

Luces y sombras de los delitos de abuso sexual creados por la Ley n.º 19.580

Lights and shadows of the crimes of sexual abuse created by Law No. 19,580

Luzes e sombras dos crimes de abuso sexual criados pela Lei nº 19.580

Federico Fascioli Caorsi

ORCID: 0000-0003-1897-2353

Universidad de la República

Correo: federico.fascioli@outlook.com

Recibido: 05/12/2023

Aceptado: 19/05/2024

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis crítico de los tres delitos de abuso sexual incorporados al Código Penal (CP) de Uruguay mediante la Ley n.º 19.580 (Ley de Violencia hacia las Mujeres Basada en Género). Estos son el delito de abuso sexual (art. 272-BIS del CP), el delito de abuso sexual especialmente agravado (art. 272-TER del CP) y el delito de abuso sexual sin contacto corporal (art. 273-BIS del CP). En definitiva, la finalidad de este trabajo consiste en determinar el alcance de cada una de estas figuras penales, para lo cual se analizarán los elementos comunes a todas ellas (bien jurídico protegido, sujetos involucrados y dolo directo), así como las particularidades que presenta cada uno de estos tipos penales, destacando los aciertos y errores que presenta esta nueva legislación penal.

Palabras clave: delito de abuso sexual; delito de abuso sexual especialmente agravado; delito de abuso sexual sin contacto corporal; libertad e indemnidad sexual; derecho penal.

Abstract: The purpose of this work is to carry out a critical analysis of the three crimes of sexual abuse incorporated into the Penal Code (PC) of Uruguay by the Law No. 19,580 (Law on Gender-Based Violence Against Women). These are the crime of sexual abuse (art. 272-BIS of the PC), the crime of especially aggravated sexual abuse (art. 272-TER of the PC) and the crime of sexual abuse without bodily contact (art. 273-BIS of the PC). In short, the purpose of this work is to determine the scope of each of these criminal figures, for which the elements common to all of them will be analyzed (protected legal property, subjects involved and criminal intent), as well as the particularities that each of these criminal types presents, highlighting the successes and errors presented by this new criminal legislation.

Keywords: crime of sexual abuse; crime of especially aggravated sexual abuse; crime of sexual abuse without bodily contact; sexual freedom and indemnity; criminal law.

Resumo: O objetivo deste trabalho é realizar uma análise crítica dos três delitos de abuso sexual incorporados ao Código Penal (CP) do Uruguai por meio da Lei nº 19.580 (Lei de Violência de Género contra a Mulher). São eles o delito de abuso sexual (art. 272-BIS do CP), o delito de abuso sexual especialmente agravado (art. 272-TER do CP) e o delito de abuso sexual sem contato corporal (art. 273-BIS do CP). Em suma, o objetivo deste trabalho é determinar o alcance de cada uma dessas infrações penais, para o qual serão

analizados os elementos comuns a todas elas (bem jurídico protegido, sujeitos envolvidos e dolo direto), bem como as particularidades que cada um desses tipos penais apresenta, destacando os acertos e erros dessa nova legislação penal.

Palavras-chave: crime de abuso sexual; crime de abuso sexual especialmente agravado; crime de abuso sexual sem contato corporal; liberdade sexual e indenização sexual; direito penal.

Introducción

El 22 de diciembre de 2017, se promulgó en Uruguay la Ley n.º 19.580, con la finalidad de combatir el flagelo que representa la violencia basada en género. A través de este instrumento jurídico, se buscó actualizar el marco normativo existente en el país abordando la violencia de género de forma integral.

Para alcanzar este loable objetivo, la ley aporta nuevas herramientas jurídicas, entre las que se destaca la creación de tres tipos penales, cuya *ratio legis* consiste en prevenir y sancionar diferentes formas de abuso sexual. Estos son el delito de abuso sexual (art. 86 de la Ley n.º 19.580), el delito de abuso sexual especialmente agravado (art. 87) y el delito de abuso sexual sin contacto corporal (art. 88). Los primeros dos tipos penales fueron modificados en su redacción por la Ley n.º 19.889, denominada Ley de Urgente Consideración, en adelante LUC (Uruguay, 2020).

La intención inicial del legislador, por la cual se planteó la posibilidad de incorporar los referidos delitos de abuso sexual, consistía en eliminar los delitos de violación (art. 272 del Código Penal [CP]) y atentado violento al pudor (art. 273 del CP), que eran propios de una época pasada, de un código inspirado en ideas moralizantes y patriarcales. Sin embargo, en una de las últimas sesiones del Senado en la que se discutió el proyecto de ley 19.580, se tomó la decisión de no derogar expresamente estas dos figuras penales. En esa oportunidad, el senador Otheguy afirmó —erróneamente— que si se derogaba el delito de violación, todos los condenados por dicha conducta criminal deberían ser liberados. Ante la preocupación que generaba dicha situación, se optó por conservar los delitos de violación y atentado violento al pudor (Malet Vázquez, 2018).

Antes de la entrada en vigencia de la LUC, Malet Vázquez (2018) y De León et al. (2019) sostenían que los delitos de violación y atentado violento al pudor habían quedado derogados tácitamente por los nuevos delitos de abuso sexual. En efecto, estos autores entendían que los delitos de abuso sexual abarcaban todas las conductas que antes quedaban encartadas en los arts. 272 y 273 del CP, por lo que estos dos últimos tipos penales habían quedado derogados por una ley posterior, la Ley n.º 19.580.

Luego de que la LUC cobrara vida jurídica, hay quienes todavía sostienen dicha posición, afirmando que los delitos de violación y atentado violento se encuentran tácitamente derogados (Javier & Rodríguez Olivari, 2023). Se comparte esta posición con respecto al delito de atentado violento al pudor, no así con respecto al delito de violación. Porque la LUC les da una nueva redacción a los delitos de violación y abuso sexual especialmente agravado, lo cual genera un concurso aparente de leyes penales, además de demostrar que la intención del legislador es que coexistan ambos delitos. Este concurso aparente de leyes penales será resuelto mediante el principio de especialidad, al ser el delito de violación más específico que el de abuso sexual especialmente agravado (Silva Forné, 2022; Rocha Baldi, 2021). Por ende, las conductas que encuadren en el art. 272 del CP deberán ser calificadas como un delito de violación.

En definitiva, el delito de abuso sexual, el delito de abuso sexual especialmente agravado y el delito de abuso sexual sin contacto corporal son figuras penales plenamente vigentes en el ordenamiento jurídico uruguayo y coexisten con el delito de violación. La finalidad de este trabajo académico consiste precisamente en determinar el alcance de cada una de ellas, para lo cual se analizarán los elementos comunes a todos estos tipos penales (bien jurídico protegido, sujetos involucrados y dolo directo), así como las particularidades que presenta cada uno.

A través de un abordaje jurídico-penal se intentará responder las siguientes interrogantes: a) ¿cuál es el bien jurídico protegido por estas figuras penales?, b) ¿quiénes son los sujetos involucrados en dichas actividades criminales?, c) ¿qué elementos subjetivos requieren estas figuras penales?, y d) ¿qué particularidades presenta cada uno de estos tipos penales?

