



UNIVERSIDAD
DE LA REPÚBLICA
URUGUAY

Algunas consideraciones respecto a las modificaciones introducidas por la Ley 19.580 al código penal, con especial referencia a la nueva figura de abuso sexual

CURSO: DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL
Profesor: Diego Camaño

De León, Belén

Estudiante de Abogacía

Correo: beldeleons@hotmail.com

Franco, Micaela

Estudiante de Abogacía

Correo: francomicaela27@gmail.com

Bowhill, Mariann

Estudiante de Abogacía

Correo: marybowhill@hotmail.com

ISSN 2393-6118

Resumen:

En el presente trabajo se pretende analizar el nuevo delito de abuso sexual, incorporado al código penal a través del artículo 86 de la Ley 19.580, de violencia hacia las mujeres basada en género. A ese efecto, se expondrán algunos aspectos generales y modificaciones de relevancia que introduce la mencionada Ley, refiriendo principalmente al plano del derecho penal. Asimismo, se hará referencia a la evolución del bien jurídico penalmente tutelado a través de los delitos sexuales, desde las buenas costumbres, como bien jurídico colectivo hacia la libertad sexual, como bien jurídico individual, y su recepción pacífica a nivel general tanto en doctrina como en jurisprudencia, independientemente del título X del código penal, aún vigente, que disciplina los delitos sexuales como “delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia”. Posteriormente se analizará el tipo en cuestión –artículo 272 Bis del código penal-, haciendo referencia al tipo objetivo –sujetos, comportamiento típico, medios típicos, modalidades de comisión-, a las cuatro circunstancias que hacen presumir la violencia según el artículo, al tipo subjetivo, y finalmente, a la cuestión de si el delito en cuestión admite o no tentativa, y a la pena aplicable, examinando brevemente algunas particularidades que al respecto establece el código del proceso penal.

Palabras clave: Ley 19.580, abuso sexual, delito sexual.

Sumario:

I. Introducción II. Algunos comentarios generales sobre la Ley 19.580 de violencia contra las mujeres basada en género III. Las modificaciones penales introducidas por la Ley 19.580 IV. Los delitos sexuales y la evolución del bien jurídico penalmente tutelado: de las buenas costumbres a la libertad sexual V. Análisis de la figura del abuso sexual 1. Tipo objetivo a) Sujeto activo, b) Sujeto pasivo, c) Comportamiento típico, d) Medios típicos, e) Segunda modalidad de comisión, 2. Presunciones de violencia 3. Tipo subjetivo 4. Cuestión de la tentativa 5. Pena, VI. Conclusiones

I. Introducción

Durante los últimos años, nuestro país ha encarado una profunda actualización de su marco normativo en materia de derechos, que lo han colocado a la vanguardia respecto a otros países latinoamericanos, por ejemplo, en lo que tiene que ver con leyes integrales de salud sexual y reproductiva –especialmente el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo-, matrimonio igualitario, unión concubinaria, ley integral para personas trans, y sin lugar a dudas, la ley contra la violencia hacia las mujeres basada en género, sancionada a fines del 2017.

En el presente trabajo se pretende analizar brevemente algunas modificaciones que la ley 19.580 introdujo en el código penal en lo que refiere, fundamentalmente, a los delitos sexuales, tomando en consideración el bien jurídico protegido por estos delitos y su evolución, haciendo énfasis en las nuevas figuras penales creadas, y dedicándole especial atención al análisis del nuevo delito denominado abuso sexual.

II. Algunos comentarios generales sobre la Ley 19.580

La ley 19.580 marca un gran avance en todo lo que respecta a la problemática social y cultural de la violencia de género. Se trata de una ley integral, aunque su nombre no lo diga expresamente, mediante la cual el Estado uruguayo profundiza en el cumplimiento de la obligación internacional derivada, entre otros, del artículo 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Convención de Belém do Pará), que establece que los Estados partes de la misma se comprometen a adoptar las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta con la finalidad de erradicar prejuicios y prácticas sociales que se basen “en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. Además, hasta la sanción de la ley, aún no se veía traducido claramente en nuestra normativa nacional el mandato de considerar la violencia contra las mujeres como una violación a los derechos humanos, tal como surge de la Convención.

Esta ley se gestó, principalmente, a partir de una fuerte incidencia de movimientos feministas en conjunto con otros actores sociales, que progresivamente fueron adquiriendo relevancia y dando a conocer sus reclamos, y que se preocuparon especialmente por abordar el problema de la violencia hacia las mujeres en todas sus manifestaciones concretas. En este sentido, Malet (2014) ha sostenido,

La lucha de las distintas organizaciones civiles por el reconocimiento de nuevos derechos o la extensión de los existentes a grupos excluidos implica cuestionar los límites normativos y valores tradicionales y una redefinición de lo que ha sido considerado como injusto, opresivo (p. 190).

Esto resulta –y ha resultado históricamente- determinante para generar un cambio social, lo que consiste en la alteración de estructuras socialmente establecidas, y su correlato en todos aquellos ámbitos en que estas se manifiestan en forma concreta, siendo una de estas, el plano jurídico (Malet, 2014).

De modo que la ley contra la violencia hacia las mujeres basada en género viene a ser la cristalización en el ámbito del derecho de un cambio que está teniendo lugar a nivel social, y que tiene que ver con la deconstrucción de un modelo social y cultural fuertemente patriarcal, que tiene como base la discriminación hacia las mujeres, la que, por ser estructural, se manifiesta concretamente en todos los ámbitos de la vida en sociedad.

De esta forma, en definitiva, se trata de un conjunto de medidas, acciones concretas y políticas integrales, tanto a corto como a largo plazo, que

pretenden contrarrestar la situación de desventaja en la que se encuentran las mujeres como consecuencia de un modelo social y cultural construido sobre bases patriarcales, que la conciben como un ser, al menos, de segunda categoría, y reconociendo específicamente que la violencia que estas sufren es una manifestación de relaciones desiguales de poder entre mujeres y hombres. Además, estas medidas se enmarcan en un cambio de perspectiva a nivel general, que incorpora al orden jurídico la perspectiva de género.

La integralidad de la ley está dada porque ese conjunto de medidas, acciones y políticas tienen diversa naturaleza y alcance, y se van a manifestar en todas las dimensiones de la vida social de las mujeres, es decir, tanto en lo que tiene que ver con ámbito privado como con el público. De este modo, se pretende reconocer y combatir todas las manifestaciones concretas del patriarcado en la realidad que viven las mujeres diariamente.

Efectivamente, la ley define a la violencia de género en el artículo 4 como una forma de discriminación que afecta en forma directa o indirecta la vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial y la seguridad personal de las mujeres, que se sustenta en una relación desigual de poder en razón de género.

