



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE  
FACULTAD DE DERECHO

# EL ÁNIMO LASCIVO EN EL DELITO DE ABUSO SEXUAL

MARÍA JOSÉ OPORTO DÍAZ

Prof. Guía: SANTIAGO FERNÁNDEZ

SANTIAGO, CHILE

2023

## AGRADECIMIENTOS

A las mujeres de mi familia, en especial a mi abuela, mi madre y mis tías, que han recorrido junto a mí cada uno de los grandes pasos de mi vida.

## TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN/ABSTRACT.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
1. DE LOS DELITOS DE SIGNIFICACIÓN SEXUAL EN GENERAL.....	7
1.1 PRESENTACIÓN.....	7
1.2 BIENES JURIDICOS PROTEGIDOS.....	9
1.2.1 Libertad de autodeterminación sexual.....	9
1.2.2 Indemnidad sexual.....	10
1.3 TIPOS PENALES DE DELITOS SEXUALES.....	10
2. EL DELITO DE ABUSO SEXUAL.....	11
2.1 CONCEPTUALIZACIÓN.....	11
2.2 ELEMENTOS TÍPICOS.....	12
2.3 CONFIGURACIÓN.....	13
3. FACETAS DEL TIPO PENAL ABUSO SEXUAL.....	15
3.1 FAZ OBJETIVA.....	15
3.2 FAZ SUBJETIVA.....	16
4. ABUSO SEXUAL ¿DELITO DE TENDENCIA INTERNA INTENSIFICADA O ILÍCITO DE MERA ACCIÓN DOLOSA?.....	18
5. EL DILEMA DEL ÁNIMO LASCIVO COMO ELEMENTO SUBJETIVO ADICIONAL.....	20
5.1 BASES DE LA DISCUSIÓN.....	20
5.2 PARTIDARIOS DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN CASOS AMBIVALENTES.....	22
4. TOMA DE POSTURA.....	24
4.1 EL ÁNIMO LASCIVO COMO POSTULADO DE NECESARIEDAD Y CASUISMO.....	24
4.2 ¿Y CUANDO EL ÁNIMO DEL AGENTE DIFIERE DE UN DESIGNIO LASCIVO?.....	25
4.3 CONVIENE ACLARAR: EL COMPONENTE SUBJETIVO DEBE CONSULTARSE ÚNICAMENTE EN CASOS EXCEPCIONALES.....	26
CONCLUSIONES.....	27
BIBLIOGRAFÍA.....	28

## RESUMEN

Existe la discusión doctrinal acerca de si concierne al ART. 366 TER CÓDIGO PENAL que regula el delito de abuso sexual, incluir entre los elementos configuradores del tipo el ánimo lascivo del autor del delito como un elemento subjetivo que se agrega a los elementos objetivos que describe el artículo. En este artículo defenderemos la tesis afirmativa, pues existen casos ambivalentes donde los jueces del ramo no pueden declarar la significación sexual del acto sino averiguando las intenciones luctuosas que guían la conducta punible que se acusa.

PALABRAS CLAVES: DELITO DE ABUSO SEXUAL – ACTO DE SIGNIFICACIÓN SEXUAL – ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL – ÁNIMO LASCIVO – ART. 366 TER CÓDIGO PENAL

## ABSTRACT

*There is a doctrinal discussion about whether it concerns ARTICLE 366 TER OF THE PENAL CODE, which regulates the crime of sexual abuse, to include among the elements that make up the type the lascivious intent of the perpetrator of the crime as a subjective element that is added to the objective elements described in the article. In this article we will defend the affirmative thesis, since there are ambivalent cases where the judges of the field cannot declare the sexual significance of the act except by ascertaining the mournful intentions that guide the punishable conduct that is accused.*

*KEYWORDS: OFFENCE OF SEXUAL ABUSE – ACT OF SEXUAL SIGNIFICANCE – OBJECTIVE AND SUBJECTIVE ELEMENTS OF THE CRIMINAL OFFENCE – LEWD INTENT – ART. 366 TER PENAL CODE*

## INTRODUCCIÓN

La sexualidad corrientemente ha sido entendida como una experiencia erótica y reproductiva anclada en la naturaleza humana que, pese a rebasar con mucho las meras condicionantes biológicas, siempre se asocia a la manera en que los individuos hacen uso de sus cuerpos en acato instintivo al goce y la reproducción.

El carácter venéreo de este comportamiento si bien cobra expresión en la corporalidad de las personas, tiene un correlato en lo subjetivo, de modo que un acto será sexual en la medida en que sus autores así también lo sientan. De allí que la gratificación de una apetencia de este tipo sea tenida como una circunstancia íntima a la vez que una representación voluptuosa y clamorosa de los cuerpos humanos.

Junto a ello, también se le atribuyen un conjunto de deseos e impulsos volcados hacia los otros, por lo que guarda una dimensión *intersubjetiva* que, por definición, la hace un complejo histórico-cultural que determina la identidad de los sujetos al mismo tiempo que viene determinado por las instituciones sociales y políticas vigentes de una época.

Ciertamente, la cultura da forma y contenido a las experiencias, conductas y actos sexuales en sociedad, enmarcando, etiquetando y regulando la vida sexual de los ciudadanos<sup>1</sup>. Como señala FOUCAULT, el cuerpo y la sexualidad son espacios de poder y dominación a disposición de la sociedad y de la historia en la forma que cada cultura ha convenido que así sea<sup>2</sup>.

Considerar esto es crucial pues concernirá al *Ius* permitir o prohibir a los individuos el acceso a las distintas formas de placer que la sexualidad humana naturalmente provee. Será el Derecho el que estreche las fronteras de lo sexualmente honesto y el que fije los límites de su propia intromisión, provocando una confluencia entre la normatividad social y la acción ética de los individuos.

En este contexto, es el CÓDIGO PENAL el cuerpo jurídico que, por tradición, fija las modalidades de la conducta sexual que el medio social juzga como típicamente ilícitas y

---

<sup>1</sup> HORVITZ LENNON, M.I. (1998). Delitos sexuales, libertad personal y protección moral colectiva. Apuntes de Derecho (Universidad Diego Portales), (3), 10-13, p. 10.

<sup>2</sup> FOUCAULT, M. (2005). Vigilar y Castigar: Nacimiento de la prisión. México DF: Siglo XXI Editores.

punibles, describiéndolas como fórmulas anormales de ayuntamiento que, entre otros valores, infringirán la libertad, la indemnidad y la dignidad de las personas.

Esto no es otra cosa que una concreta moral sexual social que, por tutela del DERECHO PENAL, se otorga a una determinada concepción acerca de lo sexualmente correcto en detrimento de otras<sup>3</sup>.

Luego, será con arreglo a esta reserva legal que surgirán los llamados “DELITOS SEXUALES” como una forma de aglutinar *expressis verbis* estas conductas bajo pautas coercitivas que la legislación positiva hará extensivas a todos los miembros de la sociedad.

Para el caso chileno, la mayoría de estos ilícitos se hayan especialmente tipificados en el TÍTULO VII del LIBRO II del CÓDIGO PENAL bajo el epígrafe “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”.