Elementos comunes a los delitos de abuso sexual

Bien jurídico protegido¹

Los delitos en estudio fueron incorporados al Título X del CP, cuyo nombre es “De los delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia”, que tiene su origen en el código italiano, en el cual se le denomina a este título “Delitos contra la moralidad y las buenas costumbres”.

¹ Este capítulo fue desarrollado, con algunas modificaciones, en otros trabajos previos (Fascioli Caorsi, 2022, 2023a, 2023b).

Este *nomen iuris* plantea la interrogante de qué se entiende por moral y, en particular, qué moral es la que pretende tutelar nuestro CP. Carrara (1957) sostiene que la moral implica la obligación de cumplir todos los deberes. Es decir, no solo la incontinencia sexual viola la moral, sino muchos otros actos (por ejemplo, ser cruel, egoísta o vengativo). Pero como aclara Cairoli (2023), no debemos confundir inmoralidad con delito, afirmando que el derecho penal es amoral, aunque existan puntos de contacto entre ambos.

Podemos afirmar que el Título X del CP no se refiere a la moral pública en general, sino únicamente en lo atinente a las relaciones sexuales. El concepto de moral sexual varía en cada sociedad y época. En nuestra propia sociedad este concepto ha variado enormemente, tal como sostiene Cairoli (2023) al afirmar que “algunas actitudes, vestimentas, canciones o espectáculos que actualmente se aplauden o por lo menos se toleran, hubieran escandalizado a nuestros mayores hace una treintena de años nada más” (p. 316). Es más, la sociedad se caracteriza por ser heterogénea, por lo que la ley terminará reflejando la moral que predomina en ciertos sectores (Malet Vázquez, 1997).

Malet Vázquez (2008) ha señalado que la referencia a las buenas costumbres “encierran aparte de su vaguedad, un alto contenido moral que refleja de pique una arcaica toma de posición sobre uno de los bienes jurídicos más difíciles de regular en el ámbito punitivo” (p. 6). Asimismo, dicha referencia “alude a un colectivo que borra el interés en proteger a sujetos individuales” (Malet Vázquez, 2008, p. 6). La citada autora también afirma que este enfoque aumenta la revictimización que implica el proceso penal, al centrarse en la moral de la víctima, a los efectos de verificar su condición de “inocente” (p. 6). Compartiendo las opiniones de Malet Vázquez, Silva Forné (2010) señala que los delitos previstos en el Título X del CP fueron estructurados con base en ciertas ideas patriarcales y arcaicas, tales como que la mujer es un ser inferior, que la sexualidad tiene fines reproductivos y no placenteros y la promoción de la institución matrimonial.

Si bien el *nomen iuris* del Título X del CP podría llevar a pensar que los delitos de abuso sexual vulneran las “buenas costumbres” o la “moral sexual”, actualmente la doctrina y jurisprudencia uruguayas entienden que el bien jurídico protegido en los delitos sexuales es la libertad sexual (Silva Forné, 2022). En un principio, Salvagno Campos (1934) sostuvo que el atentado violento al pudor vulneraba el “pudor personal”, pero luego cambió su posición, afirmando que tutelaba la libertad sexual (Salvagno Campos, s.f., 1946).

El concepto de libertad sexual ha ido variando a lo largo del tiempo. En efecto, los primeros comentaristas del Código Penal italiano de 1930 le atribuían un alcance “marcadamente disciplinario de la mano del recurso a la difusa referencia a las ‘costumbres’ en el plano sexual” (Silva Forné, 2022, p. 119). Por su parte, en la actualidad, Benítez (2013) la define de la siguiente forma:

La Libertad Sexual, como bien jurídico protegido, puede conceptualizarse como el hemisferio de la Libertad Personal que se refiere a la sexualidad de las personas [...] comprende un aspecto positivo consistente en la posibilidad del sujeto de relacionarse sexualmente en libertad, según su parecer y con quien mejor le plazca, sin injerencias que lo condicionen en su elección. Y su contracara, o aspecto negativo de dicha libertad, que impone el derecho a repeler o rechazar la intención de otro, de involucrarlo en un contexto de contenido sexual sin su consentimiento (pp. 9 y 10).

Díez Ripollés (2000) afirma que la misma tiene como finalidad “asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes o, más brevemente, se interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad” (p. 51). En este mismo sentido, Muñoz Conde et al. (1989) señalan que es “aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo” (p. 208) o, como sostiene Orts Berenguer (citado por Serrano Trigueros, 2019):

El contenido de la reiterada libertad sexual estará integrado por la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento y por la de utilizar y servirse del propio cuerpo en este orden de cosas, de donde derivan las de escoger compañero, con el consentimiento de este descontentado y rechazar proposiciones no deseadas y, con más motivo, la de repeler eventuales ataques (pp. 541-542).

Entendida la libertad sexual de esta forma, se puede afirmar que los delitos sexuales no protegen un bien colectivo, sino uno personalísimo, el de poder determinar libremente como ejercer la propia sexualidad (Malet Vázquez, 2018). Esta nueva concepción implica un avance importante, pero también plantea algunas interrogantes. En particular, diferentes autores se han planteado si dicho concepto también abarca a los menores e incapaces. Esto ha llevado a que se desarrolle otro concepto, el de indemnidad sexual. En España, el Tribunal Supremo (en adelante, TS) —en su sentencia n.º 492/2000— ha

señalado como conducta que vulnera este bien jurídico (indemnidad sexual) la “aptitud para incidir o influenciar en la formación de la personalidad del menor, comprometiendo de futuro su normal desenvolvimiento sexual con enseñanzas procaces y desajustadas a su edad y aptitud mental o con prácticas desviadas o perversas”. Y afirma, en su sentencia n.º 144/1995, que la diferencia entre libertad sexual e indemnidad sexual consiste en el hecho de que:

La libertad sexual exige voluntad consciente y responsable en el sujeto pasivo del agravio, y en los menores o los privados de razón o sentido tal condición es inexistente o deficiente; sin embargo, no puede negárseles el derecho a estar protegidos en su intangibilidad e indemnidad sexual y a exigir seguridad para su futura libertad sexual, derecho que reclama una exquisita salvaguarda porque estos sujetos están más expuestos a la captación y a la influencia por no ser capaces de generar inhibiciones para prevenir y defenderse frente a los ataques abiertos o insidiosos a su facultad de autodeterminación sexual.

Por otra parte, Lackner (2008) sostiene que los delitos sexuales vulneran la salud sexual y reproductiva, que se define como:

Un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia (Naciones Unidas, 1995, p. 37).

Según el citado autor, este concepto presenta la ventaja de ser aplicable tanto a adultos como a menores e incapaces. A diferencia de Lackner (2008), entiendo que no es necesario recurrir al concepto de salud sexual y reproductiva para superar las objeciones realizadas al concepto de libertad sexual. En primer lugar, no todos los menores de edad son sexualmente intangibles, sino solamente los menores de trece años; y los mayores de 13 años y menores de quince también carecerán de libertad sexual, cuando el sujeto activo tenga una diferencia etaria superior a 8 años con respecto a ellos, por lo que se puede afirmar que estos últimos gozan de una libertad sexual limitada. En segundo lugar, en los casos en que el menor no goza de libertad sexual, lo que se habrá vulnerado será su indemnidad sexual. Por ende, los delitos en estudio protegen tanto la libertad sexual como

la indemnidad sexual. En efecto, protege la libertad sexual de aquellas personas que tienen la capacidad necesaria para consentir una relación sexual, y protege la indemnidad sexual de aquellas que —por su edad o por sufrir de una discapacidad— no gozan de la primera.

