

SEXUALIDAD ADOLESCENTE Y DERECHO PENAL. AVANCES, ESTANCAMIENTO Y RETROCESOS EN LA LEGISLACIÓN URUGUAYA.

ADOLESCENT SEXUALITY AND CRIMINAL LAW. ADVANCES, STARTING AND REVERSES IN URUGUAYAN LEGISLATION.

Diego Silva Forné
Profesor Agregado de Derecho Penal
Universidad de la República (Uruguay)

Fecha de recepción: 20 de mayo de 2019.

Fecha de aceptación: 15 de octubre de 2019.

RESUMEN

El Código Penal uruguayo vigente, de 1934, se estructura en materia sexual en base a un paradigma androcéntrico, patriarcal y profundamente conservador. La legislación de las últimas décadas, así como una lectura asentada en los textos constitucionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, imponen considerar a las personas menores de edad como sujetos de derechos dotados de autonomía progresiva. La reciente Ley sobre Violencia contra las Mujeres basada en Género aprobada en Uruguay a fines de 2017, vino a dar respuesta parcial a dichos cambios en algunos aspectos de la legislación penal, no obstante en ciertos casos adoptó fórmulas confusas así como mantuvo figuras delictivas anacrónicas, con lo que se corre el riesgo de reincorporar la perimida visión tutelar sobre el ejercicio de la sexualidad adolescente.

ABSTRACT

The current Uruguayan Penal Code, of 1934, is structured in sexual matters based on an androcentric, patriarchal and deeply conservative paradigm. The legislation of the last decades, as well as a reading based on the constitutional texts and International Human Rights Law, impose the consideration of minors as subjects of rights endowed with progressive autonomy. The recent Law on Violence against Women based in Gender passed in Uruguay at the end of 2017, came to give partial response to these changes in some aspects of criminal legislation, however in certain cases it adopted confusing formulas as well as maintained anachronistic criminal figures, which runs the risk of reinstating the lost tutelary vision of the exercise of adolescent sexuality.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal sexual, sexualidad adolescente, paradigma tutelar, adolescente sujeto de derechos, Moral y Derecho.

KEYWORDS

Sexual criminal law, adolescent sexuality, tutelary paradigm, adolescent subject of rights, Moral and Law.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA. 2.1. El modelo de sexualidad recogido en el Código Penal uruguayo; 2.2. Los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos fundamentales; 2.3. Una lectura contemporánea del Código Penal uruguayo vigente. **3. MARCO NORMATIVO DE LA SEXUALIDAD ADOLESCENTE. 4. LA APROBACIÓN DE LA LEY INTEGRAL SOBRE VIOLENCIA HACIA LAS MUJERES BASADA EN GÉNERO (LIVG).** 4.1. Cambios incorporados por la LIVG; 4.1.1. Los abusos sexuales; 4.1.2. Exhibicionismo; 4.2. Petrificación de la legislación: lo que permanece en forma inexplicable; 4.2.1. Los delitos de raptó, incesto y estupro. **5. DOS EJEMPLOS DE SOLUCIONES EQUIVOCADAS: LA PERMANENCIA DE LO INACEPTABLE Y LA INTRODUCCIÓN ERRÓNEA DE NUEVAS FIGURAS.** 5.1. El delito de corrupción o cómo utilizar el Derecho Penal para vulnerar derechos; 5.2. La aprobación del delito de contacto tecnológico con personas menores de edad; 5.2.1. La sexualidad adolescente en la sociedad de la información; 5.2.2. El bien jurídico tutelado por el artículo 277 bis del Código Penal uruguayo. **6. BALANCE. 7. BIBLIOGRAFÍA.**