Pese a que aquí se enlista un catálogo diverso de formulaciones típicas de delitos contra la integridad sexual, como son la violación, las formas de estupro y la sodomía, todos estos copiosamente discutidos por la dogmática nacional, en este trabajo nos centraremos en exclusivo en el delito de abuso sexual.

---

<sup>3</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. (1999) Derecho Penal Sexual Moderno ¿Afirma seriamente lo que dice? [En Línea] Disponible en: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Student\\_Organizations/SELA09\\_Bascunan\\_PV.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Bascunan_PV.pdf)

# 1. DE LOS DELITOS DE SIGNIFICACIÓN SEXUAL EN GENERAL

## 1.1 PRESENTACIÓN

Los fundamentos de la punibilidad y la penalidad de comportamientos que para la ley penal resultan constitutivos de delito, están teñidos de concepciones socio-culturales que, por lo hegemónicas que resultan para una época, determinan la política criminal y el sustrato ontológico de los hechos que serán motivo de percusión penal. Esto toma especiales ribetes en ámbitos tan sensibles como los delitos sexuales.

Ciertamente, el núcleo típico de todos los atentados sexuales desde siempre ha estado determinado por las concepciones morales acerca de lo sexual que se tienen en una época. Estos valores, en muchas ocasiones, congregados según intolerables prejuicios y estereotipos, definirán lo que se entenderá por formas normales (y anormales) de acoplamiento sexual y qué actos se tendrán por objetivamente aptos para ofender la honestidad y el pudor público.

Como apunta Francisco MALDONADO, “Históricamente, los delitos que atentan contra la libertad de autodeterminación en materia sexual han sido desarrollados en nuestro medio a propósito del análisis de la honestidad o la moralidad pública como bien jurídico o interés protegido”<sup>4</sup>.

De trata de una moral sexual que, por su naturaleza epocal, obliga a revisar las descripciones típicas de estos delitos conforme vayan mudando los hábitos sociales y las valoraciones culturales. Así ocurrió con la reforma al TÍTULO VII LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL, promovida por la LEY N.º 19.617 publicada el 12 de julio de 1999 en el DIARIO OFICIAL, cuyo interés estuvo en eliminar todo vestigio moralizante de la índole jurídica del acto sexual que impregnaba la antigua regulación.

La reagrupación de las figuras delictivas en materia de delitos sexuales redefinió el tratamiento que traía la anterior codificación, incorporando una nueva nomofilaxis que quiso librarse del anacrónico y disperso cuerpo de normas previo, pues se estimó que conceptos como moralidad pública, mujer de buena fama o abusos deshonestos eran un resabio castizo

---

<sup>4</sup> MALDONADO, F. (2003). Tratamiento de la nueva regulación de delitos sexuales. Problemas actuales de Derecho Penal (Universidad Católica de Temuco), (7), 227-265., p. 261.

de vieja jurisprudencia, o si se quiere, de antigua censura eclesiástica profundamente anclada en la teología moral escolástica<sup>5</sup>.

La actual redacción de la norma contiene una esencia puramente liberal que es sensible a la mudanza de valores que traen las nuevas épocas, o al menos, a ello tiende. El nuevo articulado responde a una crítica deslegitimizante de la moral sexual como objeto de protección penal que llevó a cambiar completamente la fisionomía de los delitos sexuales, pese a que, expresa María Inés HORVITZ, se mantienen algunos principios estructurales que legitiman la protección de la incolumidad sexual<sup>6</sup>.

El pool actual de delitos sexuales comprende a la libertad y la indemnidad sexual como bienes jurídicos exclusivos que serán objeto de tutela, desembarazándose de la concepción tradicional que los agrupaba caóticamente como injustos infractores del orden jurídico de las familias, de la autodeterminación sexual y la moralidad o pudor público.

Como indica la HISTORIA DE LA LEY N.º 19.617, “los elementos tenidos en cuenta para efectuar esta agrupación son de variada índole, y sea como sea, a estas alturas han perdido vigencia o legitimidad, haciendo insostenible la mantención de tal sistemática”<sup>7</sup>.

De esta manera, a la violación, al estupro y el abuso sexual se les asignará un motivo de reproche estrictamente biológico relacionado con el ejercicio adecuado de las funciones sexuales y con el normal desarrollo sexual de los menores e incapaces, cuya virtud es que sustrae toda carga axiológica de la libertad sexual, entendida como el objeto de tutela definitivo para esta clase de delitos.

---

<sup>5</sup> *Vid.* SCHOLLGEN, W. (1969). La sexualidad y el delito desde el punto de vista de la teología moral católica. Madrid: Reus.

<sup>6</sup> HORVITZ LENNON, M.I. (1998). Delitos sexuales, libertad personal y protección moral colectiva. Apuntes de Derecho (Universidad Diego Portales), (3), 10-13, 13.

<sup>7</sup> VIVES ANTON, T. (1995). Comentarios al Código Penal español. Madrid: Edersa, p. 903.

## 1.2 BIENES JURIDICOS PROTEGIDOS

### 1.2.1 Libertad de autodeterminación sexual

La libertad o autodeterminación sexual es el tipo específico de libertad humana asociado a los delitos sexuales que consiste en la facultad humana de consentir o rechazar la realización de actos de significación sexual. De esta libertad sexual emanan dos aspectos destacados por la doctrina: uno activo, que acoge la facultad de disponer sexualmente del propio cuerpo, sin otras limitaciones que las que impone el respecto a la libertad ajena; y otro pasivo, que encierra la posibilidad de repeler las agresiones sexuales que puedan producirse<sup>8</sup>.

De este modo, toda persona goza de plena libertad para ejercer actividad sexual o de mantenerse pasivo e inapetente ante ésta. La persona puede realizar cualquier tipo de actos a y le es factible rechazar la ejecución de otros que resulten gravosos a su pudor. Lo que la norma, en tanto, proscribiera es la coacción o abuso que se lleva a cabo con miras a la realización de un acto sexual.

En este sentido, “Las conductas o acciones descritas por el legislador en los diversos tipos delictivos corresponden a hechos que si se ejecutan en forma consentida son lícitos, permitidos en el ejercicio de las libertades humanas en el ámbito sexual. Su ejecución se transforma en ilícita al concurrir circunstancias que permiten colegir la ausencia de voluntad –manifestada en forma libre– en alguno de los partícipes del acto con significación sexual”<sup>9</sup>.

Así lo expresa GARRIDO MONTT, de modo que el fundamento de la ilicitud -o de la sanción- reside en el ejercicio de estos actos de coacción o intimidación y/o en el abuso que se lleva a cabo en una situación de prevalimiento.

La libertad sexual, en este sentido, debe entenderse como una manifestación de la libertad personal que incide en la autodeterminación de la persona en el espacio sexual, ámbito se extiende a la libre disposición del sujeto de su propio sexo y a la protección contra atropellos físicos o morales de naturaleza sexual que vayan en contra de su voluntad o que se realicen sin su consentimiento<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> ORTS BERENQUER, E. (1995). Delitos contra la Libertad Sexual. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, p. 593.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, L. (2006) Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto del Código Penal. Política Criminal, (1), 1-19, 7.