En especial, en lo que refiere a la materia penal, esta ley introduce algunas modificaciones sumamente necesarias e impostergables, fundamentalmente en lo que tiene que ver con la violencia sexual. Además, es sumamente relevante la incorporación de la perspectiva de género en lo que tiene que ver tanto con las nuevas figuras como con el resto de las modificaciones. Sin embargo, cabe destacar que se trata de modificaciones parciales que se insertan en código penal que “no solo carece de impronta de género, sino que reafirma el enfoque patriarcal de 1934” (Malet, 2015, p. 64), lo que determina que, en materia de delitos sexuales, coexistan figuras modernas, con algunos defectos en cuanto a la técnica legislativa, como se verá posteriormente, pero construidas desde una perspectiva de género, con figuras anacrónicas y que contienen elementos fuertemente discriminadores hacia la mujer –como el delito de rapto, artículo 266 y siguientes-, y todas disciplinadas bajo el título X, denominado “delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia”.

III. Las modificaciones penales introducidas por la Ley 19.580

La intervención punitiva que realiza la ley citada consiste, en primer lugar, en la creación de ciertas figuras delictivas, que son el abuso sexual, el abuso sexual especialmente agravado, el abuso sexual sin contacto corporal y el contacto a través de internet –o un medio similar-, con menores de edad con la finalidad de cometer un delito sexual, que se van a agregar al código penal, así como la creación del delito de divulgación de imágenes o grabaciones con contenido íntimo y sus agravantes especiales, que no se incorporaron al código. Además, se introduce un régimen de agravantes especiales que va a ser aplicable a las figuras de abuso sexual, abuso sexual especialmente agravado y abuso sexual sin contacto corporal, así como a los antiguos tipos de violación, corrupción y atentado violento al pudor, que continúan vigentes.

Cabe de destacar que en el proyecto de ley se establecía que el delito de violación –art. 272- quedaba derogado por el delito de abuso sexual, y se agregaba el 272 Bis, que era el abuso sexual especialmente agravado. Por otra parte, se establecía que el artículo 273 –atentado violento al pudor- quedaba derogado, y en su lugar, se creaba el delito de abuso sexual sin contacto corporal¹. Finalmente, la redacción aprobada no derogó el tipo previsto en el 272, así como tampoco el del 273, sino que agregó el 272 Bis –abuso sexual-, el 272 Ter –abuso sexual especialmente agravado-, y el 273 Bis –abuso sexual sin contacto corporal-.

De lo anterior surge que, habiendo podido derogar expresamente los tipos de violación y atentado violento al pudor, creando en su lugar el tipo de abuso sexual y abuso sexual especialmente agravado, el legislador optó por mantenerlos. En definitiva, entonces, los cinco tipos penales estarían vigentes, al menos formalmente, lo que supone una serie de problemas para los aplicadores del derecho, ya que evidentemente entre estos se generan superposiciones –lo cual resulta lógico en virtud de que inicialmente, como se expresó, los delitos de violación y atentado violento al pudor iban a ser sustituidos por las nuevas figuras-, y no existen criterios normativos para determinar qué tipo aplicar.

A modo de ejemplo, las situaciones que antiguamente se enmarcaban en el tipo de violación, ingresan ahora, además, en el tipo de abuso sexual especialmente agravado, que tiene mayor amplitud, aunque los guarismos de pena sean los mismos –dos a doce años-, y de la aplicación de uno u otro tipo se van a derivar distintas consecuencias prácticas, por ejemplo, en lo que refiere a la cuestión de la tentativa, ya que el 272 Ter establece expresamente que la pena a aplicar en caso de tentativa no podrá ser inferior a dos años de penitenciaría, pero nada obsta a una pena menor, en las mismas circunstancias, si en lugar de aplicar el tipo del 272 Ter se aplicara el 272 –delito de violación-.

De modo que parece lógico entender que las nuevas figuras penales referidas, incorporadas al código a través de la Ley 19.580, derogaron tácitamente los tipos de violación y de atentado violento al pudor, ya que la solución contraria –es decir, la vigencia de los cinco tipos- supondría la vigencia de delitos cuyos ámbitos de aplicación se superponen, y esto, además de los múltiples conflictos que necesariamente se generarían en la práctica, probablemente implique graves vulneraciones, entre otras cosas, al principio de igualdad.

Por otra parte, la ley deroga la figura del homicidio pasional, prevista en el art. 36 del código, y en su lugar crea el usualmente denominado “homicidio liberatorio”. La antigua figura autorizaba al Juez a dejar impune a aquel sujeto que cometía un delito de homicidio o lesiones al sorprender “in fraganti” a su cónyuge con otro sujeto, siempre que el primero tuviera buenos antecedentes y no tuviera conocimiento previo de la relación adúltera. Si bien no se establecía en la norma una distinción en base al sexo del agente, el que históricamente estaba legitimado a defender el honor profundamente agraviado por una infidelidad era el hombre, no la mujer. En este sentido, ha señalado Malet (2008) que el derecho penal es “intrínsecamente patriarcal, y por lo tanto, el

típico instrumento de control y represión del hombre sobre la mujer” y que, además “contribuye al fortalecimiento de las relaciones de desigualdad, dándose una dependencia recíproca entre el sistema y realidad, porque aquel refleja esta, y al mismo tiempo colabora en su producción” (p. 10).

Estas consideraciones ilustran en forma clara y sencilla el enfoque patriarcal desde el que Irureta Goyena incorporó el antiguo artículo 36 del código. De este modo, la Ley 19.580, redactada en forma bastante cuidadosa desde una perspectiva de género, que es el marco más compatible con una sociedad que pretende ser igualitaria y no discriminatoria, derogó la figura referida, y creó en su lugar, como se señaló, el “homicidio liberatorio”. Malet (2015), en este sentido, ha señalado,

La perspectiva de género (...) tiene la finalidad de deconstruir las formas en que la mirada masculina se asumió como de todos y todas, y corregirla, lo que específicamente en derecho penal, androcéntrico por antonomasia, tiene mucha importancia cuando de modo tan dramático están en juego los derechos humanos (p. 64).