Sujetos involucrados

Los delitos de abuso sexual pueden ser cometidos por cualquier persona, por lo que se trata de un sujeto activo común, simple o no calificado. Por lo general, el sujeto activo es de sexo masculino. Sin embargo, nada impide que el agente de estos delitos sea alguien de sexo femenino. Cabe recordar la sentencia n.º 67/2022, dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Colonia de 4º Turno y confirmada (salvo en cuanto a la pena) por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1º Turno (sentencia n.º 36/2023), por la cual se condenó a una mujer por reiterados delitos de violación. Asimismo, este delito puede ser cometido tanto por adolescentes (entre 13 y 17 años de edad) como por adultos (a partir de 18 años de edad). Los niños (menores de 13 años) no pueden ser responsabilizados penalmente.

Por otra parte, cualquier persona puede ser sujeto pasivo de un delito de abuso sexual (art. 272-BIS del CP) o abuso sexual especialmente agravado (art. 272-TER del CP). En el primero de ellos, se agregó —por la Ley n.º 19.580— la infeliz expresión “del mismo o distinto sexo”. La LUC —al otorgarle nueva redacción al art. 272-BIS— podría haber eliminado dicha expresión, pero el legislador decidió mantenerla. De esta forma, el artículo mantiene una expresión innecesaria, ya que era pacíficamente admitido por la doctrina y jurisprudencia que cualquier persona —sin importar su sexo— puede ser víctima de un delito sexual, salvo los tipos penales que aclaran que el sujeto pasivo es calificado.

El delito de abuso sexual sin contacto corporal es un ejemplo de un delito sexual que tiene un sujeto pasivo calificado. En su primera modalidad, el sujeto pasivo solo podrá ser un menor de edad (menor de 18 años); en cambio, en su segunda modalidad podrá ser tanto un menor de edad como una persona que sufra una incapacidad física o intelectual. No se entiende el motivo por el cual se excluyó a los incapaces de la primera modalidad, considerando que estos pueden ser hasta más vulnerables que los menores. Esto resulta aún más llamativo, si se tiene presente que el legislador ha abordado la protección de las personas con discapacidad y la de los menores de edad de forma conjunta, respecto de otras conductas que vulneran la libertad sexual y la indemnidad sexual. Véase como

ejemplo los arts. 272 num. 1 y 2, 272-BIS num. 1 y 3 del CP y los arts. 1 a 6 de la Ley n.º 17.815 (Violencia sexual contra niños, adolescentes o incapaces; Uruguay, 2004).

Como se señaló en el párrafo anterior, los incapaces pueden llegar a ser personas muy vulnerables, pero no puede llegarse al extremo de excluirlos a todos de la vida sexual, ya que muchos tienen la capacidad suficiente para consentir una relación sexual. En la legislación penal uruguaya no se cuenta con una definición de persona incapaz, pero en el ámbito de los delitos sexuales deberá tratarse de una persona que posea una discapacidad tal que no le permita consentir una relación sexual.

Dolo directo

Los delitos de abuso sexual solo podrán configurarse a título de dolo directo. La finalidad de cometer tal conducta antijurídica, por parte del agente, excluye la posibilidad del dolo eventual. Es decir, el sujeto activo debe actuar con conciencia y voluntad, ajustando el resultado a su intención.

Sin embargo, existe una vasta doctrina y jurisprudencia comparada que afirma que, para que se perfeccionen los delitos de abuso sexual, no alcanza con que la conducta del victimario sea dolosa, sino que se requiere un ánimo especial en el sujeto activo. Esta posición sostiene que debe concurrir en el agente un ánimo libidinoso como elemento subjetivo, es decir, el sujeto activo debe estar motivado por un deseo sexual.

Al igual que el autor español Pérez Alonso (2019), entiendo que no es necesario que exista un ánimo libidinoso en la mente del agente, sino que alcanza con que el acto tenga “una significación inequívocamente sexual con el que se crea un riesgo típicamente relevante de lesión de la libertad e indemnidad sexual” (p. 20). Por ejemplo, si el sujeto activo penetra con un objeto a la víctima estando motivado por un ánimo de venganza, se habrá configurado el delito de abuso sexual especialmente agravado, aunque dicha conducta no haya nacido de un deseo sexual.

Por último, recordemos que —según el art. 19 del Código Penal—² los delitos culposos y ultraintencionales solo se sancionan en los casos expresamente previstos en la ley, entre los cuales no se incluyen a los delitos sexuales, por obvias razones.

Particularidades de cada figura penal

² Artículo 19 del Código Penal (Punibilidad de la ultraintención y de la culpa): “El hecho ultraintencional y el culpable sólo son punibles en los casos determinados por la ley”.

En el apartado anterior se han analizado los elementos comunes a los tres tipos penales en estudio. Sin embargo, estos presentan importantes diferencias, las que les otorgan un alcance único.

Delito de abuso sexual

El delito de abuso sexual se encuentra previsto en el art. 272-BIS del CP, en la redacción dada por el art. 7 de la Ley n.º 19.889, en los siguientes términos:

(Abuso sexual). El que por medio de la intimidación, presión psicológica, abuso de poder, amenaza, fuerza o cualquier otra circunstancia coercitiva realice un acto de naturaleza sexual sobre una persona, del mismo o distinto sexo, será castigado con pena de dos a doce años de penitenciaría.

La misma pena se aplicará cuando en iguales circunstancias se obligue a una persona a realizar un acto de naturaleza sexual sobre un tercero.

La violencia se presume cuando el acto de naturaleza sexual se efectúa:

1. Con una persona menor de quince años. Esta presunción no regirá si se tratare de relaciones consensuadas entre personas de trece años cumplidos y no exista entre ambas una diferencia mayor de ocho años.
2. Con descendiente o persona bajo su cuidado o autoridad menor de dieciocho años de edad.
3. Con persona que, por causas congénitas o adquiridas, permanentes o transitorias, se halla, en el momento de la ejecución del acto, privada de discernimiento o voluntad.
4. Con persona arrestada o detenida, siempre que el imputado resulte ser el encargado de su guarda o custodia.

Este delito fue producto de la presión que algunas asociaciones civiles ejercieron sobre los legisladores (Cairolí, 2023). Según el citado autor, se trata de una figura penal innecesaria, al tipificar conductas que ya se encontraban abarcadas por el delito de atentado violento al pudor, además de repetir situaciones de violencia presunta previstas en el art. 272 del CP, “llevando a confusiones que no son bienvenidas” (Cairolí, 2023, p. 346). Sin embargo, nos remitimos a las consideraciones efectuadas *ut supra*, en cuanto a

la necesidad de actualizar la normativa penal referida a los delitos sexuales, adoptando la perspectiva de género.

Entrando en la descripción típica del delito, cabe señalar que el verbo rector de esta figura penal es “realizar”, que significa —en su primera acepción— “efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción” (Real Academia Española [RAE], s.f.).