<sup>10</sup> *Ibid.*

### 1.2.2 Indemnidad sexual

Como complemento a la libertad sexual se protege la indemnidad o intangibilidad sexual en aquellos casos donde la víctima ocupa una posición vulnerable o de sometimiento al agente del delito. Es la garantía que resguarda el derecho de los menores a no verse involucrados en un contexto sexual y el de todas aquellas personas que se encuentran en una situación de prevalencia o de aprovechamiento de una posición ventajosa por parte del autor.

Esta indemnidad busca preservar el desarrollo integral de la sexualidad de las personas, en particular, aquellas que no se encuentran en condiciones de expresar su voluntad o que no se les reconoce la facultad de hacerlo. Este especial grupo de personas tiene la característica común de no poder disfrutar su sexualidad de forma plena, como es el caso de los discapacitados mentales o de los impúberes o infértiles, por lo que ley penal les asegura el derecho de permanecer incorruptibles sexualmente, entendida que sea esta misma inviolabilidad como el objeto de protección del delito.

Cabe tener en cuenta que, para el caso de los menores de edad la norma intenta proteger el normal desarrollo y conformación de la sexualidad del niño. De manera que la realización de un acto de relevancia sexual con un menor –aun consentido– lesiona su intangibilidad sexual, y –desde este segundo aspecto– pone en peligro el libre ejercicio de su sexualidad, al interferirse el normal proceso de su consolidación<sup>11</sup>.

### 1.3 TIPOS PENALES DE DELITOS SEXUALES

El CÓDIGO PENAL actualmente vigente considera 4 tipos o figuras de ilícitos contra la integridad sexual: la violación, el estupro, el abuso sexual y los delitos de corrupción de menores.

En este trabajo será de nuestro interés, únicamente, el tipo penal de abuso sexual, figura que si bien sanciona actos sexuales que van en detrimento de la incolumidad sexual, sanciona la ejecución de actos de significación sexual no consentidos de menor entidad que el resto de los nombrados, cuya configuración y elementos típico serán explicados en el apartado que viene.

---

<sup>11</sup> GARRIDO MONTT, op. cit., p. 269.

## 2. EL DELITO DE ABUSO SEXUAL

### 2.1 CONCEPTUALIZACIÓN

*Sub specie* delito de abuso sexual se considera aquel acto de significación sexual opuesto a la cópula sexual o que no considera como elemento de tipicidad la hipótesis del acceso carnal<sup>12</sup>. Aquí el acento comisivo repara en la falta de incidencia del acceso carnal como elemento definitorio del ilícito pudiendo, en el caso, existir contacto corporal con la víctima<sup>13</sup>.

Tal como expresa María Elena SANTIBÁÑEZ, la esencia de éste delito radica en la realización abusiva de una *acción sexual diferente del acceso carnal*<sup>14</sup>. Mientras las figuras de estupro o violación constituyen atentados contra la libertad sexual porque se materializan a través del acceso carnal a la víctima, el abuso sexual consiste en una amplia gama de conductas con significación sexual cuyo elemento definitorio, precisamente, es que son diferentes al acceso carnal. Por ello, es que éste delito tiene un carácter residual en términos de acción sexual y de penalidad respecto de los delitos de violación y estupro<sup>15</sup>.

A entendido del ARTÍCULO 366 TER CÓDIGO PENAL, es claro advertir que la acción de abusar deshonestamente de una persona comprende cualquier acto *relevante* realizado mediante contacto corporal con la víctima o que comprometa la integridad de los órganos genitales, el ano o la boca aun cuando hubiere contacto corporal con ella<sup>16</sup>. Sin embargo, pese a ser un refundido del antiguo delito de abuso deshonesto, la redacción de este artículo, sin

---

<sup>12</sup> Quedan excluidas de esta definición aquellas conductas realizadas por una persona sobre sí misma, las que efectúa un y tercero en presencia de la víctima o la exhibición impúdica ante ésta. Se incluyen, en tanto, hipótesis como la violación lésbica, la violación de varón a manos de una mujer, el ejercicio forzado de la actividad sexual de la víctima sobre sí misma, con animales, con cadáveres, con cosas o con el propio hechor.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, L. (2015). Delitos Sexuales. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 83.

<sup>14</sup> SANTIBÁÑEZ TORRES, M.E. (2016). Los delitos sexuales tradicionales y sus principales modificaciones. Justicia y Sociedad (Pontificia Universidad Católica), 1-33, 1.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Esta expresión permite incorporar al tipo penal conductas realizadas mediante objetos materiales, animales o por el hecho de terceras personas.

una lectura jurisprudencial auxiliar, surte ambigua e imprecisa pues prescinde de los elementos subjetivos del tipo, como la antigua exigencia del ánimo lascivo<sup>17</sup>.

La descripción típica que el tenor literal del ARTÍCULO 366 TER CÓDIGO PENAL entrega contiene únicamente elementos materiales u objetivos, como son la significación sexual y la relevancia del acto cometido, sin incluir elementos normativos de orden subjetivos, tal como lo hiciera la redacción que previo a la reforma configuraba el delito de abusos deshonestos.

De esta manera, la conducta incriminada por el delito de abuso sexual exige deba ser objetivamente (y no subjetivamente) relevante, desde el punto de vista social, para afectar la libertad de la persona o la indemnidad de los menores, desde un punto de vista sexual.

## 2.2 ELEMENTOS TÍPICOS

Ante esta incompletitud de la norma, la CORTE SUPREMA ha venido a dar contenido a este injusto, señalando que son tres los elementos que aclaran el quid del ilícito: i) la connotación sexual de la conducta; ii) la relevancia del acto ejecutado; y iii) una aproximación corporal con la víctima<sup>18</sup>.

Objetivamente, será de significación sexual aquel acto que tenga la aptitud para excitar el instinto sexual de una persona, o la simple circunstancia de que se afecten los órganos sexuales de la víctima o el autor. Subjetivamente, se señala que, además del componente doloso –o *animus iniurandi*–, el acto requiere de un propósito lúbrico que anime el actuar del sujeto activo y que ofenda el pudor de la víctima. Este ánimo lascivo debe comprenderse como la intención de involucrar a otro en un contexto sexual o, como es de

---

<sup>17</sup> Tal como menciona la COMISION MIXTA redactora de la LEY N.º 19.617, la expresión “cualquier acto de significación sexual” fue entregada con conocimiento a la jurisprudencia para su integración o delinear su entendimiento, pues aquí, a diferencia de lo que la entidad del acto sexual en general denota, no incluye el contacto con zonas erógenas del cuerpo del autor o de la víctima<sup>17</sup>. Esto obliga a obviar los parámetros tradicionales donde el carácter sexual viene dado, precisamente, por la conjunción carnal entre las partes del delito. En BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1999). Historia de la Ley N.º 19.617 que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación, p. 429.

<sup>18</sup> SENTENCIA CORTE SUPREMA Rol N.º 960-2005, de 14 de abril de 2005.

uso más general, en que el acto sexual represente para su autor una forma de satisfacer el instinto carnal<sup>19</sup>.

Mientras la CORTE DE APELACIONES ha defendido un concepto objetivo sobre la significación del acto sexual, que la doctrina se divide entre quienes postulan uno de los elementos en descarte del otro<sup>20</sup>. Nuestra opinión es que ambos elementos deben considerarse para la lectura acertada del precepto, pues, ambas facetas son la expresión de un mismo fenómeno, por lo que revestir a una conducta de un carácter sexual, es considerar que aquél es la expresión material de un instinto (faz objetiva) que, para su autor, comporta un designio lascivo o una forma de desahogo o satisfacción sexual (faz subjetiva).