El actual artículo 36, entonces, otorga al Juez la facultad no aplicar la pena correspondiente al delito de homicidio o lesiones cuando el sujeto activo se encuentre en un estado “de intensa conmoción provocada por el sufrimiento crónico producto de violencia intrafamiliar” siempre que concurren tres requisitos. En primer lugar, el delito debió haberse cometido por el cónyuge, excónyuge, concubino, exconcubino, descendiente o ascendiente del autor o de la víctima, u otra persona que tenga o haya tenido con la víctima una relación de noviazgo o convivencia. El segundo requisito es que la víctima haya sometido al autor a “intensa y prolongada violencia”, o que este tuviere conocimiento de tal sometimiento a descendientes, ascendientes u otros sujetos bajo su guarda o cuidado con quienes “mantuviera fuertes vínculos afectivos”. El tercer requisito, que es el que resulta más cuestionable, dispone que para que el Juez pueda hacer uso de esta facultad, el autor u otra persona “pudiendo solicitar protección” lo hubieren hecho, sin obtener resultado. La cuestión radica en cómo se interprete la posibilidad de solicitar protección, ya que partiendo de la premisa de una situación de sometimiento a violencia intensa y prolongada, puede ser muy discutible que el autor haya tenido *efectivamente*, en sus circunstancias concretas, la posibilidad de solicitar protección, y también en qué implica solicitar protección, es decir, si la Ley requiere que se haya efectuado una denuncia policial, o si alcanza con algún otro tipo de solicitud de protección, por ejemplo, ante organizaciones no gubernamentales. De cualquier forma, no parece adecuado que lo anterior se haya legislado como un requisito para que el juez tenga la posibilidad de exonerar la pena.

De igual modo, la Ley hubiese sido mucho más revolucionaria de lo que ya fue, si en lugar de prever la situación anterior como una causa de eventual impunidad, ya que el Juez tiene la facultad de aplicarla o no, se hubiere legislado como una causa de justificación, tal vez a través de la reformulación de la legítima defensa. Es interesante destacar, en este sentido –y también tiene que ver con la deconstrucción de las formas en que la mirada masculina se asumió como de todos y todas, al decir de Malet-, que la legítima defensa en

nuestro código está construida a partir del modelo típico de socialización masculina, articulada de tal forma que resulta especialmente difícil que una mujer en la situación referida previamente –víctima de violencia intensa y prolongada- pueda ampararse en ella. Esta es una de las razones por las que estimamos, se debería haber legislado el homicidio liberatorio como una causa de exclusión de la antijuridicidad autónoma, o bien incorporarse a la legítima defensa, reformulándola. De todos modos, la derogación del homicidio pasional es *per sé* un avance, al igual que lo es la nueva redacción del artículo 36.

Entre otras modificaciones, además, se agrega un inciso final al artículo 173 –delito de desacato-, que establece una modalidad calificada de comisión, que tiene que ver con aquellos sujetos que incumplan una medida cautelar impuesta en un proceso de protección por violencia de género.

IV. Los delitos sexuales y la evolución del bien jurídico penalmente tutelado: de las buenas costumbres a la libertad sexual

Malet (2008) ha señalado que respecto de los delitos sexuales existe una tendencia al reforzamiento de reglas morales y a la construcción de tipos penales basados en concepciones patriarcales, lo que determina que, en la regulación de este tipo de delitos suelen apreciarse con claridad los estereotipos y roles sociales predominantes, reafirmando la discriminación estructural hacia la mujer. En este sentido, la autora afirma que “las normas penales conservan rastros de las concepciones que predominan en el momento histórico en el que son construidas, y en materias como la sexual, es donde más se advierte el ámbito del que fluye la legislación al respecto” (p. 12).

Lo anterior determina que, a criterio de la autora, sea imprescindible abordar la construcción de estos tipos penales desde una perspectiva de género y no discriminatoria, lo que es completamente diferente a legislar desde la óptica del género femenino, ya que esto no es compatible con la configuración de los delitos sexuales como ataques al bien jurídico libertad sexual (Malet, 2008). Esto genera, entre otras cosas, un cuestionamiento fuerte a la denominación del título X del código –cuestionamiento que comparte la doctrina-, que indica que las figuras allí reguladas tutelan el bien jurídico “buenas costumbres” y “orden de la familia”. Además, particularmente en cuanto a este tipo de delitos, estos términos tanto implícita como explícitamente llevan un alto contenido moral.

Zaffaroni (1986) ha sostenido que el bien jurídico que se tutela penalmente “es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegido por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de la conducta que lo afecta” (p. 389), y que tiene fundamentalmente dos funciones; una garantizadora –impide que existan tipos que no protejan bien jurídico alguno-, y una teleológica-sistemática, que da sentido a la prohibición que subyace en el tipo penal. Y en este sentido, afirmaba que la “moral pública” –concepto muy similar al de “buenas costumbres”-, no puede ser considerada un bien jurídico digno de tutela penal bajo ningún concepto, ya que se trata de formas de comportamiento que se estima conveniente que la población tenga, pero “si alguien carece de tal sentimiento, no puede obligárselo a que lo tenga ni a que se comporte como si lo tuviera” (p. 392).

De esta forma, las consideraciones generales respecto de la moralidad en lo que tiene que ver con conductas sexuales deberían descartarse considerando que “el derecho penal tiene que buscar la concreción de la libertad de todos, a través de favorecer y garantizar el ejercicio de la moral personal con el único límite de no afectar los derechos de los demás” (Malet, 2008, p. 7). Malet (2008) señala enfáticamente que los movimientos feministas dieron origen a un viraje en la concepción de la sexualidad, con el fin de conseguir que las mujeres abandonen los estándares tradicionales impuestos socialmente.

En este sentido, para Camaño (2011), los movimientos feministas han tenido

Un efecto directo y palpable a la hora de reformar la legislación penal en materia de delitos sexuales, poniendo énfasis en la necesidad de reconocer la libertad sexual como bien jurídico digno de tutela penal, superando viejas concepciones moralistas que ubican a estos delitos como protectores de la “moral y las buenas costumbres (p. 17).

Además, siguiendo a Malet (2008), la regulación de estos delitos bajo el título “delitos contra las buenas costumbres”, que sería claramente un bien jurídico colectivo, es un enfoque que elimina toda eventual consideración al interés de proteger sujetos individuales, limitando la protección de las víctimas y acentuando su permanente revictimización.

Cabe destacar que, como señala Lackner (2008), ya al momento de la sanción de nuestro código, había algunos como el alemán y el holandés, que colocaban a los delitos sexuales entre los delitos contra la libertad, e incluso Irureta Goyena tuvo presente esta circunstancia –la que, además, consideraba correcta- e igualmente decidió colocarlos bajo el título “delitos contra las buenas costumbres”. Sin perjuicio de esto, autores tradicionales como Bayardo (1957) sostenían con claridad que el bien jurídico protegido a través de los delitos de violación y atentado violento al pudor no era el pudor ni las buenas costumbres, sino la libertad sexual, entendida como una manifestación específica de la libertad individual, consistente en “la libre disposición del propio cuerpo en las relaciones sexuales” (pp. 17 y 45). En el mismo sentido, señalaba Soler (1976) que el bien jurídico tutelado a través del delito de violación era la libertad sexual, “que no puede ser vulnerada separadamente de la libertad personal misma” (pp. 282-283).

Silva (2008) indica que, más allá del título X aún vigente, que revela una subordinación de la libertad sexual a la moralidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado pacíficamente que el bien jurídico que tutelan los delitos sexuales es la libertad sexual, y han adecuado la interpretación las figuras en ese sentido.