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2. LEGISLATIVE EVOLUTION. 2.1. The sexuality model included in the Uruguayan Penal Code; 2.2. Sexual and reproductive rights as fundamental human rights; 2.3. A contemporary reading of the current Uruguayan Penal Code. **3. REGULATORY FRAMEWORK OF ADOLESCENT SEXUALITY. 4. THE APPROVAL OF THE INTEGRAL LAW ON VIOLENCE TOWARDS WOMEN BASED ON GENDER (LIVG).** 4.1. Changes incorporated by the LIVG; 4.1.1. Sexual abuse; 4.1.2. Exhibitionism; 4.2. Petrification of legislation: what remains inexplicable; 4.2.1. The crimes of abduction, incest and sexual deception. **5. TWO EXAMPLES OF WRONG SOLUTIONS: THE PERMANENCE OF THE INACCEPTABLE AND THE WRONG INTRODUCTION OF NEW FIGURES.** 5.1. The crime of corruption or how to use Criminal Law to violate rights; 5.2. The approval of the crime of technological contact with minors; 5.2.1. Teen sexuality in the information society; 5.2.2. The legal good

1. INTRODUCCIÓN

¿Cuál es la premisa de esta contribución? Promover una lectura del derecho penal sexual que refiere a los adolescentes, en el marco constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, de manera tal que queden abarcadas por la respuesta penal todas las conductas que atenten contra su indemnidad o libertad sexual, todos los abusos de que pueden ser objeto las personas menores de edad en ese ámbito de su vida, pero paralelamente sin olvidar que se trata de sujetos de derechos dotados de autonomía progresiva, pues a partir de la edad en que legalmente ya pueden consentir el relacionamiento sexual, son titulares de derechos sexuales. Por consiguiente, las limitaciones penales que se establezcan en ese plano tienen que quedar claramente delimitadas, no pueden estas fundadas en consideraciones de carácter moral ni abarcar más casos que aquellos en que se esté frente a un abuso a un individuo cuya personalidad se encuentra en formación, pero dotado de dignidad y sujeto de derechos.

La Ley Nº 19.580, *de Violencia hacia las Mujeres basada en Género*, de 22.12.2017 (LIVG), introdujo importantes y necesarias modificaciones en los delitos sexuales contenidos en el Código Penal uruguayo de 1934, estructurado en base a un ideario marcadamente patriarcal y conservador; sin embargo, en materia de sexualidad adolescente algunos de los cambios introducidos por la nueva ley -o su omisión-, parecen responder a una visión de corte paternalista, que de no ser interpretados conforme parámetros constitucionales y iushumanistas, se corre el riesgo de retomar el anacrónico paradigma tutelar respecto de la sexualidad adolescente.

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

2.1. El modelo de sexualidad recogido en el Código Penal uruguayo

Para poder determinar el modelo de sexualidad recogido por el Código Penal uruguayo (CPU) corresponde necesariamente referirse a la regulación de los delitos sexuales, lo que nos permitirá acercarnos a los presupuestos ideológicos que animaron su redacción, determinando su ubicación, denominación, sistematización y regulación típica¹.

No es posible en este trabajo analizar el pensamiento penal del codificador uruguayo, José IRURETA GOYENA, en torno al tema², sino únicamente dejar planteados

¹ SILVA FORNÉ, Diego: "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* Nº 12 - *Revista de la Asociación de Funcionarios Judiciales del Uruguay*, Montevideo, 2010, pp. 98 y ss.

² Véase LACKNER, Ricardo: "Aproximación al pensamiento de José Irureta Goyena a través de sus discursos", en *Revista de Derecho Penal* Nº 15, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, pp. 723 a 741.

unos apuntes sintéticos, remitiéndonos a nuestros aportes previos al respecto³, sin perjuicio de destacar que en ello al igual que buena parte del patriciado de su época, fue abanderado de un pensamiento conservador, autoritario y patriarcal.

La lectura del Título X de la Parte Especial del Código Penal uruguayo⁴ ya desde su título nos indica desde qué lugar el codificador abordaba la regulación de la materia; lo ha referido especialmente MALET VÁZQUEZ⁵ en cuanto al modelo tradicional para los códigos del siglo XIX seguido por IRURETA, reiterando la fórmula del Código Penal uruguayo de 1889, enlazando “buenas costumbres” y “orden de la familia”. Lo que queda claro es que de ello resulta una subordinación de la libertad y la autonomía sexuales a una presunta “moralidad pública” y a la autoridad y organización familiares.