### 1.3 RELEVANCIA

Se expresa que el delito de abuso se configurará en la medida en que el acto sexual esté revestido de una cierta gravedad que signifique un atentado contra la integridad e indemnidad sexual de la víctima<sup>21</sup>. Esto es de sobrada sensatez pues, deben considerarse dentro del tipo, tocamientos que, sin que correspondan a un acceso carnal constitutivo de violación, deben tener un cariz impropio o deshonesto según marquen los parámetros culturales dominantes.

Como señala RODRÍGUEZ COLLAO, “no todos los actos que habitualmente son motivados por el instinto carnal quedan abarcados por la tipicidad del delito de abuso sexual;

---

<sup>19</sup> ORTS BERENQUER, E. (1995). Delitos contra la Libertad Sexual. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, p. 908.

<sup>20</sup> Para RODRÍGUEZ COLLAO el criterio a utilizar debe ajustarse a parámetros objetivos para la configuración del tipo, que comprenden la realización de actuaciones libidinosas no dirigidas a la conjunción carnal (RODRÍGUEZ COLLAO, L. (2006) Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto del Código Penal. Política Criminal, (1), 1-19, 8); para GARRIDO MONTT, en tanto, debe ser trasladable un ánimo libidinoso estimulado por el afán de un deleite carnal o de satisfacer el autor su concupiscencia, además de un ánimo lascivo o intención del hechor de involucrar a una persona en un contexto sexual (GARRIDO MONTT, M. (2010). Derecho penal. Parte Especial. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

<sup>21</sup> MALDONADO FUENTES, F. (2003). Tratamiento de la nueva regulación de delitos sexuales. Problemas actuales de Derecho Penal (Universidad Católica de Temuco), (7), 227-265, 231.

esto únicamente ocurrirá respecto de aquellos comportamientos que efectivamente importen un atentado contra la indemnidad sexual de la víctima”<sup>22</sup>.

De ello es que no sean relevantes ni constitutivas de delito las palpaciones practicadas por un médico en apego estricto a la *lex artis* o las caricias que un padre pueda realizar a su hijo. Un beso, por ejemplo, aunque sea expresión de un instinto venéreo e importe un contacto corporal en los términos que preceptuados por el ARTÍCULO 366 TER CÓDIGO PENAL, no tiene la importancia de ser considerada una acción sexual.

Este tipo de actos, con frecuencia, son empleados por la doctrina para ilustrar la ausencia de relevancia, que por su fugacidad o por la zona que resulta afectada, no envuelven la gravedad suficiente para atentar en contra de la indemnidad sexual de la víctima. Luego, la relevancia del acto estará determinada por un compromiso real que pueda provocarse a la indemnidad del bien jurídico que se aquí se quiere proteger, sin que aparezca equívoco sexualmente atendido el contexto y finalidad del mismo.

Este aspecto abre el dilema en torno a una serie de actos que por su ambivalencia o equivocidad avivan la discusión acerca de su efectiva punibilidad. Existen actos que, de *communis opinio*, como los que se citan, no dan muestra palmaria acerca de la lubricidad de su intención si se acude a una interpretación meramente objetiva del acto.

Finalmente, se agrega un tercer elemento de naturaleza estrictamente objetiva que estima indispensable una afectación a la integridad corporal de la víctima, en que se citan especialmente a los órganos genitales, la boca o el ano.

Será, entonces, definitorio que el acto tenga significación sexual y, copulativamente, la relevancia necesaria para configurar el ilícito de abuso sexual, pese a la complejidad que supone la conceptualización de estos elementos como la fijación de parámetros en que circuirlos.

---

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, op. cit., p.123.

## 2. FACETAS DEL TIPO PENAL ABUSO SEXUAL

### 2.1 FAZ OBJETIVA

Como anticipamos, el comportamiento punible descrito en el ART. 366 TER CÓDIGO PENAL comprende los actos de connotación sexual que configuran el delito de abuso sexual desde una dimensión estrictamente objetiva que, en todo caso, no alcanza a dar con una definición más acabada y completa de la figura.

Para ello, utiliza, por un lado, parámetros normativos con los que describe los modos comisivos propios de la conducta ilícita, además de señalar su relevancia o entidad; y, por otro, parámetros objetivos que dan cuenta de la necesidad de que el acto afecte la corporalidad de la víctima, que puede materializarse por contacto corporal directo o mediante la afectación genital, anal o bucal de la víctima. En este punto, entonces, resulta decisivo delinear lo que se entenderá por acto de significación sexual.

Quien se acerca a un significado sin excesos ni pretensiones es Francisco MUÑOZ CONDE, al definirlos como aquellos actos que resultan objetivamente aptos para excitar el instinto sexual de una persona dependiendo cuál sea el contexto social en que se desarrollan<sup>23</sup>. El problema es que no existe un criterio único y objetivo acerca de qué debe entenderse por *lo sexual* del acto, planteando la incógnita sobre cuál es el contenido preciso que concretará el delito de abuso sexual.

Antes de la reforma impulsada por la LEY N.º 19.617, el delito de *abusos deshonestos* que vino a ser sustituido por el actual delito de abuso sexual, consideraba el *ánimo lascivo* como un elemento subjetivo coadyuvante a la mejor comprensión del tipo criminal. La motivación particular del sujeto pasivo a la época de la comisión del acto funcionaba como fórmula adicional para la verificación del disvalor del acto.

Con la nueva regulación este elemento es sustraído incluyéndose, en su reemplazo, y con un afán de taxatividad, una numeración circunstanciada de los actos que el codificador consideró serán objeto de prohibición, tal como indican los ARTÍCULOS 366, 366 BIS, 366 TER y 366 QUATER CÓDIGO PENAL.

---

<sup>23</sup> MUÑOZ CONDE, F. (1996). Derecho Penal. Parte Especial. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 383.

De esta manera, la idea de lo sexual, en términos generales, estará relacionada con “actos que involucren la invasión de órganos genitales distintos al acceso carnal, dotados de una cierta gravedad y que impliquen aproximación corporal entre el autor y la víctima” (*sic*)<sup>24</sup>. Aquí la conducta sexual debe importar el contacto genital, anal o bucal de los partícipes dadas las exigencias expresas del tipo; sin perjuicio que, también serán motivo de reprochabilidad, la ejecución de actos sexuales que no importen contacto corporal directo pero que exigen la afectación de las áreas que se indica.

Será, entonces, el acto tendiente a afectar corporalmente a la víctima el elemento objetivo del delito de abuso sexual, elemento que se concretará: i) por contacto corporal directo con la víctima<sup>25</sup>; ó ii) mediante la afectación de los órganos genitales, ano o boca; sin que, en todos los casos, exista acceso carnal al sujeto pasivo.

## 2.2 FAZ SUBJETIVA

Acerca de los elementos subjetivos del tipo, si bien no los menciona la ley en términos explícitos, si es de convenio para la doctrina y jurisprudencia la participación de dolo directo en el actuar del agente, descartándose la posibilidad de dolo eventual o comisión culposa. Basta el conocimiento del autor de cada una de las modalidades comisivas del delito y los presupuestos de hecho que indica la norma para inferir que el sujeto actúa abusivamente y con una intención dirigida a la ejecución típica de la conducta.