Por lo tanto, cabe concluir que los delitos sexuales tutelan el bien jurídico libertad sexual, que es una manifestación concreta de la libertad personal, y que Carmona, citada por Donna (2002), entiende que debe ser conceptualizada en un doble aspecto, por un lado, positivo-dinámica, como la capacidad de todo sujeto de disponer libremente del propio cuerpo a efectos sexuales, es decir, la capacidad de consentir libremente la realización de actos de naturaleza sexual,

y por otro lado, negativo-pasiva, como la capacidad de no ejecutar actos de naturaleza sexual que no sean consentidos en forma libre.

Autores como Lackner (2008) proponen, en cambio, considerar como bien jurídico tutelado la salud sexual y no la libertad sexual, ya que esta última dificulta una consideración sistemática de los delitos sexuales al no considerar la situación de los menores de edad e incapaces. Sin embargo, no parece haber inconvenientes en considerar, como señala Malet (2008), que basta con señalar que en estos casos lo que se protege es la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no sufrir interferencias en el ámbito sexual. Donna (2002) entiende que en estos casos existe un interés por parte del sistema jurídico en evitar que terceros tengan injerencia en estos sujetos a través de su sexualidad. Además, considerar que el bien jurídico protegido por estos delitos es la salud sexual en lugar de la libertad sexual, generaría que la cuestión del libre consentimiento tuviera una relevancia radicalmente menor.

En conclusión, la libertad sexual como bien jurídico puede ser entendida, básicamente, como el derecho de autodeterminación en el plano de la sexualidad, es decir, como la libertad de consentir o no actos de naturaleza sexual (Donna, 2002). Además, siguiendo a Malet (2008), la consolidación de esta como bien jurídico penalmente tutelado constituye un enorme avance, y además,

Encierra el reconocimiento de la sexualidad como trascendente para la realización individual y destaca el valor de practicarla libremente, lo que rompe con el rol cultural tradicional que se asignaba a la mujer en esta área y que, como indicamos, estaba muy relacionado con la moral sexual colectiva (p. 16).

V. Análisis de la figura del abuso sexual

1. Tipo objetivo

a. Sujeto activo

En primer lugar, en cuanto al sujeto activo, la ley dispone “el que”, por lo que se trata de un sujeto no calificado, o indeterminado, es decir, cualquier persona puede incurrir en la conducta típica, sin perjuicio de que la ley prevé un régimen más gravoso en aquellos casos en que, por ejemplo, el sujeto activo tenga con el pasivo cierto tipo de relación que involucre el ámbito familiar –art. 279 literal A-, tenga conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual “grave” –art. 279 literal E-, así como si existe coparticipación –art. 279 literal H-.

Por otra parte, resulta indiferente el sexo del sujeto activo. Si bien los delitos sexuales son cometidos generalmente por sujetos de sexo masculino, lo que se evidencia, entre otras cosas, en la decisión de política criminal de tipificar estas conductas en una ley de violencia hacia las mujeres basada en género, no hay elementos normativos que permitan sostener que una mujer no puede constituirse en sujeto activo del delito en estudio. En este sentido, Villada (2000) ha sostenido que el sujeto activo del delito de abuso sexual en el

derecho argentino, bastante similar al tipo uruguayo, puede ser cualquier sujeto capaz de conferirle a sus actos el significado de un ataque ultrajante –sin importar su sexo-, sin que medie acceso carnal, ya que en ese caso se estaría frente a un delito de violación –en el caso uruguayo, frente al delito de abuso sexual especialmente agravado-.

b. Sujeto pasivo

En cuanto al sujeto pasivo, este podrá ser cualquier sujeto titular del bien jurídico tutelado penalmente –como se expresó, libertad sexual-, que se ve afectado por la conducta típica. La ley dispone que este puede ser “del mismo o distinto sexo” que el sujeto activo. Esta expresión resulta, hoy en día, por demás innecesaria, considerando además que los artículos 272 y 273 ya descartaban la importancia del sexo del sujeto pasivo, lo que había sido admitido tanto por doctrina como por jurisprudencia. En este sentido, ya en 1957 Bayardo (1957) sostenía, refiriéndose tanto al delito de violación como al atentado violento al pudor, que el término “persona” empleado por el código permitía que el sujeto pasivo del delito fuera indistintamente un hombre o una mujer. En el mismo sentido, afirmaba Soler (1976) en el año 1976 respecto de la violación en el derecho argentino, que como el bien jurídico tutelado era la libertad sexual, para configurar el delito resultaba indiferente el sexo y la condición del sujeto pasivo, bastando que se trate de una persona. Estas consideraciones, posiblemente de enorme relevancia al momento que fueron escritas, no parecen ser necesarias en la actualidad, por lo que la previsión legal de que el sujeto pasivo puede ser “del mismo o distinto sexo” podría prescindirse sin ningún inconveniente.

Asimismo, la ley prevé como agravante especial el caso de que el sujeto pasivo sea, por ejemplo, menor de dieciocho años –art. 279 literal C-, tuviere alguna discapacidad física o intelectual –art. 279 literal G-, entre otras.

c. Comportamiento típico

Siguiendo con el análisis, el verbo típico es “realizar”, por lo que el comportamiento típico va a consistir en la realización de un acto de naturaleza sexual “contra” otra persona. La preposición “contra” resulta esencial porque adelanta la ausencia de consentimiento libre del último sujeto, lo que constituye la base de la figura penal. Justamente, la figura requiere la realización de un acto de naturaleza sexual contra otro sujeto que, o bien no lo consiente libremente, o no se encuentra en condiciones de dar un consentimiento válido según el ordenamiento, como es el caso previsto de los menores de doce años. De lo anterior se deriva, entonces, que el consentimiento dado en forma libre excluye la tipicidad de la conducta.

No se define en qué consiste concretamente un acto de naturaleza sexual. Al respecto ha destacado Donna (2002) la importancia de la elaboración doctrinaria del concepto, ya que el acto de naturaleza sexual es la base del comportamiento típico. En este sentido, señala el autor que existe una doctrina subjetivista, que entiende que son dos los elementos que pueden distinguirse; en primer lugar, uno material-objetivo, que consiste en “la comisión de actos libidinosos no tendientes al acceso carnal”, y uno subjetivo, que consiste en la voluntad y consciencia de realizar un acto de contenido libidinoso

con la finalidad de “satisfacer un impulso erótico”, lo que determinaría que el delito no se configure si esa finalidad no se concreta (Donna, 2002). Por otra parte, la doctrina objetivista sostiene que basta con que el acto tenga un claro contenido sexual, sin importar si se cumple en los hechos una finalidad sexual del autor –que además, puede no ser lo que motive al autor a desarrollar el acto²-. El autor, además, sostiene, citando a Núñez, que la finalidad sexual del autor no es un requisito del tipo, que lo que tiende a proteger es el derecho a la libertad sexual contra cualquier intromisión que la víctima no tenga ánimo de tolerar. Donna (2002) termina el razonamiento afirmando, entonces, que en definitiva constituye un acto de naturaleza sexual cualquier acción efectuada sobre el cuerpo del sujeto pasivo, aún sin una finalidad sexual, siempre que efectivamente se lesione la libertad sexual de este.