Por otra parte, el tipo penal hace referencia a “un acto de naturaleza sexual”, sin definir este concepto, por lo que será tarea de la doctrina y la jurisprudencia llenarlo de contenido. En un intento por descifrar su contenido, Robatto (2021) sostiene que dicha conducta “debería involucrar los genitales [...], sea de la víctima o del victimario, en un acto justamente distinto a la conjunción carnal” (p. 192). Según la citada autora, todas las conductas obscenas que no involucren a los genitales quedarán comprendidas dentro del delito de atentado violento al pudor (art. 273 del CP). No puede compartirse la interpretación tan restrictiva de la citada autora, porque el artículo no hace referencia a los genitales, sino a todo acto de naturaleza sexual (por ejemplo, tocamientos impúdicos de otras partes del cuerpo).

Asimismo, el art. 272-BIS del CP hace referencia a distintos medios típicos, los que deberán estar presentes en el caso concreto para que se perfeccione el delito de abuso sexual. En efecto, este artículo establece como medios típicos la “intimidación”, la “presión psicológica”, el “abuso de poder”, la “amenaza”, la “fuerza” y “cualquier otra circunstancia coercitiva”.

Comenzando por el final, cabe señalar que resulta muy cuestionable la expresión “cualquier otra circunstancia coercitiva”. En un intento por abarcar todas las formas de coerción, el legislador termina violando el principio de legalidad. Como bien afirma Robatto (2021), esta fórmula es contraria a un derecho penal garantista. La citada autora también destaca que este artículo ha sustituido la vieja fórmula “violencias y amenazas”, agregando otros medios típicos, como el de “intimidación” y “presión psicológica”.

En cuanto al medio típico “intimidación”, es necesario comenzar aclarando que se carece de una definición en el CP, así como tampoco se mencionan los requisitos necesarios para su concurrencia. Sin embargo, parece claro que se está refiriendo a la coacción psíquica o violencia moral.

La doctrina y jurisprudencia española han incursionado en el estudio de este medio típico, por lo que resulta útil remitir a sus enseñanzas. El TS se ha referido a la violación mediante procedimiento intimidatorio, afirmando que esta:

supone el empleo de cualquier forma de coacción, amenaza, amedrentamiento o uso de vis compulsiva, que compele a ceder a los propósitos lascivos del agente ante el anuncio o advertencia de un mal inminente y grave, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos o contrarrestadores de la ofendida, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva (STS de 18 de diciembre de 1991, 24 de febrero de 1993, 25 de marzo de 1994, 14 de mayo de 2020, entre otras).

Serrano Trigueros (2019), al comentar las “agresiones sexuales” previstas en el CP español y siguiendo la jurisprudencia del TS, sostiene que:

Intimidación equivale al constreñimiento psicológico, a la amenaza de palabra o de obra de causar un daño injusto, posible, irreparable y presente que infunde miedo en el ánimo de la víctima produciéndole una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor que la misma entrega; además, ha de revestir las características de suficiencia y entidad bastante para vencer la resistencia del sujeto pasivo sin que precise ser absoluta ni irresistible, pues se mide por su eficacia no por su cantidad y ha de estar causalmente unida al acceso carnal (p. 545).

Por su parte, en la doctrina vernácula, Javier y Rodríguez Olivares (2023) definen este concepto afirmando que consiste en “una forma de violencia moral que no requiere de maltrato físico, aunque existe un compelimiento que busca anular la libertad de determinación de la víctima. Se la atemoriza y busca amedrentársela restando todo espacio de decisión libre y voluntaria” (p. 85).

En el plano procesal, Robatto (2021) agrega que sería “poco garantista para el justiciable que esa intimidación se evidencie únicamente en una manifestación de la víctima” (p. 189). En este sentido, la citada autora afirma que “darle preeminencia únicamente al efecto psicológico que se produce en el sujeto pasivo, sin tomar en cuenta otros factores externos, objetivos, que incidan en la existencia del reato, generarían un estado casi, de indefensión” (Robatto, 2021, p. 190).

Al incluir al medio típico “intimidación” en la descripción del tipo, entiendo que resultaba innecesario agregar los medios típicos “amenaza”, “presión psicológica” y “abuso de poder”, ya que estos están comprendidos dentro del referido concepto (“intimidación”). En efecto, la RAE (s.f.) define al término “amenaza” —en su primera

acepción— como “acción de amenazar”,³ mientras que define “presión” como “fuerza moral o influencia ejercida sobre una persona para condicionar su comportamiento”, aclarando que ambos conceptos son sinónimos de “intimidación”. Surge de estas definiciones que tanto la “amenaza” como la “presión” suponen el empleo de *vis psíquica*, incidiendo en la dimensión psicológica de la víctima.

El “abuso de poder” no se encuentra definido por la RAE, pero también implica una forma de violencia moral. Este medio típico tiene como presupuesto una relación preexistente entre el agente y la víctima, en la cual el primero tiene una preeminencia sobre la segunda (Villada, 2000). Por su parte, De León et al. (2019) señalan que no se requiere una relación de dependencia (jurídica o de facto) para que se configure el abuso de poder, sino que alcanza con la existencia de una relación que posibilite que el victimario incida psicológicamente en el comportamiento de la víctima.

En el otro extremo, se encuentra el medio típico “fuerza”, el cual consiste en el uso de *vis física* sobre el cuerpo del sujeto pasivo. Se ha considerado que el concepto de fuerza se encuentra unido al de resistencia, ya que se utiliza la fuerza cuando es necesario vencer una resistencia (Goenaga Olaizola, 1997). Sin embargo, nuestra legislación ha dejado en claro que no se requiere tal resistencia. En efecto, el art. 47 de la Ley n.º 19.580 establece que el “silencio, *la falta de resistencia* [cursivas añadidas] o la historia sexual previa o posterior de la víctima de una agresión sexual, no deben ser valorados como demostración de aceptación o consentimiento de la conducta”.

El TS se ha pronunciado sobre este punto, señalando que:

Lo verdaderamente importante en la violación, desde el punto de vista jurídico, es saber de la intencionalidad decidida del violador, es saber de los medios empleados en su ataque físico o moral. Porque en cuanto a la resistencia que el sujeto pasivo por su parte ofrece, ya se ha abandonado la antigua doctrina que exigía fuera ésta trascendente, casi heroica, estimándose suficiente una resistencia seria, más tarde definida como razonable, cuando no incluso se llega a prescindir por completo de las características de una actitud defensiva que, sin otra eficacia jurídica, sólo puede hacer peligrar incluso la vida misma (sentencia s/n, de 16 de mayo de 1995).

³ La RAE (s.f.) define “amenazar” —en su primera acepción— como “dar a entender con actos o palabras que se quiere algún mal a alguien”.

El empleo de fuerza física suele concurrir con los delitos de lesiones (personales, graves o gravísimas), o hasta puede derivar en un delito de homicidio. Javier y Rodríguez Olivar (2023) señalan que el abuso sexual puede quedar absorbido por la *intentio necandi*, ya que en algunos casos resulta ser un medio para la consumación del homicidio.