De esta manera, la violencia e intimidación, la prevalencia y, en su caso, el engaño, requieren una voluntad dirigida a la finalidad (la ejecución típica de la conducta) en forma inequívoca y directa<sup>26</sup>. Hoy en día, como veremos en este trabajo, existe consenso mayoritario en que la conducta delictiva para que tenga significación sexual requiere de un elemento subjetivo específico diverso del dolo, como es el *ánimo lascivo*. Para quienes son

---

<sup>24</sup> GARRIDO MONTT, M. (2010). Derecho Penal. Parte Especial. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 318.

<sup>25</sup> En este sentido, no constituye abuso sexual el acto de obligar a desvestirse o exhibirse a la víctima, aun cuando el objetivo del autor sea obtener la satisfacción de un apetito sexual.

<sup>26</sup> GARRIDO MONTT, op. cit., p. 319.

partidarios de su inclusión entienden que su concurrencia importa la búsqueda de satisfacción sexual, la que opera como móvil o finalidad del autor<sup>27</sup>.

Quienes, a su turno, se oponen a su inserción señalan que, si bien tendría el efecto aparente de excluir la punibilidad de la conducta cuando el propósito de explorar los órganos sexuales sea legítimo, como puede ser el caso de tocaciones ginecológicas, la incorporación de este elemento puede tener efectos colaterales, como dejar en impunidad actos violencia sexual hacia la víctima que siguen un objetivo distinto de la satisfacción sexual, como son los actos de vejamen o injuria.

Por lo mismo, consideran que para la correcta descripción del tipo resulta suficiente la fijación de elementos normativos sin respecto de una particular animosidad o apetito libidinal sujeto activo<sup>28</sup>.

Como expresa GARRIDO MONTT, “la consideración en el tipo penal de una animosidad de esta naturaleza implica acreditar la concurrencia de una motivación particular en la psiquis del sujeto activo, con base en que se entraría a definir la aptitud objetiva de la conducta desplegada en expresión de dicha intencionalidad o móvil. No parece adecuado y conveniente entregar a los móviles del sujeto activo la valoración del acto punible. Dicha lógica, llevada a situaciones extremas, puede significar la aplicación de resultados absurdos y contradictorios”<sup>29</sup>.

De ello que la decisión legislativa fue considerar únicamente el dolo directo como componente subjetivo del injusto, pues se tuvo que la intencionalidad de ejecutar el acto alberga en sí un ímpetu lascivo, es decir, el propósito de obtener una satisfacción carnal del sujeto activo está comprendido en el propio dolo sin que se considere un elemento aditivo a la faz subjetiva.

---

<sup>27</sup> Vid. MALDONADO FUENTES, F. (2003). Tratamiento de la nueva regulación de delitos sexuales. Problemas actuales de Derecho Penal (Universidad Católica de Temuco), (7), 227-265.

<sup>28</sup> Vid. POLITOFF, S.; MATUS, J.P.; RAMÍREZ, M.C. (2004). Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p.

<sup>29</sup> GARRIDO MONTT, M., *op. cit.*, p. 321.

Así también lo estima María Cecilia RAMÍREZ, al sostener que “mal podría afirmarse que en su ejecución no se está obrando con miras o motivaciones de carácter sexual”<sup>30</sup>. En este sentido, la técnica legislativa aplicada hace concurrente en el dolo dicha motivación pues, de lo contrario, el hecho no podría ser calificado por el agente como un acto de alcance sexual<sup>31</sup>.

### 3. ABUSO SEXUAL

#### ¿DELITO DE TENDENCIA INTERNA INTENSIFICADA O ILÍCITO DE MERA ACCIÓN DOLOSA?

Hemos señalado que el delito de abuso sexual es descrito por el ARTÍCULO 366 TER CÓDIGO PENAL en términos meramente objetivos, pues hace visto de los actos concretos que otorgan ofensividad a la acción sexual. Para este tipo de injustos, el codificador penal no estimó pertinente agregar expresiones denotativas de un determinado ánimo o intención que motivara la conducta del sujeto activo.

No obstante, cierto es que el precepto no lista un elenco *numerus clausus* de acciones sexuales, por lo que no se basta a sí mismo para definir la antijuridicidad del acto frente a situaciones ambivalentes. Esto revela una insuficiencia en la doctrina objetivista del delito de abuso sexual que ha llevado a la jurisprudencia y la doctrina a considerar un componente subjetivo que tácitamente declare la configuración del ilícito *sub lite*.

Como señala Juan Pablo MAÑALICH, “en ninguna otra clase de infracciones se aperece tan bien el influjo del elemento subjetivo como en el delito de abuso sexual. Sólo él separa la palpación del sátiro de la exploración del médico que objetivamente son idénticas. Lo mismo ha de decirse del beso, que puede ser muestra de saludo, del más puro cariño o de ánimo libidinoso”<sup>32</sup>. Lo cual es correcto, pues, la imagen que el legislador tuvo sobre esta

---

<sup>30</sup> RAMÍREZ, M.C. (2007). Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia. *Política Criminal*, (3), 1-13, 5.

<sup>31</sup> Lo cual es discutible pese a lo atendible que resulta el argumento y la conveniencia probatoria que significa no indagar en motivaciones carnales accesorias al propio dolo del autor.

<sup>32</sup> MAÑALICH RAFFO, J.P. (2014). La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el Derecho Penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Ius et Praxis*, (2), 21-70, 34.

conducta viene precedida por la tendencia o propensión de su autor de traspasar los límites que el medio social admite por una conducta sexual lícita, y que se agregan al propósito cierto de procurarse satisfacción libidinal.

Esto ha llevado a afirmar que el abuso sexual consiste en un *delito de tendencia interna intensificada* que requiere de la existencia de un ánimo, un propósito u una intención del inculpatado que otorgue sentido delictivo y deshonesto a una conducta que, de lo contrario, resultaría irrelevante y no significativa sexualmente por su carácter equívoco<sup>33</sup>.

Esta categoría que se agrega a otras, como los delitos de intención, de tendencia interna trascendente o de resultado cortado, suman un elemento anímico específico distinto del simple dolo o la culpa que resulta ineludible para la configuración del tipo, y que no se indica explícitamente en la gramaticalidad de la norma que pune la acción. Aquí los elementos subjetivos no aparecen descritos en el tipo sino que se deducen tácitamente por mérito de la doctrina y la jurisprudencia.

Esto se deja decir acerca del ánimo lascivo en los delitos de abuso sexual, considerado uno de los ejemplos más conspicuos –al igual que el *animus iniurandi*–, de este tipo de ilícitos. Ciertamente, el ARTÍCULO 366 ter CÓDIGO PENAL sólo enuncia elementos materiales o normativos como componentes necesarios del delito de abuso sexual, omitiendo de *lege lata* elementos subjetivos que motiven la conducta del autor.

Este silencio u omisión de la norma ha llevado a suponer que estos elementos anímicos quedan comprendidos bajo el paraguas del propio dolo, por lo que se trataría de elementos que forman parte de la dirección o móvil intelectual que el autor imprime a la acción. Así lo ha entendido tradicionalmente la doctrina subrayando que, para ilícitos contra la libertad e indemnidad sexual, la figura del dolo asume características particulares.