Villada (2000) ha afirmado, en el mismo sentido, que el acto de naturaleza sexual puede apreciarse desde dos perspectivas, una objetiva, que consiste en que el acto tenga entidad para vulnerar de alguna forma la libertad sexual de cualquier persona, y una subjetiva, que nada tiene que ver con la finalidad sexual del sujeto activo –y su efectiva concreción-, sino que consiste la ofensividad concreta del acto para la libertad sexual de la víctima, desde su propia perspectiva.

Por otra parte, cabe destacar que la expresión “contra una persona” no parece requerir necesariamente el contacto corporal entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. Sin embargo, al crearse también la figura de abuso sexual sin contacto corporal, podrían surgir dudas en este sentido. De todos modos, el sujeto pasivo del 273 Bis puede ser, o bien un menor de dieciocho años, o un mayor de edad que tuviere algún tipo de incapacidad física o mental, por lo que cabe preguntarse si los actos de contenido sexual que se realicen sin contacto corporal que quedan fuera del ámbito de aplicación del 273 Bis, pueden ingresar dentro del tipo en estudio.

Bayardo (1957) sostenía que la fórmula “sobre persona del mismo o diferente sexo” establecida en el artículo 273 –atentado violento al pudor– requería necesariamente “una acción ejercida sobre el cuerpo” del sujeto pasivo, y en la segunda modalidad del tipo, que la víctima realice actos *sobre* el sujeto activo o sobre un tercero. En efecto, el autor entendía que la preposición “sobre” indicaba que era “absolutamente necesario el contacto corpóreo”, por lo que aquellos actos que el sujeto activo realizara sobre sí mismo en contra de la víctima podrían encuadrar, según el caso, en el tipo de corrupción o ultraje público al pudor, “pero nunca podrá haber configuración del delito en estudio, por cuanto falta el extremo vinculativo del contacto corpóreo” (Bayardo, pp. 50-51).

Sin embargo, el tipo previsto en el 272 Bis no utiliza la preposición “sobre” sino “contra”, por lo que normativamente no hay elementos que hagan restringir la aplicación del tipo a aquellos actos de naturaleza sexual que sean realizados sobre el cuerpo del sujeto activo, ya que de haberse querido tal restricción, en lugar de la utilización de la preposición “contra” se habría continuado con el uso de la preposición “sobre”.

En el mismo sentido, Gómez (2005) señala que, si bien autores como Muñoz requieren que exista contacto físico para que se configure el tipo penal de abuso sexual, “este no es un requisito que se derive necesariamente del tipo, que posee un carácter claramente residual, pretendiendo captar todas aquellas acciones no expresamente contempladas” (p. 4).

d. Medios típicos

El artículo enuncia una serie de medios típicos, que son “intimidación, presión psicológica, abuso de poder, amenaza, fuerza o cualquier otra circunstancia coercitiva”. De este modo, la conducta típica va a consistir en la realización de cualquier acto de naturaleza sexual contra otro sujeto, a través de los medios enunciados. Esta amplia enunciación de medios típicos, propia de las formulaciones normativas del derecho internacional, puede generar problemas interpretativos e incluso en cuanto al principio de legalidad.

En primer lugar, debe realizarse una distinción entre aquellos medios que inciden en el fuero interno del sujeto, de aquellos que inciden en el externo o físico. Dentro de los primeros, sin duda, se encuentran la intimidación, presión psicológica, abuso de poder y amenazas. La distinción entre estos medios típicos plantea serias dificultades, ya que, por ejemplo, tanto la intimidación como la presión psicológica podrían quedar subsumidas dentro de las amenazas. En otras palabras, parece evidente que tanto la intimidación como la presión psicológica son manifestaciones concretas de amenazas, de acuerdo a una interpretación lógico sistemática del término “amenazas” en nuestro código penal, que justamente utiliza esta expresión para hacer referencia a violencia moral por oposición a violencia física, es decir, aquellos actos que pretenden afectar al sujeto en su fuero interno o psicológico, generando una discordancia entre la voluntad real de este y su comportamiento.

En este sentido, Donna (2002) indica que la amenaza y la intimidación son términos equivalentes, y que refieren a “todo acto de violencia moral, idóneo para producir temor en el sujeto pasivo, en forma tal que este se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente propone” y posteriormente sostiene que “representa la amenaza de sufrir un mal grave, injusto, determinado, posible, futuro y dependiente de la voluntad del autor, el cual podrá recaer sobre cualquier bien, persona o interés del sujeto pasivo” (p. 30).

El autor citado aborda el problema de la gravedad de las amenazas, y sostiene que Gimbernat propone un criterio objetivo para determinar tal gravedad, consistente en que el mal con que se amenaza a la víctima sea indudablemente grave para cualquier sujeto, pero Muñoz reacciona a esta postura criticando que no toma en consideración la posición concreta de la víctima, lo que lleva a Donna (2002) a concluir que la gravedad de la amenaza debe apreciarse subjetivamente en el caso concreto y no en forma objetiva, ya que la amenaza de un mal puede ser grave para algunas personas pero no para otras, y en estos casos no se puede afirmar en forma genérica que no se ha afectado la libertad sexual de la víctima.

Por otra parte, el artículo introduce un medio típico novedoso para el código, que es el abuso de poder. Villada (2000) sostiene que el presupuesto de este medio es una relación preexistente, de cualquier índole –familiar, laboral, jurídica, etc.-, entre el sujeto activo y la víctima, en la que el primero tiene una efectiva preeminencia sobre la segunda. A nuestro entender, el abuso de poder no debe darse necesariamente en una relación de dependencia jurídica o de hecho, ya que esto no es un requisito del texto legal, siendo suficiente que exista entre ambos sujetos una relación de cualquier tipo que posibilite que el sujeto activo esté en condiciones de incidir psicológicamente en el comportamiento de la víctima. Parece claro, de esta manera, que el abuso de poder como medio típico en este delito también podría subsumirse en las amenazas, entendidas, como se manifestó, como formas de incidir en el comportamiento de la víctima sin recurrir a la violencia física, ocasionando que esta no actúe de acuerdo a su verdadera voluntad.