Para concluir el análisis de los medios típicos, podemos afirmar que no era necesario modificar la fórmula vernácula tradicional de “violencias y amenazas”, incorporando términos propios del Derecho comparado, como el de “intimidación” y “presión psicológica”. Estos nuevos conceptos, que ya se encontraban abarcados dentro de las “violencias y amenazas”, solo dificultan la labor del intérprete.

Debemos detenernos en el segundo inciso del art. 272-BIS del CP, ya que este consagra un supuesto de autoría mediata. Como ha enseñado Silva Forné (2022), la víctima resulta ser el tercero sobre el cual recae la violencia sexual, mientras quien la ejerce es el autor inmediato inculpable (por haber sido intimidado o coaccionado), siendo el sujeto activo del delito el autor mediato. Malet Vázquez (2018) considera, en opinión compartible, que este supuesto de autoría mediata constituye una figura autónoma. Sin embargo, se consagra una figura que no era necesaria, ya que se hubiera arribado a la misma solución aplicando los principios generales (Silva Forné, 2022).

Por último, cabe plantearse si es posible incriminar la tentativa, cuestión que no resulta fácil de dilucidar. En un extremo, podría sostenerse la negativa, afirmando que el acto anterior a la consumación constituye una mera actividad preparatoria, la cual no es punible en materia de delitos sexuales. En cambio, en el otro extremo, podría sostenerse que se configura la tentativa toda vez que el agente intente realizar un acto sexual distinto a la conjunción carnal, mediante los medios típicos de esta figura penal, siendo —su accionar— evitado. Cairolí (2023), al analizar el delito de atentado violento al pudor, utiliza el siguiente ejemplo:

Cuando un sujeto empleare violencia contra la víctima y una vez que esta estuviere dominada, el actor fuera sorprendido en el acto infructuoso de llevar la mano de su víctima a uno de sus órganos sexuales o lugares erógenos para que esta ejerciere sobre él actos de tocamiento (p. 350).

Entiendo que el ejemplo proporcionado por Cairolí (2023) constituye, en la actualidad, un delito de abuso sexual en grado de tentativa. En efecto, el sujeto activo intentó forzar a la víctima a realizar un acto sexual, no pudiendo consumir la conducta por factores externos a su voluntad.

Delito de abuso sexual especialmente agravado

La segunda figura penal en análisis es el delito de abuso sexual especialmente agravado, previsto en el art. 272-TER del CP, en la redacción dada por el art. 8 de la LUC:

(Abuso sexual especialmente agravado). Se considerará abuso sexual especialmente agravado cuando se invade cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor, a través de la penetración por insignificante que fuera, vía anal o vaginal, con un órgano sexual, otra parte del cuerpo o un objeto, así como la penetración vía oral con un órgano sexual, castigándose con una pena de dos a dieciséis años de penitenciaría. La pena a aplicar en caso de tentativa nunca será inferior a dos años de penitenciaría.

Siguiendo a Silva Forné (2022), se trata de un “tipo derivado calificado” (p. 152) del delito analizado anteriormente (delito de abuso sexual). Cairoli (2023) lo resume de la siguiente forma:

Un verdadero berenjenal, con una pésima redacción, como cualquier persona medianamente inteligente se da cuenta. Parece que el poco claro término de “invade” se explica cuando hay penetración via [sic] anal o vaginal, pero entonces ¿cual [sic] es la razón por la cual antes se refirió a invadir “cualquier parte del cuerpo”? [sic] [¿]No se me ocurre cuales son las otras partes del cuerpo a que se refiere, la nariz, el oído, el ombligo? Me niego a seguir tratando de interpretar este estrafalario tipo penal, será tarea de quien tenga la ardua tarea de dilucidar este entrever jurídico (p. 346).

Malet Vázquez (2018) nos recuerda que este artículo fue creado con la finalidad de ampliar el delito de violación, incluyendo a la “*fellatio in ore* y la penetración del ano y la vagina con objetos” (pp. 29-30). La citada autora manifestó su conformidad con la concepción amplia de la violación adoptada por el 273-TER del CP, no así con la denominación adoptada para ella, ya que “dejarla dentro del concepto de abusos sexuales [...] desdibuja la mayor entidad de la conducta que queda anticipada en el mismo nombre tradicional de violación” (p. 30).

Al igual que Malet Vázquez (2018), entiendo que hubiera sido oportuno modificar la redacción del art. 272 del CP, ampliando su alcance, en lugar de crear otra figura penal con un *nomen iuris* diferente. Asimismo, entiendo que el *nomen iuris* de “abuso sexual especialmente agravado” conduce a una confusión terminológica, porque tanto el delito

previsto en el art. 272-BIS del CP (abuso sexual) como el previsto en el art. 272-TER del CP (abuso sexual especialmente agravado) pueden encontrarse especialmente agravados por configurarse alguno de los supuestos previstos en el art. 279 del CP. Por ejemplo, si el sujeto activo realiza tocamientos impúdicos a una menor de 12 años, habrá cometido el delito previsto en el art. 272-BIS del CP, el cual se encuentra especialmente agravado por lo dispuesto en el art. 279 lit. C del CP, por lo que su conducta debería calificarse como un delito de abuso sexual especialmente agravado, calificación que resulta ser el *nomen iuris* del art. 272-TER del CP. Y si el agente penetra a esa niña con un objeto, habrá cometido un delito de abuso sexual especialmente agravado, que —a su vez— se encuentra específicamente agravado por el art. 279 lit. C del CP. Por ende, es evidente que el *nomen iuris* del art. 272-TER del CP resulta terminológicamente confuso, dificultando una posible tipificación.

A pesar de la intención inicial del legislador, el producto final fue la coexistencia de dos tipos penales diferentes, ambos vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, el de la violación clásica (art. 272 del CP) y el moderno abuso sexual especialmente agravado (art. 272-TER del CP). En efecto, ambas figuras penales fueron modificadas por la LUC, por lo que es necesario buscar una interpretación armónica entre ambas; es decir, se debe adoptar una interpretación que permita aplicar ambas.

En un intento por interpretar el art. 272-TER del CP, conviene comenzar señalando que el verbo nuclear es “invadir”. Según la RAE (s.f.), el término “invadir” se define — en su primera acepción— como “irrumper, entrar por la fuerza”. Ergo, hace referencia a la falta de consentimiento con la que se realiza el acto. Es una conducta no querida por el sujeto pasivo, lo que la torna antijurídica. Según Malet Vázquez (2008), este concepto — ajeno a nuestro Derecho Penal— proviene de los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc* de la ex-Yugoslavia y Ruanda y de su jurisprudencia. En esa época, el delito de violación no se encontraba definido a nivel internacional, por lo que los tribunales tuvieron que recurrir a la legislación interna de distintos países y eligieron el Derecho anglosajón. Así fue como se plasmó en la legislación uruguaya un término propio de los conflictos armados, a pesar de encontrarnos en tiempos de paz (Malet Vázquez, 2018).

El artículo 272-TER del CP establece que el tipo penal se configura independientemente de la parte del cuerpo que se invada. Hace expresa referencia al ano, la vagina y la boca de la víctima, agregando que también podrá invadirse “otra parte del cuerpo”. Al igual que Cairoli (2023), no entiendo a qué se refiere la norma cuando dice

“otra parte del cuerpo”. Las únicas partes del cuerpo que podrían ser penetradas con una significación inequívocamente sexual son mencionadas de forma expresa por el art. 272-TER (la vagina, el ano y la boca), por lo que la referencia a “otra parte del cuerpo” carece de sentido.