De esta manera, la impudicia del acto queda abarcada por la intención maliciosa o dolosa de su autor, que es la que otorga verdadero sentido al ímpetu libidinoso y que constituye el desvalor subjetivo que, en última instancia, hace postular la ejecución del delito de abuso sexual.

Así también lo ha entendido el TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL quien, en reciente fallo, ha sido claro en afirmar que,

---

<sup>33</sup> *Vid.* GARRIDO MONTT, M. (2010), *op. cit.*

“pese a que tradicionalmente se ha venido exigiendo la concurrencia de un ánimo lascivo o libidinoso proyectado en el afán del autor en obtener satisfacción sexual, esa postura se ha ido modulando porque, en realidad, no lo requiere el tipo. Ordinariamente acompañará a la acción y será útil para acreditar el conocimiento de la significación sexual de la conducta en su aspecto de ataque a la libertad o la indemnidad sexual. Sin embargo, la exigencia de un elemento subjetivo concretado en el ánimo libidinoso no resulta admisible, pues el legislador en la regulación de los delitos de abuso y agresión sexual no incluye ningún móvil añadido al dolo elevado a la categoría de elemento subjetivo del injusto para su inclusión típica. Basta que el sujeto conozca la trascendencia de su acción, el significado sexual de su conducta.”<sup>34</sup>

De este modo, para acreditar el injusto de abuso sexual deberá encontrarse en la conciencia del autor el germen comisivo del delito, o en otras palabras, la intención de obtener un deleite carnal o de adentrar a la víctima en un contexto sexual.

La tendencia lasciva que la jurisprudencia hace desprender del ARTÍCULO 366 TER CÓDIGO PENAL, pareciera ceder ante esta nueva interpretación que omite la concurrencia de este elemento subjetivo, pese a que habitualmente esté presente en la conducta luctuosa del imputado. Esto hace desdeñar la idea de que el ánimo lascivo constituiría un elemento decisivo que acompañe a los delitos contra la libertad sexual, descartándose la idea de un elemento subjetivo que otorgue significado a la conducta objetiva.

Para analizar este problema que, pese a complicar la lectura del artículo simplifica la probanza judicial del delito de abuso sexual, dedicaremos los epígrafes siguientes.

### 3. EL DILEMA DEL ÁNIMO LASCIVO COMO ELEMENTO SUBJETIVO ADICIONAL

#### 3.1 BASES DE LA DISCUSIÓN

Hemos sentado que el ARTÍCULO 366 TER CÓDIGO PENAL define el carácter venéreo del tipo penal abuso sexual como expresión única de los elementos objetivos que entrega la

---

<sup>34</sup> SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL N.º 201/2021, de 4 de Marzo.

literalidad del precepto. Se trata de actos objetivamente aptos para ofender la honestidad o el pudor de la víctima que mueven la conducta ofensiva del agente.

La presencia de elementos subjetivos expresamente mencionados, como aquellos que incluye el ARTÍCULO 366 QUÁTER CÓDIGO PENAL para el caso de la corrupción de menores —es decir, la intención de procurar excitación sexual o la excitación sexual de un tercero—, son omitidos a pesar de que el logro de la satisfacción de la libido sea en la mayoría de los casos el ánimo que explica la acción sexual.

Esto último nos sitúa frente a la duda de si el legislador, por las mentadas razones, tuvo la voluntad de definir el delito de abuso sexual según la apariencia externa de la acción luego que considerase que, por sí misma, satisfacía la significación sexual del acto; o estuvo en su idea original concebirlo como un delito de tendencia de modo de hacer inexpresiva la intención concreta del agente.

Lo claro es que, el ánimo lascivo, que debió ser declarado franco y sin ambages, aparece furtivamente gracias al ejercicio interpretativo *lato sensu* del precepto y como una manera que encontró de la jurisprudencia de dar solución a los defectos en su literalidad. De esta manera, si se considera que del sentido de la norma surge el texto, entonces el propósito lúbrico de la acción sexual se ubicará a tras velo de ésta extrayéndose como un elemento tácito que no demanda explícitamente la ley.

Ciertamente, los elementos subjetivos pueden estar presentes en la ley de forma expresa o implícitamente<sup>35</sup>. En este último caso, la finalidad del agente se desprenderá de la interpretación axiológica o sistemática de la disposición, permitiendo calificar el delito como uno de *tendencia*, o más concretamente, como uno de *tendencia interna intensificada* para el caso del abuso sexual. El problema de esta lectura es que no existe acuerdo doctrinal mayoritario acerca de si corresponde o no agregar elementos subjetivos -distintos del dolo- que deslinden los confines de la conducta que aquí se castiga.

Así pues, esta particular redacción del artículo inicia un debate en el que unos propondrán una interpretación estrictamente objetiva del delito de abuso sexual, mientras otros defenderán la inclusión *expressa verbis* del ánimo libidinoso en la construcción del tipo con la idea de no dejar impune conductas que, pese a su ambivalencia, ameritan de reproche.

---

<sup>35</sup> POLITOFF, S. (1965). Los elementos subjetivos del tipo legal. Santiago: Editorial Jurídica.

De postular la primera, cualquier acto que tenga un carácter significativamente sexual y relevante será equivalente a una acción sexual que atenta contra la indemnidad y libertad sexual del afectado, con independencia de la intención del agente<sup>36</sup>. De postular la segunda, se abren dos vías: la primera, como explicamos, hace comprender en el dolo la concupiscencia del autor; mientras que la segunda pretende que el ánimo lúbrico sea un elemento adicional que se incorpora por efecto del cariz tendencial del delito, es decir, a efecto de una interpretación jurisprudencial *ex post* de la norma.

Sobre esta última vía indagaremos en las siguientes líneas.

### 3.2 PARTIDARIOS DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN CASOS AMBIVALENTES

Para GUZMÁN DÁLBORA, es condición ineludible la necesidad del elemento subjetivo para determinar si el acto cuenta o no con significación sexual<sup>37</sup>. No basta que el actuar del autor goce de significación sexual por causa de su apariencia exterior, sino que deberá estar sujeto a sus deseos intestinos de obtener satisfacción sexual<sup>38</sup>.

Con esto, la autora toma nota acerca de las situaciones ambivalentes que hacen insuficiente las consideraciones objetivas acerca de la acción sexual de abuso. Estas escenas que hacen imposible aprehender con objetividad su significación sexual son las que justifican que el precepto aludido sea comprendido a la luz de sus elementos tendenciales tácitamente dispuestos. Luego, ¿corresponde castigar bajo la etiqueta de abuso sexual aquellos actos deshonestos animados por una subjetividad autoral distinta a la apetencia venérea?

Si se sigue el criterio subjetivo, no, pues las intenciones que gobiernan el acto no tienen un ímpetu carnal. Si se considera aisladamente la objetividad del acto, sí, pues la no acreditación del ánimo lascivo o libidinoso hará merced a la pura materialidad de los actos, extendiendo la punibilidad a casos donde la intangibilidad sexual se infringe incluso por razones ajenas al interés de obtener placeres deshonestos.