De todas formas, sin ser necesaria, la redundancia terminológica introducida por el legislador –introduciendo como medios típicos la intimidación, presión psicológica, abuso de poder y amenazas-, podría ser de utilidad ya que explicita diferentes manifestaciones concretas de lo que se entiende por violencia moral, lo que en definitiva orienta la interpretación de los aplicadores del derecho. Sin embargo, podría haberse seguido la tendencia general del código, estableciendo como medios típicos “violencia o amenazas”, que son términos que, como se expresó, a nuestro entender engloban todas las posibles modalidades de violencia física y moral o psicológica.

El otro medio típico referido es la fuerza, que no presenta mayores particularidades, consistiendo en el empleo de violencia física sobre otro sujeto. Donna (2002) indica que consiste en “el empleo de violencia material, esto es, energía física aplicada por el autor sobre la víctima o en su contra con el fin de anular o vencer su resistencia” (p. 27). Bayardo (1957) por otra parte, sostiene que esta debe recaer necesariamente sobre el sujeto pasivo, ya que si recae sobre un tercero no habría estrictamente violencia física sino moral y además, al igual que en el caso de la última, esta debe ser idónea para vencer la resistencia de la víctima. Siguiendo con el criterio anteriormente expuesto, parece lógico que la idoneidad de la violencia empleada también deba ser apreciada en forma subjetiva en el caso concreto, y no con criterios objetivos.

Cabe señalar que las consideraciones doctrinarias respecto a la necesidad de que la víctima ofrezca resistencia no deben ser tenidas en cuenta, ya que no es un requisito que surja del texto legal, y además es un criterio descartado expresamente por el artículo 46 de la Ley 19.580, que establece que tanto el silencio, la falta de resistencia o el historial sexual de la víctima de un delito sexual, no implican de ningún modo su aceptación o consentimiento. Malet (2008) señala, en este sentido, que estas consideraciones respondían a un enfoque tradicional de los delitos sexuales, que limitaba la protección de las mujeres al hecho de que hayan opuesto una resistencia efectiva y constatable, lo que además se vinculaba fuertemente a cuestiones como su vida sexual previa. Esto generaba una concentración de la atención de los operadores en la figura de la víctima, intensificando su revictimización constante, y en gran medida obedecía a un enfoque que no colocaba a la libertad sexual sino a las buenas costumbres como bien jurídico

tutelado penalmente. Sin embargo, como se expresó, la Ley 19.580 marca un avance fundamental al descartarlas completamente, lo que no debe restringirse a los delitos introducidos por dicha norma, sino a la totalidad de los delitos que atentan contra la libertad sexual.

Por otra parte, el artículo refiere a “cualquier otra circunstancia coercitiva”, por lo que los medios típicos no se agotan en los enunciados, sino que, a través de esta fórmula, pueden ingresar otros que también impliquen alguna forma de coerción sobre la víctima, y que no resulten claramente incluibles dentro de la violencia física o moral. Esto puede suponer un problema desde la perspectiva del principio de legalidad, ya que ninguno de los medios enunciados es claro en su alcance –con la excepción de la violencia física-, tampoco hay criterios normativos para determinarlos, y además, por la generalidad de la fórmula “cualquier otra circunstancia coercitiva”. Sin embargo, en sede de delitos sexuales, cuyos sujetos activos durante toda la historia gozaron –e incluso en la actualidad gozan- de enorme impunidad, este tipo de decisiones de técnica legislativa pueden ser útiles para que, justamente, no se continúe manteniendo la impunidad de aquellas conductas que impliquen coerción sobre la víctima e igualmente vulneren al bien jurídico libertad sexual, protegido por este delito, pero que no puedan ser encasillados fácilmente dentro de las amenazas, la intimidación, la presión psicológica, abuso de poder o la fuerza.

e. Segunda modalidad de comisión

Siguiendo con el análisis, mediante la expresión “la misma pena se aplicará cuando” se introduce una segunda modalidad de comisión, que implica que, en las mismas circunstancias que la primera modalidad, es decir, a través de amenazas, intimidación, presión psicológica, abuso de poder, fuerza u otra circunstancia que implique coerción, se obligue a un sujeto a realizar un acto de naturaleza sexual “en contra de un tercero”. La diferencia con la primera modalidad consiste en que en este caso, es la víctima quien, obligada, realiza un acto de naturaleza sexual en contra de otro sujeto. Es decir, el sujeto activo obliga a la víctima a ejecutar actos de contenido sexual en contra de un tercero.

La expresión “en contra” puede generar problemas desde el punto de vista interpretativo. En principio, podría entenderse que el tercero en realidad también es un sujeto pasivo, ya que es el autor quien obliga a alguien –víctima- a realizar un acto sexual en contra de este, es decir, un acto que este no consiente libremente. Habría, de este modo, dos víctimas.

Otra posible interpretación de la expresión “en contra” puede referir sencillamente a que se obliga a la víctima a realizar un acto de naturaleza sexual que tiene como destinatario a un tercero que lo consiente. Es decir, este no es quien efectivamente está obligando a la víctima a realizar el acto de naturaleza sexual pero está de acuerdo con el sujeto activo.

Las consecuencias que se generan son distintas; en el primer caso, a primera vista parecería haber dos delitos de abuso sexual, en sus dos modalidades, ya que la primera modalidad está dada por el sujeto que, obligado, ejecuta un acto de naturaleza sexual contra otro, mientras que la segunda está dada por el sujeto que obliga a la víctima a realizar el acto de

naturaleza sexual contra un tercero. No obstante, la hipótesis encuadraría en lo dispuesto en el artículo 60 numeral 2 del código penal, existiendo un único autor del delito, que es quien incurre en la segunda modalidad del abuso. Es decir, este es autor inmediato de un delito de abuso sexual sobre uno de los sujetos –sobre aquel al que obliga a realizar un acto de contenido sexual sobre otro-, y es autor mediato del mismo delito en cuanto determina a ese primer sujeto a cometer el delito contra un tercero.

En el segundo caso planteado –que el tercero consienta el acto, estando de acuerdo con el sujeto que está obligando a la víctima a realizarlo-, claramente solo se configura el delito de abuso sexual en su segunda modalidad, es decir, porque se obliga a un sujeto a realizar sobre otro actos de naturaleza sexual, que justamente no tiene deseos de realizar. El consentimiento del tercero excluye la tipicidad de la conducta realizada por el sujeto obligado –si no hubiese consentimiento se estaría en la hipótesis anterior-. Sin embargo, este caso sería un supuesto de pluriparticipación, y el legislador incluyó esta circunstancia como una agravante especial del delito – artículo 279 Bis literal H-. No resulta lógico que la misma circunstancia –en este caso la pluriparticipación-, se prevea como una modalidad específica de comisión del delito y además como circunstancia agravante, lo que además colide con el principio del *non bis in ídem*, ya que la misma conducta se está castigando dos veces.