No comparto la posición de Cairoli (2023), en cuanto sostiene que “la introducción con aparatos distintos al pene es considerada delito de atentado violento al pudor” (p. 337). Como dije anteriormente, entiendo que el delito de atentado violento al pudor fue derogado tácitamente por los delitos de abuso sexual, al ser posteriores en el tiempo y abarcar todas las conductas previstas en el primero. Es más, el propio artículo 272-TER establece expresamente que “se considerará abuso sexual especialmente agravado cuando se invade cualquier parte del cuerpo de la víctima [...] a través de la penetración [...] con [...] un objeto”.

Parece ser que, para el legislador, el hecho de penetrar a la víctima con un objeto es de menor gravedad ontológica que penetrarla con el órgano sexual masculino. Esta solución me resulta muy discutible, ya que penetrar al sujeto pasivo con un objeto puede resultar aún más lesivo de su libertad sexual o indemnidad sexual que hacerlo con el órgano sexual masculino.

Por último, encuentro llamativo que este delito se sancione con la misma pena mínima que el delito de abuso sexual, ya que estamos ante una conducta más grave, por lo que resulta contrario a la sana crítica castigar ambas conductas con la misma pena. Si bien es cierto que la pena máxima prevista para el delito de abuso sexual especialmente agravado (16 años) es superior a la pena prevista para el delito de abuso sexual (12 años), los operadores jurídicos suelen partir de la pena mínima y solo en casos excepcionales se aplica la pena máxima.

Delito de abuso sexual sin contacto corporal

El tercer y último delito de abuso sexual creado por la Ley n.º 19.580 ha sido denominado por el legislador como “abuso sexual sin contacto corporal” y tipificado de la siguiente forma:

(Abuso sexual sin contacto corporal). El que ejecutare o hiciera ejecutar a otra persona actos de exhibición sexual ante una persona menor de dieciocho años de edad, será castigado con seis meses de prisión a tres años de penitenciaría.

La misma pena se aplicará en caso que se hiciere practicar dichos actos a una persona menor de dieciocho años de edad o prevaleciéndose de la incapacidad física o intelectual de una víctima mayor de esa edad (art. 273-BIS del CP en la redacción dada por el art. 88 de la LUC).

Esta figura penal prevé dos modalidades distintas. En la primera, el delito se configura cuando el sujeto activo “ejecutare” o “hiciere ejecutar” actos de exhibición sexual ante un menor de edad. Con respecto a esta modalidad, conviene comenzar recordando que los mayores de 13 años gozan de libertad sexual. En efecto, entre los 13 y los 15 años, los menores pueden consentir una relación sexual con alguien que no tenga una edad superior a 8 años con respecto a ellos; y los mayores de 15 podrán consentir una relación sexual con cualquier persona (independientemente de la edad de esta última). Por ende, debemos interpretar que la norma se refiere a los supuestos en los que los menores no gozan de libertad sexual o no brindaron su consentimiento. La posición contraria nos llevaría al absurdo de sostener que, si bien algunos menores gozan de libertad para mantener relaciones sexuales, no poseen esa misma libertad para percibir ocularmente a otro individuo exhibirse sexualmente.

Siguiendo a Boldova Pasamar (2001), en la doctrina española, entiendo que la primera modalidad implica una conducta activa conformada por uno o varios actos. Sin embargo, el autor admite que si bien, en principio, no es posible exhibirse por omisión,

sí podría no impedirse el exhibicionismo de otro ante menores de edad o incapaces, ostentando el omitente una posición de garante o no [...] o bien se trata de la posible autoría en comisión por omisión, o bien de la posible participación por omisión en el delito de exhibicionismo (Boldova Pasamar, 2001, p. 19).

Otro punto que requiere ser analizado para determinar el alcance de este tipo penal es el concepto de “exhibición sexual”. Corresponde comenzar señalando que el término “exhibición” se encuentra definido por la RAE (s.f.) como “acción y efecto de exhibir”. Y a su vez, el verbo “exhibir” se define —en su primera acepción— como “manifestar, mostrar algo en público” (RAE, s.f.).

A este término (“exhibición”) se le agrega el calificativo de “sexual”. Mientras la legislación española y argentina utilizan el concepto de “exhibición obscena”, la ley uruguaya utiliza el de “exhibición sexual”. El término utilizado por la legislación uruguaya evita las críticas formuladas al de “exhibición obscena”.

En efecto, la doctrina española ha subrayado la significación moral que trae aparejada el término “obscena”, ya que se considera “sinónimo de impúdico, indecente o deshonesto, que remite a la moral sexual colectiva, y a lo que ésta tiene en cada momento histórico como ofensivo al pudor” (Boldova Pasamar, 2001, p. 21). Es decir, el calificativo de “obscena” desvirtúa la figura penal, al vincularla con la moral sexual colectiva, relativizando valorativamente el concepto de exhibición (Boldova Pasamar, 2001). Por otra parte, en la doctrina argentina, también se ha denunciado la imprecisión que presenta este concepto, afirmando que “lo único que podemos saber sobre lo obsceno, es que tal calidad existe sólo en la medida en que alguien, con autoridad para hacerlo, dice que algo lo es” (Vázquez Rossi, 1999, p. 30). Hasta en la doctrina uruguaya se ha criticado el término “obsceno”, previsto en el viejo delito de atentado violento al pudor. En particular, Cairoli (2023) señalaba que hubiera sido más preciso utilizar la expresión “libidinosos”, ya que su significado no resulta tan amplio como el de “obscenos”.

En definitiva, la conducta del agente debe tener un contenido “sexual”, porque —de lo contrario— estaríamos ante una conducta atípica. La doctrina argentina ha sostenido “que será sexual toda acción incitadora ‘a priori’ del apetito venéreo o apropiada para satisfacerlo” (p. 7). Sin embargo, como sostuve *ut supra*, no es necesario que exista un ánimo libidinoso en el sujeto activo, sino que se requiere que el acto tenga una significación inequívocamente sexual. En este sentido, no alcanza únicamente con mostrar el cuerpo desnudo para que se perfeccione el delito, porque esta conducta no tiene necesariamente un contenido sexual. Por ejemplo, un hombre que orina en la vía pública y frente a un menor no está cometiendo el delito en análisis, ya que esa conducta no se está involucrando al menor en un ámbito sexual.

Como lo aclara el propio *nomen iuris* de la figura penal, la conducta exige un distanciamiento físico entre el agente y la víctima. Esta característica distingue el delito previsto en el art. 273-BIS del CP de los dos delitos de abuso sexual analizados anteriormente, los cuales requieren un contacto corporal entre el sujeto activo y el pasivo. El delito de abuso sexual sin contacto corporal puede constituir el tránsito hacia una conducta más grave, en cuyo caso se debe aplicar solo el delito más grave. Un ejemplo de ello se encuentra en la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón n.º 252/2010 de 2 de julio, en la cual se absolvió al imputado por el delito de exhibicionismo y

provocación sexual (185 del CP español)⁴ por entender que su conducta había quedado absorbida por el delito de abuso sexual (art. 181 del CP español)⁵ cometido por el sujeto activo. En palabras del tribunal:

Los actos llevados a cabo por el acusado [...] sobre la menor [...] refieren cómo el acusado sentó a la menor en el sofá y tras bajarse los pantalones y calzoncillos “procedió a coger la mano de la menor [...] y acercándosela a su pene, le hizo que lo moviera hasta que el acusado eyaculó”, lo que revela un contacto físico con la menor, de suerte que el acto se llevó a cabo “sobre la menor”, circunstancia ésta que excluye la aplicación del tipo previsto en el artículo 185 CP en cuanto que dicha conducta queda consumida en el

⁴ Art. 185 del CP español: El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.