---

<sup>36</sup> O como severamente afirma Manuel CANCIO MELIÁ, “no hay justificación alguna para la exigencia de un especial ánimo lúbrico”. En CANCIO MELIÁ, M. (2009). Delitos contra la libertad e indemnidad sexual: un inventario. Cuadernos digitales de formación. Consejo General del Poder Judicial N.º 46.

<sup>37</sup> GUZMÁN DÁLBORA, J.L. (2000). Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile. Anuario (Universidad de Antofagasta), (6), 127-172, 127.

<sup>38</sup> *Ibid.*

En el derecho comparado, esta última opción gana cada vez más terreno. Tal es el caso español donde los jueces del foro ante casos dudosos han dejado de exigir se constante la animosidad fallando únicamente a merced de las expresiones exteriores de la acción<sup>39</sup>. El ejemplo clásico son las exploraciones que el médico ginecólogo efectúa al cuerpo de una paciente. Aquí el criterio que ha servido para comprobar una eventual ilicitud del acto se extrae de una constatación deontológica que pretende comprobar si tales acciones se ajustan o no al baremo que exige la *lex artis*.

De tal virtud, resulta irrelevante comprobar cuál ha sido el ánimo que conduce al médico a practicar dichas maniobras, bastando acreditar si ellas se adecúan a la buena *praxis* médica y si ha existido consentimiento de parte de la paciente para realizarlos.

Como señala Enrique ORTS BERENGER, “si se llega a la conclusión de que se trataba de un acto médico precedente y que las maniobras en el cuerpo del paciente rebasaron lo indicado por la *lex artis*, resulta irrelevante intentar averiguar qué ánimos o deseos confluían en la mente del autor en dicho instante”<sup>40</sup>.

Si se trata, en tanto, de acciones en que se reconozca esta misma ambigüedad pero que no se inscriben dentro de un contexto médico o profesional, es de opinión de la jurisprudencia que resulta suficiente con que compruebe que el sujeto pasivo ha prestado su consentimiento para ello.

Esta parece ser la solución jurisprudencial más extendida, y que hace postular, en definitiva, que la significación sexual del acto viene dada por la intención que se plasma en la acción, creyéndose ocioso averiguar la existencia un *animus* ulterior a que obedezca el actuar del agente.

---

<sup>39</sup> Vid. DIEZ RIPOLLÉS, J.L. (1985). La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma. Barcelona: Editorial Bosh.

<sup>40</sup> ORTS BERENGER, E. (1995), op. cit., p. 908.

## 4. TOMA DE POSTURA

### 4.1 EL ÁNIMO LASCIVO COMO POSTULADO DE NECESARIEDAD Y CASUISMO

Atendidas las dificultades que supone dar lectura al ARTÍCULO 366 ter CÓDIGO PENAL luego que su *topos* incluya, únicamente, elementos objetivos sin reparar en consideraciones subjetivas que también hacen parte del injusto abuso sexual, cabe asumir una posición que, sin pretensión de última palabra, conviene aquí realizar.

Puestas a la vista las distintas posiciones acerca de los elementos típicos del delito de abuso sexual, la tesis que defendemos es que, por razones adjetivas o de Derecho Procesal Penal, es pertinente la actual redacción del artículo dada la suficiencia de la expresión material u objetiva de la acción sexual para enjuiciar la mayoría de los actos de connotación sexual que afectan la incolumidad sexual de la víctima.

Sin embargo, como en incontables casos, una regla general de Derecho tiene a su sombra otra cantidad de situaciones excepcionales que requieren de un tratamiento especial.

Tal es lo que ocurre en los casos equívocos o ambiguos de violencia sexual, los que, en concepto de DIEZ RIPOLLÉS, describen un comportamiento cuya significación sexual poco explícita obliga a reforzar el elemento subjetivo<sup>41</sup>. Para estos casos es necesario inferir, como hace la doctrina y particularmente la jurisprudencia, el elemento tendencial con que el autor involucra a su víctima en un contexto de connotación sexual.

De ello es que nos refiramos al ánimo lascivo, elemento subjetivo por antonomasia para los delitos de abuso sexual, como un añadido necesario pero ocasional aplicable a determinados casos como los que enunciamos en los epígrafes *supra*.

Así pues, ante la falta de claridad de la conducta sexual ilícita, funge como criterio para los jueces penales indagar en los propósitos íntimos del agente de forma de no rebajar a la impunidad acciones que, pese a su apariencia de legitimidad (como suelen ser las prácticas médico-ginecológicas), y por su pretensión de deshonor al pudor del sujeto pasivo, sí tienen la magnitud inequívoca de un delito sexual.

---

<sup>41</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J.L. (1985), op. cit., p. 123.

#### 4.2 ¿Y CUANDO EL ÁNIMO DEL AGENTE DIFIERE DE UN DESIGNIO LASCIVO?

Como bien advierte Concepción CARMONA SALGADO, la exigencia de ánimo lascivo servirá también para extraer o dejar fuera del tipo penal aquellas conductas que hayan sido realizadas sin un ánimo luctuoso pero que, pese a ello, comprendan acciones objetivas que afectan la corporalidad de la víctima<sup>42</sup>.

Tales son los casos de agresiones que comprometen la genitalidad del sujeto pasivo, pero que son acompañadas por otros móviles, como la intención de venganza, de burla o de menosprecio, o se trate de acciones que no gozan del estatuto o la magnitud suficiente para erigirse como conductas típicamente punibles en los términos del ARTÍCULO 366 ter CÓDIGO PENAL.

Como menciona Jean Pierre MATUS, “es perfectamente imaginable que exista una acción de contenido inequívocamente sexual que posea una notable gravedad y que, sin embargo, se constate que el ánimo que guió al autor no sea lascivo, sino jocoso, humillante o vengativo; y viceversa, son también perfectamente imaginables tocamientos guiados por un exclusivo ánimo lascivo o libidinoso que no re revisten la gravedad suficiente para integrar el tipo delictivo del abuso”<sup>43</sup>.

Esto es interesante de analizar, porque tales actos pueden no ser expresión del instinto sexual y lo que aquí se precisa, en línea con RAMÍREZ, es que coincidan con lo que se entiende por acto de significación sexual conforme lo indica la cultura o el medio social<sup>44</sup>.

Para tales casos, el acto deberá ajustarse a un tipo distinto de ilícitos que bien pudiere incluirse entre los delitos de coacción, amenazas o injurias, siempre y cuando no tenga la intensidad suficiente para integrar el tipo abuso sexual.

---

<sup>42</sup> CARMONA SALGADO, C. (2005). Delitos contra la libertad sexual. En Derecho Penal español. Parte especial. Madrid: Marcial Pons, p. 239.

<sup>43</sup> MATUS, J.P. (2000). Abusos sexuales por sorpresa: ¿Un caso de atipicidad en el Código Penal reformado por la Ley N.º 19.617 de 12 de julio de 1999? Gaceta Jurídica (243), 14-19, 15.

<sup>44</sup> RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 6.

4.3 CONVIENE ACLARAR: EL COMPONENTE SUBJETIVO DEBE CONSULTARSE ÚNICAMENTE EN CASOS EXCEPCIONALES

Con todo, para la mayoría de los casos basta determinar la entidad objetiva del acto o que la conducta del agente posea un significado externo sexual. Tal es la regla general.