Por lo anterior, parecería que lo lógico es entender que la segunda modalidad que prevé el tipo en cuestión tiene que ver con el primer caso expuesto, es decir, hay un sujeto activo que comete dos delitos de abuso sexual, uno a través de la segunda modalidad en calidad de autor inmediato, y otro a través de la primera modalidad en calidad de autor mediato. De más está decir que el sujeto que realiza, obligado, el acto de naturaleza sexual contra un tercero, es o bien no imputable o no punible, de acuerdo al artículo 60 numeral dos.

2. Presunciones de violencia

Por otra parte, en la parte final del artículo en análisis –272 Bis-, se establecen cuatro circunstancias que hacen presumir absolutamente que el acto de naturaleza sexual se desarrolló a través de violencia, lo que va a determinar que la pena mínima se eleve a dos años. Se generan, en este sentido, ciertos problemas, ya que varias de estas presunciones coinciden o resultan muy asimilables a las circunstancias agravantes contenidas en el 279.

La primera presunción refiere a aquellos actos de naturaleza sexual realizados con una persona menor de quince años, pero se excluyen a aquellos sujetos mayores de doce años que prestan su consentimiento para el acto de naturaleza sexual, siempre que no haya una diferencia de edad mayor a diez años con el otro sujeto. En este sentido, señala Malet (2008) que estamos frente a un consentimiento que no se estima válido, y frente a este, el legislador puede simplemente prohibir la conducta, o utilizar “el artificioso mecanismo de la presunción de violencia”, que fue la opción por la que se inclinó el legislador uruguayo (p. 20).

La segunda presunción de violencia refiere a situaciones en que el acto sexual se realiza con un descendiente o con un sujeto que esté bajo cuidado o autoridad y sea menor de dieciocho años. Se trata, entonces, de circunstancias en las que el sujeto pasivo no solo es menor de edad, sino que está unido al sujeto activo por una relación familiar, de cuidado o de autoridad. Respecto a estas circunstancias ha señalado Lorenzo (2006)

Tanto el legislador (...) como la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria coinciden en situar la razón última de este tipo de violencia en las relaciones de subordinación que tienen por causa la convivencia en el ámbito doméstico u otros asimilados o, lo que es igual, en la especial vulnerabilidad que se deriva de determinadas relaciones familiares o cuasi familiares, sea por existir una dependencia jurídica entre víctima y agresor –patria potestad, tutela, curatela, etc.–, sea por la posición fáctica de debilidad que ocupa la víctima respecto del autor (...) En otros términos: las causas de la violencia se buscan en la propia naturaleza de las relaciones familiares, cuyas características de subordinación y dependencia vendrían a favorecer una posición de dominio de ciertos miembros del grupo familiar sobre otros y la correlativa indefensión de estos últimos (pp. 190-191).

Es decir, en estos casos surge claramente que el sujeto activo se aprovecha de su posición de preeminencia sobre la víctima –y la correlativa vulnerabilidad de este–, derivada de un vínculo familiar, de cuidado o de autoridad, para realizar el acto de naturaleza sexual. Es decir, se trata de situaciones de abuso de poder con la particularidad de que se requiere una relación de dependencia preexistente –lo que, como se expresó, no es un requisito para que exista abuso de poder–, y además, la víctima necesariamente debe ser menor de edad.

La tercera presunción refiere a aquellos actos sexuales que se realicen con sujetos que se encuentren privados de discernimiento o voluntad por causas congénitas o adquiridas, permanentes o transitorias. Se trata de hipótesis en las que los sujetos no pueden dar un consentimiento válido para realizar el acto –al igual que lo que ocurre con menores de doce años de edad–. Para que opere la presunción, el sujeto activo debe tener conocimiento de que el sujeto se encuentra, permanente o temporalmente, privado de discernimiento o voluntad.

La última presunción refiere a aquellas situaciones en que el acto sexual se realice con una persona arrestada o detenida, si el sujeto activo era el encargado de su guarda o custodia. Se trata de otra hipótesis en que el autor se aprovecha de su propia posición de preeminencia frente a la víctima para desarrollar el acto.

Malet (2015) sostuvo, respecto de este tipo de presunciones, lo siguiente

El fundamento de la disposición no es que se presuma la violencia o amenaza, sino que se prohíbe mantener relaciones sexuales ya sea de modo genérico por la falta de madurez de la víctima para tomar una decisión válida, o particularmente por la situación de subordinación ante

el agente u otra hipótesis de vulnerabilidad, estimándose que su consentimiento no es realmente libre (pp. 69-70).

3. Tipo subjetivo

Por otra parte, en cuanto al tipo subjetivo, se trata de un delito que se comete a título de dolo, consistiendo este en la conciencia y voluntad de realizar un acto de naturaleza sexual distinto de la penetración, sin el consentimiento libre de la víctima. En aquellos casos en que el dolo del autor sea penetrar a la víctima, no se estará frente a esta figura sino ante un abuso sexual especialmente agravado –en grado de tentativa si el autor no lo logra-. Donna (2002) opina que esta figura solo admite el dolo directo, ya que no es compatible ninguna otra actitud subjetiva del autor.

4. Cuestión de la tentativa

En cuanto a la tentativa, a diferencia de lo que ocurre en el delito de abuso sexual especialmente agravado, no parece razonable que pueda fraccionarse el comportamiento típico explicitado previamente. Es decir, o bien se realiza un acto de naturaleza sexual en contra de otro sujeto por los medios previstos, y el delito se consuma, o no se realiza. Donna (2002), sin embargo, reconoce que la cuestión de la tentativa ha dividido a la doctrina, y entiende que esta es admisible, ya que cabe la posibilidad de que el autor intente realizar un acto de contenido sexual sin lograrlo.

5. Pena

La pena prevista para este delito va desde ocho meses de prisión a seis años de penitenciaría. No procede respecto de este delito la vía alternativa del acuerdo reparatorio, conforme a lo dispuesto por el artículo 394 inciso final del código del proceso penal, y además, el artículo 301 establece que no será de aplicación el *beneficio* de la libertad anticipada –en realidad no se trata de un beneficio sino de un derecho-, para los autores de este delito.

Cabe destacar, asimismo, que de acuerdo al artículo 224.1 del código del proceso penal, para disponer la prisión preventiva del imputado –medida cautelar que debe tener carácter excepcional- debe haber semiplena prueba de la existencia del delito y de la participación del imputado en este, así como elementos que hagan presumir que existe riesgo de fuga, ocultamiento, entorpecimiento de la investigación, o riesgo para la seguridad de la víctima “o de la sociedad”. Sin embargo, de conformidad con el artículo 224.2 estos elementos se presumirán al tratarse de una imputación por, entre otros, un delito de abuso sexual, si el imputado tuviere la calidad de reincidente o reiterante. Además, el segundo inciso del citado artículo establece que de imputarse un delito de los mencionados en el artículo 224.2, el Ministerio Público deberá preceptivamente solicitar la prisión preventiva.