⁵ Artículo 181 del CP español: 1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años. A estos efectos se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor.

2. Si en las conductas del apartado anterior concurre alguna de las modalidades descritas en el artículo 178.2 y 3, se impondrá una pena de prisión de cinco a diez años.

3. El órgano sentenciador, razonándolo en sentencia, en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable, podrá imponer la pena de prisión inferior en grado, excepto cuando medie violencia o intimidación o se realice sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, o concurren las circunstancias mencionadas en el apartado 5 de este artículo.

4. Cuando el acto sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años en los casos del apartado 1, y con la pena de prisión de doce a quince años en los casos del apartado 2.

5. Las conductas previstas en los apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. b) Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. c) Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años. d) Cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia. e) Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación o relación de convivencia o de parentesco o de una relación de superioridad con respecto a la víctima. f) Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis. g) Cuando para la comisión de estos hechos la persona responsable haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. h) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades. En caso de que en la descripción de las modalidades típicas previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo se hubiera tenido en consideración alguna de las anteriores circunstancias el conflicto se resolverá conforme a la regla del artículo 8.4 de este Código.

6. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas del apartado anterior se impondrán en su mitad superior.

7. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

abuso sexual cometido sobre la menor, lo que debe conducir a su absolución por el delito de exhibicionismo imputado.

Si este caso hubiera ocurrido en Uruguay, se tendría que haber aplicado el art. 272-BIS del CP (abuso sexual). En efecto, la figura penal del abuso sexual sin contacto corporal hubiera quedado atrapada por el art. 272-BIS del CP.

En cuanto a la segunda modalidad prevista para el delito, esta se configura cuando el sujeto activo obliga a un menor o a un incapaz a realizar actos de exhibición sexual. Como sostuve *ut supra*, no se entiende el motivo por el cual se agregó a los incapaces en esta segunda modalidad y no en la primera. La solución más acertada hubiera sido incluirlos en ambas modalidades, ya que los incapaces pueden ser hasta más vulnerables que los menores.

Reflexiones finales

La Ley n.º 19.580, cuya finalidad consiste en erradicar la violencia hacia las mujeres basada en género, creó tres figuras penales para sancionar los abusos sexuales. En efecto, a través de la citada ley, nació el delito de abuso sexual (art. 272-BIS), el delito de abuso sexual especialmente agravado (art. 272-TER) y el delito de abuso sexual sin contacto corporal (art. 273-BIS).

Estos tres tipos penales tienen luces y sombras. Y, como ya habrá advertido el lector, son más las sombras que las luces. Si bien la intención inicial del legislador era acertada, y hasta necesaria, esta se terminó desvirtuando. El loable objetivo de reformar la legislación penal, derogando los arcaicos delitos de violación y atentado violento al pudor, no llegó a concretarse expresamente, planteando la interrogante de si estos coexisten con las nuevas figuras penales, lo que representa —a todas luces— una mala técnica legislativa. En lugar de eliminar figuras penales propias de una época pasada, se mantuvieron cristalizadas en nuestro CP, agregándose otras que parten de una perspectiva totalmente diferente. De esta forma, nuestra legislación penal se vuelve aún más incoherente, manteniendo al mismo tiempo una visión moralista y patriarcal, por un lado, y una mirada con perspectiva de género por el otro.

Si bien algunos autores intentaron soslayar este error sosteniendo que tanto el delito de atentado violento al pudor como el delito de violación habían quedado derogados tácitamente por los nuevos delitos de abuso sexual, la LUC vino a echar por tierra esta interpretación, por lo menos respecto al delito de violación. En efecto, la LUC modificó

la redacción del delito de violación, al igual que la del delito de abuso sexual especialmente agravado, siendo el delito de violación el más específico de los dos. A través de la LUC, el legislador reafirmó su voluntad de mantener plenamente vigente el delito de violación, descartando la posibilidad de una derogación tácita. De hecho, el delito de violación pasó a ser el tipo penal más grave, al tener un guarismo de pena de tres a dieciséis años de penitenciaría. En definitiva, toda conducta que encuadre dentro del art. 272 del CP deberá calificarse como un delito de violación, en aplicación del principio de especialidad.

En cuanto al delito de atentado violento al pudor, la solución es diametralmente opuesta, porque deberá resolverse aplicando el principio de que una ley posterior deroga a una anterior. Los delitos de abuso sexual fueron aprobados y modificados con posterioridad al delito de atentado violento al pudor, abarcando todos los supuestos de este último tipo penal, por lo que el mismo ha quedado derogado tácitamente. De hecho, considero que —en una futura reforma legislativa— debería derogarse expresamente el delito previsto en el art. 273 del CP.

Una vez determinado qué delitos se encuentran vigentes, corresponde detenerse —a modo de resumen— en las características más destacables que reviste cada uno de ellos. Como se mencionó *ut supra*, los nuevos delitos de abuso sexual presentan varias sombras y, sin lugar a dudas, el más oscuro de todos es el delito de abuso sexual especialmente agravado. Es más, entiendo que debe cuestionarse la propia existencia de este tipo penal, ya que lo más atinado sería derogarlo y ampliar el delito de violación para que abarque la *fellatio in ore* y la penetración mediante objetos. De esta forma, se mantendría el *nomen iuris* “violación”, que resulta más apropiado que el de abuso sexual especialmente agravado, porque anticipa una conducta más grave y porque el delito de abuso sexual (art. 272-BIS del CP) también puede ser especialmente agravado (art. 279 del CP), generando confusiones terminológicas y dificultando una posible tipificación.

Por otro lado, el delito de abuso sexual previsto en el art. 272-BIS del CP constituye una incorporación adecuada en nuestro ordenamiento jurídico, *aggiornando* nuestra legislación penal a los valores imperantes en la sociedad actual. Sin embargo, no está exento de críticas. Incorporó, de forma totalmente innecesaria, conceptos extraídos del Derecho comparado, como el de “intimidación” y “presión psicológica”, que ya se encontraban abarcados en la fórmula vernácula “violencias y amenazas”. Asimismo, dejó la puerta abierta a “cualquier otra circunstancia coercitiva”, apartándose de un derecho penal garantista.

El último tipo penal analizado es el delito de abuso sexual sin contacto corporal, que se diferencia de los dos anteriores al no existir —en esta figura penal— un contacto físico entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. En efecto, la conducta se configura cuando un menor es víctima de actos de exhibición sexual, o cuando un menor o incapaz es obligado a ejecutar dichos actos. Es el delito que plantea menos objeciones en cuanto a su pertinencia y redacción, aunque no está exento de estas, tal como se analizó *ut supra*.