A este respecto, hay una perspectiva que compartimos y que señala que la intención de involucrar a otra persona en un contexto sexual es, por sí, un elemento objetivo del tipo. Por lo que la intención o *animus* deberá encontrarse en las representaciones externas que hagan desembocar en el tipo penal abuso sexual.

Así también lo entiende SANTIBÁÑEZ, para quien “lo decisivo serán los criterios objetivos externos de la acción realizada y que nos permiten concluir que la conducta se llevó a cabo en un contexto sexual”<sup>45</sup>.

Para casos dudosos o donde el motivo del obrar ilícito sea distinto al ánimo de excitación sexual, en tanto, deberá verificarse la existencia de una intención lúbrica que determine si el acto realizado goza de una significación sexual que sea configuradora del tipo abuso sexual.

---

<sup>45</sup> SANTIBÁÑEZ TORRES, M.E. (2016). Los delitos sexuales tradicionales y sus principales modificaciones. Justicia y Sociedad (Pontificia Universidad Católica), 1-33, 25.

## CONCLUSIONES

Hemos instalado en este trabajo que el acento comisivo del delito de abuso sexual está determinado por el concepto de acto de connotación sexual y la concurrencia de los elementos normativos que expresa el ARTÍCULO 366 ter CÓDIGO PENAL. Si bien la lectura estrictamente objetiva de estos requisitos, para algunos, permite configurar el delito sin acudir a los acontecimientos íntimos del hechor, lo cierto es que en los hechos existen numerosas circunstancias que, por su equívocidad, no se arreglan con justeza a la descripción que la norma hace del injusto.

Es común que existan situaciones que, pese a infringir la libertad e indemnidad sexual de la víctima, no existe en el autor el interés de involucrar a la persona en un contexto sexual o de excitar su instinto sexual, sino que pueden ser promovidos por otros intereses que acaban en igual resultado, como gastar una broma, el ánimo de venganza, el deseo de humillación, el ánimo de lucro, entre otros; todos ellos añadidos a la acción impúdica o dolosa.

Estas circunstancias abren la discusión acerca de si la configuración del delito de abuso sexual requiere fijar elementos subjetivos del actuar del agresor como criterio definitivo para que el injusto sea calificado como tal; o más acotadamente, si tales elementos pueden diferir de la consabida “activación de los componentes sexuales de su personalidad”<sup>46</sup>.

La tesis que aquí hemos defendido es que, sí, cabe considerar un componente subjetivo del injusto que se distingue del dolo y que, para casos ambivalentes, se agrega a los presupuestos objetivos que incluye la actual redacción del artículo. Esto significa para el codificador la posibilidad de postular de *lege ferenda* una propuesta que modifique el texto de la norma y que amplíe los requisitos configuradores del tipo (al día de hoy, estrictamente objetivos) incorporando como elemento subjetivo adicional el ánimo lascivo.

---

<sup>46</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. (1997). Problemas básicos de los delitos sexuales. Revista de Derecho (Universidad Austral), 8 (Suplemento Especial), 73-94, 76.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. (1997). Problemas básicos de los delitos sexuales. *Revista de Derecho (Universidad Austral)*, 8 (Suplemento Especial), 73-94.

\_\_\_ (1999) Derecho Penal Sexual Moderno ¿Afirma seriamente lo que dice? [En Línea] disponible en: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Student\\_Organizations/SELA09\\_Bascunan\\_PV.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Bascunan_PV.pdf)

BASCUÑÁN VALDÉS, A. (1961). *El delito de abusos deshonestos*. Santiago: Editorial jurídica de Chile.

BASCUR RETAMAL, G.J. (2016). La mujer como (eventual) autora de un delito de violación. *Ars Boni et Aequi*, 12 (1), 59-90.

BUOMPADRE, J.E. (2017). *El delito de violación. Análisis dogmático de los elementos típicos*. Buenos Aires: Editorial Contexto.

COX LEIXELARD, J.P. (2003). *Los abusos sexuales*. Santiago: Fundación Fernando Fueyo.

DIEZ RIPOLLÉS, J.L. (1985). *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*. Barcelona: Editorial Bosh.

ETCHEVERRY, A. (2001). *Derecho Penal. Parte Especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

FOUCAULT, M. (2005). *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la prisión*. México DF: Siglo XXI Editores.

GARRIDO MONTT, M. (2010). *Derecho penal. Parte Especial. Tomo III*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

GUZMÁN DÁLBORA, J.L. (2000). *Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile*. *Anuario (Universidad de Antofagasta)*, (6), 127-172.

\_\_\_ (2016) *Evaluación y racionalización de la reforma de los delitos contra la libertad sexual*. *Revista de Ciencias Sociales*, (8), 105-136.

HORVITZ LENNON, M.I. (1998). *Delitos sexuales, libertad personal y protección moral colectiva*. *Apuntes de Derecho (Universidad Diego Portales)*, (3), 10-13.

MALDONADO FUENTES, F. (2003). *Tratamiento de la nueva regulación de delitos sexuales*. *Problemas actuales de Derecho Penal (Universidad Católica de Temuco)*, (7), 227-265.

MAÑALICH RAFFO, J.P. (2020). Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal chileno. Santiago: Thomson Reuters.

\_\_\_ (2014) La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el Derecho Penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Ius et Praxis*, (2), 21-70.

MATUS, J.P. (2000). Abusos sexuales por sorpresa: ¿Un caso de atipicidad en el Código Penal reformado por la Ley N.º 19.617 de 12 de julio de 1999? *Gaceta Jurídica* (243), 14-19.

MUÑOZ CONDE, F. (1996). Derecho Penal. Parte Especial. Valencia: Tirant Lo Blanch.

ORTS BERENGUER, E. (1995). Delitos contra la Libertad Sexual. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

POLITOFF, S.; MATUS, J.P.; RAMÍREZ, M.C. (2004). Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

RAMÍREZ, M.C. (2007). Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia. *Política Criminal*, (3), 1-13.

RODRÍGUEZ COLLAO, L. (2015). Delitos Sexuales. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

\_\_\_ (2006) Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto del Código Penal. *Política Criminal*, (1), 1-19.

SANTIBAÑEZ TORRES, M.E. (2016). Los delitos sexuales tradicionales y sus principales modificaciones. *Justicia y Sociedad* (Pontificia Universidad Católica), 1-33.

## LEYES

CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA:

\_\_\_ (1874) CÓDIGO PENAL

\_\_\_ (1999) LEY N.º 19.617, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación.

\_\_\_ (2004) LEY N.º 19.927, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de Delitos de Pornografía Infantil.

\_\_\_ (2013) ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL. Propuesta de Regulación. Delitos contra la Libertad Sexual.

\_\_\_ (2018) ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL. Delitos contra la Libertad Sexual. Arts. 257-276.

\_\_\_ (2019) LEY N.º 21.160, que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra

## JURISPRUDENCIA

SENTENCIA CORTE SUPREMA Rol N.º 960-2005, de 14 de abril de 2005.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL N.º 201/2021, de 4 de Marzo.

## PRENSA

NOTICIA. Tribunal suma una pena por agresión sexual a hombre condenado por intentar asesinar a su novia, pues la besaba mientras la agredía. DIARIO CONSTITUCIONAL. 7 de diciembre de 2022.