcón con Alejandro Cortés* (2006): Juzgado de Garantía de Coquimbo 3 marzo 2006, Boletín del Ministerio Público, 27 (2006), pp. 11-17.
- *Ministerio Público con Washington Laurence* (2006): I. Corte de Apelaciones de Valdivia 17 noviembre 2006, Boletín del Ministerio Público, 30 (2007), pp. 212-213.
- *Ministerio Público con S.M.Y.Y y Sebastián Araya* (2011): Excelentísima Corte Suprema 11 mayo 2011, Revista Jurídica del Ministerio Público, 47 (2011), pp. 211-227.
- *Ministerio Público con Miguel Torres* (2007): Tribunal Oral en Lo Penal de Puente Alto 11 agosto 2007.