Si bien doctrina y jurisprudencia uruguayas pacíficamente han ido aceptado que las figuras relativas a los delitos sexuales tutelan predominantemente la libertad sexual⁶, su aplicación no siempre se restringió a dicho objeto; el marco conservador en el que se insertan estos delitos nos lleva a sostener que los parámetros en torno a los cuales fueron estructurados, son los siguientes: a) La sexualidad concebida con fines reproductivos; b) La promoción y la defensa de la institución matrimonial; c) La sexualidad femenina orientada a la maternidad, manifestada a través del recato y el pudor; d) La concepción de una “normalidad” sexual: la que estaba orientada a los fines reproductivos; e) La tutela de la familia patriarcal, priorizando antes que la libertad de la persona en cuestión, la defensa del honor familiar y de la autoridad paterna; f) El menosprecio de la mujer como ser inferior; g) La condena al instinto sexual o a la sexualidad como disfrute o derecho al goce.

Evidentemente al día de hoy este marco resulta claramente incompatible con una sociedad democrática, igualitaria y no discriminatoria, conforme con el modelo de Estado social y democrático de derecho que emerge del régimen constitucional uruguayo. La labor de doctrina y jurisprudencia locales ha ido acompasando tímidamente la interpretación de las figuras delictivas con la evolución de las costumbres, lo que ha determinado razonablemente la caída en desuso o la escasa aplicación de algunas hipótesis punibles, no obstante podamos sostener con fundamento suficiente que en algunos casos han quedado abrogadas o tácitamente derogadas por las Constituciones, Convenciones Internacionales y legislación posteriores.

³ SILVA FORNÉ, “De las buenas costumbres a la libertad sexual...”, cit., pp. 98-103; SILVA FORNÉ, Diego: “Ley penal y aborto en el Uruguay”, *Revista de Derecho Penal* N° 19, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2011, pp. 893-903; SILVA FORNÉ, Diego: “Derechos sexuales y reproductivos y la aprobación de un régimen de interrupción voluntaria del embarazo, en el Uruguay”, *Revista de Derecho Penal* N° 20, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012, pp. 836-841.

⁴ La legislación uruguaya vigente puede consultarse en la web oficial <https://www.impo.com.uy/>.

⁵ MALET VÁZQUEZ, Mariana: “Para una reforma de los delitos sexuales”, *Revista de Derecho Penal* N° 17, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 7 a 25.

⁶ LACKNER, Ricardo: “Algunas reflexiones para una reforma integral en materia de delitos sexuales”, en *Revista de Derecho Penal* N° 17, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, p. 31.

Sin perjuicio de ello, esa armonización no ha sido uniforme sino fragmentaria; la tibieza de buena parte de los operadores del sistema judicial para incorporar los cambios operados en nuestra sociedad así como los experimentados a nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁷ -operadores jurídicos que continúan anclados mayoritariamente en un paradigma exegético, en lugar de utilizar el prisma del principio de lesividad- se enlaza fuertemente a su vez con la pervivencia en doctrina uruguaya de posturas retrógradas de índole paternalista y moralizante.

Los cambios en las costumbres y en las representaciones a nivel social, más la movilización de la sociedad civil organizada, generó en Uruguay un ambiente propicio para la introducción de cambios legislativos en los últimos años en materia de ampliación y reconocimiento de derechos.

En este marco, no podemos dejar de señalar que el texto original del Código Civil uruguayo establecía la edad para contraer matrimonio en 12 años para la mujer y 14 para el varón. ¿Por qué? Pues resulta evidente que se vinculaba tales edades con el inicio de la madurez sexual, es decir, con las edades a partir de las cuáles generalmente ya se está en condiciones de concebir. Y como el ejercicio de la sexualidad en ese modelo se encuentra ubicado dentro del matrimonio (para las mujeres), a través de la normativa civil también se partía de la base de que el ejercicio de la sexualidad estaba destinado a la reproducción.

