

## NO TODA TOCACION CONFIGURA EL DELITO DE ABUSO SEXUAL

Abuso sexual. Acciones sexuales. No toda tocación es delito. Necesidad que acción entre en campo de la intimidad; pudor o sexualidad; contra o sin la voluntad de la víctima. Necesidad de determinar intencionalidad del agente. Sin intencionalidad no hay delito. Omisión que no puede ser subsanada por el tribunal ad quem.

### Doctrina

No toda acción desplegada por el agente en orden al acercamiento físico, sea caricia o tocación de otra persona, constituye delito, sino cuando entra en el campo de la intimidad, el pudor o la sexualidad, en contra de la voluntad de la víctima o respecto de una persona que no pueda manifestar con propiedad su voluntad, razón por la cual el contenido subjetivo de la acción, es decir, la intencionalidad del agente, constituye el elemento esencial para advertir la connotación del acto y, así, poder configurar la existencia de un abuso sexual

Si los sentenciadores no establecen intención alguna en la conducta objetivamente desplegada por el imputado –pasar las manos por sobre la parte anterior del torso de una menor de catorce años–, no es posible tener por configurado el delito de abuso sexual, por cuanto la intencionalidad es consustancial y forma parte del verbo rector de la descripción típica, y su omisión no habilita al tribunal ad quem para invalidar de oficio la sentencia (considerandos 5º, 6º y 7º).

Texto completo de la Sentencia Corte de Apelaciones Antofagasta

Antofagasta, siete de abril de dos mil ocho.

### VISTOS:

El desarrollo de la audiencia celebrada con fecha 31 de marzo de 2008 ante la Segunda Sala de esta Corte de Apelaciones, integrada por los Ministros Titulares Sr. Óscar Clavería Guzmán, el Fiscal Judicial Sr. Rodrigo Padilla Buzada y el Abogado Integrante Sr. Alfonso Leppes Navarrete, para conocer el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Adjunto Nelson Díaz Cisternas en contra de la sentencia definitiva dictada en la causa RUC 0700293619 9, RIT 8 2008 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, que absolvió al imputado Renato del Rosario Vera Michea del cargo de ser autor del delito de abuso sexual.

En estrados compareció el Fiscal del Ministerio Público José Troncoso Valdés, quien reiteró en términos muy generales las peticiones y fundamentos del recurso de nulidad.

La Defensoría Penal Pública, representado por Loreto Flores Tapia, pidió el rechazo del recurso porque la sentencia cumplía con todos los requisitos legales, desde que la calificación jurídica corresponde a los hechos establecidos.

Se produjo el debate quedando la causa en acuerdo.

### TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que el Ministerio Público ha interpuesto recurso de nulidad en contra de la sentencia absolutoria dictada a favor del imputado Renato Michea Vera, invocándose como causal la aplicación errónea del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, según lo dispuesto en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal. Se estima que la errónea aplicación del derecho radica en haberse considerado los hechos no constitutivos del tipo penal, conclusión que es abiertamente contraria a derecho, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina que define la expresión de acción sexual, utilizándose un parámetro objetivo que comprende aquellos actos que los seres humanos generalmente realizan motivados por el instinto sexual. Por otra parte, se sostiene que es absolutamente inaceptable desde el punto de vista jurídico que el acto de tocar los genitales ajenos esté desprovisto de significación y relevancia sexual, pues la libertad en este orden y la protección es completa, sin que la persona pueda ser forzada, frotada, asida o tocada de una manera o intensidad muy particular, para ello se expone variada jurisprudencia y doctrina.

SEGUNDO: Que la defensa del imputado, solicitó el rechazo del recurso, porque la sentencia se encuentra ajustada a derecho, sobre la base de los hechos fijados en el considerando sexto de la misma. Además, se hace un extenso análisis de la sentencia, aduciéndose que la absolución se justifica en el contexto general en cuanto a la forma como se acreditaron los hechos y, especialmente, al nulo desarrollo mamario de la menor.

TERCERO: Que el hecho establecido por el Tribunal Oral quedó fijado en el considerando sexto de la sentencia y, en lo atinente, se refiere a que la menor concurrió a comprar a un quiosco, tomando unos chicles cuando el imputado a su espalda "pasó sus manos por sobre la parte anterior de su torso hasta su cintura, razón por lo que la niña aferró los codos a su cuerpo para poner fin a la acción, recibiendo el vuelto de la venta, por parte del imputado y se fue a su casa... .

CUARTO: Que el delito contemplado en el artículo 366 bis exige realizar una acción distinta del acceso carnal, entendiéndose que se trata de cualquier acto de significación o de relevancia realizada mediante contacto corporal con la víctima o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aún cuando no hubiere contacto corporal.

QUINTO: Que toda acción desplegada por el agente en orden al acercamiento físico, sea caricia o tocación de otra persona, en sí no es constitutivo de delito, sino cuando entra en el campo de la intimidad, el pudor o la sexualidad, en contra de la voluntad de la víctima o respecto de una persona que no pueda manifestar con propiedad su voluntad, de manera que el contenido subjetivo de la acción, constituye el elemento esencial para advertir la connotación del acto y, a partir de allí, configurar la existencia de este ilícito.

SEXTO: Que según se desprende del hecho establecido por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, objetivamente, pasar las manos por sobre la parte anterior del torso de una menor de ocho años de edad, sin que se haya establecido intención alguna, no es constitutivo del delito de abuso sexual y la omisión de los jueces de fondo en orden a fijar el elemento subjetivo, radicado en la intención del imputado, impide en esta sede, dar por establecido el ilícito, pues como se ha dicho, la intencionalidad es consustancial y forma parte del verbo rector de la infracción.

SÉPTIMO: Que si bien el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, ha debido fijar los hechos incluyendo la intencionalidad de quien realizó la acción, dada la naturaleza y característica de este delito, el haber prescindido de esta circunstancia no constituye per se una infracción que habilite al tribunal a acoger el recurso, porque ello significaría reconocer un motivo absoluto de nulidad de oficio, lo que la ley no permite.

OCTAVO: Que en consecuencia, cuando el tribunal calificó jurídicamente el hecho como no constitutivo del delito de abuso sexual sin que en él se haya fijado la intención del agente, la decisión de absolución por inexistencia del delito, es correcta y se aviene a las circunstancias fijadas en el considerando sexto de la sentencia, razón más que suficiente para desestimar el recurso.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia definitiva de fecha siete de marzo de dos mil ocho en causa RUC 0700293619 9, RIT 8 2008.

Regístrese, comuníquese y archívense los antecedentes.

Redacción del Ministro Titular Óscar Clavería Guzmán.

Rol 64 2008.