VI. Conclusiones

La ley contra la violencia hacia las mujeres basada en género constituye un avance sumamente relevante, necesario e impostergable en materia de derechos, incorporando conceptos y perspectivas que resultan esenciales en el marco de un estado de derecho que pretende erradicar la discriminación en

todas sus manifestaciones. En este sentido, resulta novedosa la consideración normativa de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres como causa de discriminación estructural hacia estas últimas.

Se trata de una Ley que introduce reformas importantes en distintas áreas, y en particular, en lo que tiene que ver con el derecho penal, crea nuevas figuras principalmente en lo que respecta a delitos sexuales, suprime otras –como el homicidio pasional-, pero no tiene la virtud de ser una reforma integral en este sentido, ya que mantuvo la vigencia de figuras anacrónicas e incompatibles no solo con las nuevas, sino con los propios principios rectores de la ley, que a nuestro entender, deben servir de criterios interpretativos no solo en consideración a la propia Ley, sino respecto a todo el ordenamiento. Además, se mantuvo la denominación del título X del código penal, al que estas figuras se incorporan, como “delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia”.

Sin perjuicio de lo anterior, en la actualidad tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado sin mayores consideraciones que el bien jurídico penalmente tutelado a través de los delitos sexuales es la libertad sexual e indemnidad sexual en el caso de menores de edad e incapaces, y en ese sentido se han interpretado las figuras contenidas dentro del título.

Específicamente en cuanto al tipo de abuso sexual, parece claro que se trata de una figura de carácter residual, al menos, del delito de abuso sexual especialmente agravado del 272 Ter. La distinción entre ambos está dada porque en el primero el autor realiza un acto de naturaleza sexual sin el consentimiento de la víctima, mientras que en el segundo, esos actos de naturaleza sexual que el autor realiza, también sin contar con el consentimiento de la víctima, están calificados, ya que implican la penetración por vía vaginal, anal u oral, y no necesariamente con un órgano sexual. De este modo, si la intención del sujeto activo es la de penetrar a la víctima de alguna de las formas enunciadas, no se estaría frente al abuso sexual simple sino ante un abuso sexual especialmente agravado en grado de tentativa.

Cabe recordar que, respecto a la tipificación de nuevas figuras penales que castiguen la violencia de género, como señala Lorenzo (2006), si bien existen grupos feministas que apelan y alientan permanentemente a la utilización del derecho penal “arrastrados por el frenesí punitivista que invade a toda la sociedad” (p. 191) –lo que es completamente criticable-, la reivindicación de un tratamiento jurídico independiente para este tipo específico de violencia tiene el objetivo, principalmente, expresa Lorenzo (2006),

De orientar la política legislativa hacia las auténticas causas del problema, única garantía del desarrollo de estrategias mínimamente aceptables para combatirlo (...) y cuya explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales, en pautas culturales muy asentadas que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer (pp. 191-192).

Asimismo, sin perjuicio de lo anterior, la autora señalaba (2012)

Conviene no perder de vista que, en general, las estrategias de prevención elaboradas desde el sistema penal por su propia naturaleza son limitadas e insuficientes para modificar ideologías y modelos de conducta socialmente arraigados (...) la única solución al problema de fondo para la violencia de género –igual que para otros conflictos profundos de la sociedad- pasa por cambios estructurales en la cultura y los valores comunitarios que nada tienen que ver con el derecho penal (p. 141).

No puede dejar de resaltarse la sustancial importancia de, en primer lugar, la existencia de una ley que pretende sentar las bases para la erradicación de la violencia hacia las mujeres, introduciendo conceptos fundamentales y principalmente, incorporando al ordenamiento la perspectiva de género, y en segundo lugar, específicamente en lo que tiene que ver con derecho penal, la reforma que introduce en sede de delitos sexuales, que – aunque parcial-, viene a evidenciar principalmente lo anacrónicas y discriminatorias que en la actualidad son ciertas figuras sexuales que continúan vigentes, y lo anacrónico, inconveniente y hasta desconcertante del título X del código.

En definitiva, entonces, lo más importante de esta modificación legal – además de la importancia que tiene *per sé* por ser la primera reforma contundente en lo que tiene que ver con violencia de género-, es que fija con suma claridad el sentido en el que deben pensarse y hacia donde deben orientarse las próximas modificaciones, no solo en materia penal, sino a nivel jurídico en general.

Referencias

- Bayardo, F. (1957). *Sobre delitos sexuales*. Montevideo: Editorial Martín Bianchi Altuna.
- Camaño, D. (2011). Aportes a la reforma del Código Penal y el Código del Proceso Penal. En *Apoyo a la reforma de las instituciones para personas privadas de libertad* (AUCI-ONU). Recuperado de <https://www.undp.org/content/dam/uruguay/docs/GD/undp-uy-apuntes-cod-penal-2013.pdf>
- Donna, E. (2002) *Delitos contra la integridad sexual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Gómez, M. (2005). Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-04. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-04.pdf>
- Lackner, R. (2008). Algunas reflexiones para una reforma integral en materia de delitos sexuales. *Revista de Derecho Penal*, 17, 27-38.

- Laurenzo, P. (2006). La lucha contra la violencia de género en la reciente legislación española. *Revista de Derecho Penal*, 16, 189-206.
- Laurenzo, P. (2012). Apuntes sobre el feminicidio. *Revista de Derecho Penal y Criminología (3era Época)*, 8, 119-143.
- Malet, M. (2014). El control social, la familia y las mujeres. *Revista de la Facultad de Derecho*, 29, 179-206.
- Malet, M. (2015). Sobre algunos aspectos del Proyecto de Código Penal que el Parlamento tuvo a bien no aprobar. Con especial referencia a delitos sexuales. *Espacio Abierto*, 22, 62-70.
- Malet, M. (2008). Para una reforma de los delitos sexuales. *Revista de Derecho Penal*, 17, 7-25.
- Silva, D. (2010). De las buenas costumbres a la libertad sexual. Aportes para una lectura del Código Penal a través de los derechos sexuales y reproductivos. *Espacio Abierto*, 12, 98-103.
- Soler, S. (1976). *Derecho Penal argentino*. Tomo III. Buenos Aires: Editorial TEA.
- Villada, J. (2000). *Delitos contra la integridad sexual. Análisis dogmático, victimológico y criminológico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Zaffaroni, E. (1986). *Manual de Derecho Penal, parte general*. Buenos Aires: Ediar.

¹ El proyecto de ley puede consultarse en: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/S2017100528-006007531.pdf>

² El autor sostiene que si se exige como elemento subjetivo una finalidad sexual del autor, no serían típicos actos de naturaleza sexual realizados, por ejemplo, con la finalidad de burlarse de la víctima.