Como ya se ha mencionado, esta concepción cae con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos -particularmente con las previsiones acerca de los derechos de las mujeres- y en el derecho positivo uruguayo termina de abandonarse con la aprobación de la Ley Nº 18.426, *de Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva*, de 01.12.2008, donde se consagra explícitamente la diferenciación entre derechos sexuales y derechos reproductivos, escindiendo definitivamente el ejercicio de la sexualidad, de la reproducción. Luego con lógica, la Ley Nº 19.075, *de Matrimonio Igualitario*, de 03.05.2013, modificaría -además de indiferenciar el género de los contrayentes- la edad para contraer matrimonio, institución civil que obviamente no es requisito para el libre ejercicio de la sexualidad.

2.2. Los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos fundamentales

Este nuevo paradigma al que referíamos, como expresamente incorporado a la legislación uruguaya por la Ley de Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva, ya podía inferirse de distintas normas internas en relación a la consagración del principio de igualdad y no discriminación, así como de sucesivas convenciones internacionales ratificadas por el Estado uruguayo, y en consecuencia ser aplicado directamente por la Justicia; o inclusive invocando su inserción a nivel

⁷ Sobre el punto, véase PALAYRET, Gallianne: "Orientación sexual e identidad de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en LE TALLEC, Stéphane / SILVA FORNÉ, Diego (Coordinadores): *Diversidad sexual. Integración jurídica, política y social en América Latina*, Facultad de Derecho de la Universidad de la República - Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015, pp. 57 y ss.

constitucional a través del dispositivo del artículo 72 de la Carta, como enseña CAJARVILLE PELUFFO⁸. Sin perjuicio de ello, reviste singular importancia que el legislador uruguayo expresamente se haya pronunciado en tal sentido.

El proyecto de ley se insertó explícitamente en el marco de los Derechos Humanos, como definición política de su promoción y defensa; especial relevancia cobran las definiciones tomadas de la *Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo* de El Cairo en relación a los derechos sexuales y reproductivos y la noción de salud sexual y reproductiva entendida 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 (...) Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual”.

Si bien parece una obviedad en la vida de relación de la sociedad uruguaya del siglo XXI, la independización en un texto normativo del ejercicio de la sexualidad frente a la finalidad reproductiva, representa un avance singular o cuanto menos la necesaria culminación legislativa de un proceso social, teniendo en cuenta como ya hemos referido, la predominante inercia de nuestra cultura jurídica. Desde el artículo 1º del texto aprobado se hace referencia al deber del Estado de garantizar “...el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población”.

Esta perspectiva se vio ratificada por la hoy derogada Ley Nº 18.620, de *Derecho a la Identidad de Género*, de 25.10.2009, consagrando en el primer inciso de su artículo 1º: “Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal de asignación u otro”. El reconocimiento al derecho a la identidad de género como derivado del derecho al libre desarrollo de la personalidad, surge entonces como un derecho de la persona humana que supera los datos biológicos del individuo. Esta ley sería sustituida recientemente por la Ley Nº 19.864, *Ley Integral para Personas Trans*, de 26.10.2018, que mantiene igual disposición.

2.3. Una lectura contemporánea del Código Penal uruguayo vigente

⁸ CONSTITUCIÓN URUGUAYA: Artículo 72. *La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.* Véase en CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Reflexiones sobre los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya”, en AA. VV.: *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Universidad de la República - Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, pp. 162 a 166. La aplicación directa del Derecho internacional de los Derechos Humanos en nuestra disciplina ya la hemos sostenido en SILVA FORNÉ, Diego: “Antecedentes y presupuestos teóricos de las medidas de seguridad eliminativas”, *Revista de Derecho Penal* Nº 13, *Homenaje a Adela Reta*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, en particular, pp. 658 a 661.