A modo de conclusión, se puede señalar que fue acertada la decisión del legislador de actualizar la legislación penal en materia sexual, ajustándola a los valores que corren en nuestra sociedad actual. Sin embargo, el producto final dista mucho de haber sido el ideal, por lo que serán necesarias futuras reformas legislativas.

Referencias

- Audiencia Provincial de Castellón. (España). (2010, 2 de julio). Sentencia n.º 252/2010. <https://vlex.es/vid/-220159987>
- Benítez, V. (2013, 20 de noviembre). Art. 126 a 127. Proxenetismo agravado. *Revista Pensamiento Penal*. <https://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37812-art-126-127-proxenetismo-agravado-y-rufianeria>
- Boldova Pasamar, M. Á. (2019). El delito de exhibicionismo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (8), 11-35. <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24792>
- Cairolí, M. (2023). *Derecho Penal Uruguayo. Tomo II, Vols. 3-4*. La Ley Uruguay.
- Carrara, F. (1957). *Programa de derecho criminal*. Temis.
- Código Penal. Ley 9.414, 29 de junio de 1934 (Uruguay). <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/9414-1934>
- Código Penal. Ley Orgánica 10/1995, 24 de noviembre de 1995 (España). <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>
- De León, B., Franco, M., & Bowhill, M. (2019). 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. *Serie Documentos Estudiantiles*, 1-20. <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/dest/article/view/241>
- Díez Ripollés, J. L. (2000). El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 69-101.
- Fascioli Caorsi, F. (2022). Trabajo sexual, proxenetismo y prostitución forzada ¿En dónde termina lo legal y comienza lo prohibido?. *Revista de la Facultad De Derecho*, (54), e20225406. <https://doi.org/10.22187/rfd2022n54a6>

- Fascioli Caorsi, F. (2023a). Pornografía infantil. Una mirada desde los ordenamientos jurídicos uruguayo e internacional. *Estudios sobre los desafíos jurídicos ante la digitalización*, (3), 611-636.
- Fascioli Caorsi, F. (2023b). El delito de online child grooming en la legislación penal uruguaya: algunos comentarios sobre el tipo penal previsto en el art. 277-BIS del Código Penal. *Judicatura*, (74), 49-59.
- Goenaga Olaizola, R. (1997). Delitos contra la libertad sexual. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, (10), 95-120.
<https://www.ehu.eus/documents/1736829/2174305/05-delitos-contra-libertad-sexual.pdf>
- Javier, J. M., & Rodríguez Olivar, G. (2023). *Ley 19.580 de violencia hacia las mujeres basada en género. Comentario general y análisis exegético de las normas penales*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Juzgado Letrado de Primera Instancia de Colonia de 4º Turno. (Uruguay). (2022, setiembre). Sentencia n.º 67/2022.
- Lackner, R. (2008). Delitos sexuales. Algunas reflexiones para una reforma integral en materia de delitos sexuales. *Revista de Derecho Penal*, (17), 27-38.
<https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/penal/article/view/3399>
- Malet Vázquez, M. (1997). Apuntes sobre los delitos sexuales y la Ley N.º 16.707. *Revista de Ciencias Penales*, (3), 167-188.
- Malet Vázquez, M. (2008). Para una reforma de los delitos sexuales. *Revista de Derecho Penal*, (17), 7-25.
<https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/penal/article/view/3398>
- Malet Vázquez, M. (2018). Aproximación doctrinaria a los delitos de abuso sexual y abuso sexual especialmente agravado. *Revista de Derecho Penal*, (26), 25-35.
<https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/penal/article/view/494>
- Muñoz Conde, F. (Coord.), Berdugo Gómez de la Torre, I., & García Arán, M. (1989). *La reforma penal de 1989*. Tecnos.
- Pérez Alonso, E. (2019). Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales. *Revista para el Análisis del Derecho*, (3), 1-43.
- Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/>
- Robatto, L. (2021). Una mirada a los arts. 272 bis (abuso sexual) y 272 ter (abuso sexual especialmente agravado) y las modificaciones introducidas por la ley 19.889. En P. Montano & D. Cabral (coords.), *Incidencias de la LUC en el derecho penal* (pp. 185-200). Universidad de Montevideo.
- Rocha Baldi, A. F. (2021). Violación en el texto de la Ley de Urgente Consideración (ley 19.889). En P. Montano & D. Cabral (coords.), *Incidencias de la LUC en el derecho penal* (pp. 177-184). Universidad de Montevideo.

- Salvagno Campos, C. (1934). *Los delitos sexuales*. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
- Salvagno Campos, C. (1946). *El elemento material en el delito de violación*. Impresora Uruguaya S.A.
- Salvagno Campos, C. (s.f.). El elemento material en el delito de violación. *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, (44), 294-308.
- Serrano Trigueros, J. (2019). Violencia, intimidación y prevalimiento en los delitos contra la libertad sexual, perspectiva dogmático penal. *Revista Foro FICP*, (1), 541-552.
- Silva Forné, 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*, (13), 98-103.
- Silva Forné, D. (2022). Sobre la tipificación de las agresiones sexuales en el Código Penal uruguayo. *Revista de Derecho Penal*, (30), 117-170.
<https://revistas.fcu.com.uy/index.php/penal/article/view/4177>
- Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1º Turno. (Uruguay). (2023, mayo). Sentencia n.º 36/2023.
<https://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>
- Tribunal Supremo. (España). (1995, febrero). Sentencia n.º 144/1995.
- Tribunal Supremo. (España). (1995, mayo). Sentencia s/n.
- Tribunal Supremo. (España). (2000, marzo). Sentencia n.º 492/2000.
- Uruguay. (2004, 6 de septiembre). Ley n.º 17.815. Violencia sexual contra niños, adolescentes o incapaces. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19580-2017>
- Uruguay. (2017, 22 de diciembre). Ley n.º 19.580. Ley de Violencia hacia las Mujeres Basada en Género. Modificación a disposiciones del Código Civil y Código Penal. Derogación de los arts. 24 a 29 de la ley 17.514.
<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19580-2017>
- Uruguay. (2020, 9 de julio). Ley n.º 19.889. Aprobación de la Ley de Urgente Consideración. LUC. Ley de Urgencia.
<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19889-2020>
- Vázquez Rossi, J. E. (1999). *Los delitos sexuales*. Marcos Lerner Editora.
- Villada, J. (2000). *Delitos contra la integridad sexual. Análisis dogmático, victimológico y criminológico*. Abeledo-Perrot.

Cómo citar: Fascioli Caorsi, F. (2024). Luces y sombras de los delitos de abuso sexual creados por la Ley n.º 19.580. *Revista de Derecho*, (29), e3785. <https://doi.org/10.22235/rd29.3785>

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): 1. Conceptualización; 2. Curación de datos; 3. Análisis formal; 4. Adquisición de fondos; 5. Investigación; 6. Metodología; 7. Administración de proyecto; 8. Recursos; 9. Software; 10. Supervisión; 11. Validación; 12. Visualización; 13. Redacción: borrador original; 14. Redacción: revisión y edición. F. F. C. ha contribuido en 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14.

Editora científica responsable: Dra. María Paula Garat.