El cambio de paradigma explícitamente sustentado en el marco normativo uruguayo vigente que se ha referido en forma breve, así como la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, imponen una nueva lectura de las figuras delictivas contenidas en el Título X del Libro II del Código Penal de 1934. Si pretendiéramos sintetizarlo, destacaríamos que:

- corresponde desterrar del Código Penal toda lectura moralizante, interpretándolo a través de la Constitución de la República y las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, particularmente a través del marco teórico de la Ley de Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva y leyes posteriores;
- debe entonces abandonarse la visión patriarcal y discriminatoria que inspira al Código Penal uruguayo;
- deben dejarse de lado definitivamente, como ya lo comenzaron a hacer autores de décadas pasadas, las nociones de “buenas costumbres” o de “moralidad pública” como objetividades jurídico penales dignas de tutela, con la vaguedad que ellas imponen y como canal para la imposición de pautas morales a la población a través de la penalización;
- del mismo modo, resulta inaceptable la conceptualización de una “normalidad sexual” consistente en el relacionamiento sexual idóneo para la procreación, y peor aún, la correlativa calificación de “anormalidad” para otras prácticas sexuales libremente consentidas diversas de aquél, como continúa haciendo parte de la doctrina penal uruguayana⁹;
- corolario de ello es la inconstitucionalidad del delito de corrupción, carente de apoyatura en el principio de lesividad, violatorio del principio de tipicidad y vehículo para la imposición de pautas morales a través de la legislación, por lo que procede su derogación;
- debe procederse a la supresión de figuras anacrónicas y discriminatorias, como el rapto y el estupro, fincadas en una concepción de la mujer como un ser inferior, incapaz de autodeterminarse libremente, haciendo prevalecer la autoridad paterna sobre la libertad sexual y sustentando absurdos conceptos¹⁰ como el de “honestidad”, que subordina o califica la tutela penal a la valoración judicial de la vida y costumbres de la mujer, y ni que decir de la tutela penal de la “doncellez”, cosificando a la mujer y subsumiendo su sexualidad en una anacrónica visión patriarcal;

⁹ CAIROLI, Milton: *Derecho Penal Uruguayo*, Tomo II, La Ley Uruguay, Montevideo, 2015, pp. 556-562. La visión moralizante de este autor, ignorando el actual reconocimiento de los derechos sexuales, así como la introducción de su perspectiva moral personal como si fuera emergente de las normas, sustituyendo expresamente la libertad por la moral, se advierte en pasajes como éste: “...se ha llegado por un proceso de descomposición de la *moralidad* sexual de la persona afectada, que ve como *normales* una serie de comportamientos sexuales que *en realidad no lo son*” (los destacados nos pertenecen); en CAIROLI, *Derecho Penal Uruguayo*, Tomo II, 2015, cit., p. 556.

¹⁰ LACKNER, “Algunas reflexiones...”, cit., p. 29.

- Se impone la relectura de las presunciones de violencia en materia sexual, en particular la relativa al relacionamiento sexual de las personas incapaces, desterrando toda visión tendiente a impedirles el ejercicio de su vida sexual, dado que a partir del momento en que están dotados de capacidad para percibir la naturaleza del acto y la identidad de la pareja, el Derecho Penal debe permanecer ajeno, ya que -como lo afirmara ya hace décadas el *Informe Final sobre Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*- "...no pensar los tipos desde el punto de vista de los derechos humanos de las víctimas ha hecho pasar por alto que los enfermos mentales no están privados del derecho a la satisfacción de su vida sexual, no pudiendo el Derecho Penal, so pretexto de tutelar sus derechos, convertirse en un instrumento de marginación social"¹¹.
- por consiguiente, debe restringirse la tutela penal de la indemnidad y la libertad sexuales según el caso, al libre ejercicio de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos, descartando entonces las concepciones centradas en que el ejercicio legítimo de la sexualidad se fundaba en el matrimonio y la reproducción, insertando los derechos sexuales como manifestaciones de la libertad y la dignidad humanas.

3. MARCO NORMATIVO DE LA SEXUALIDAD ADOLESCENTE

La *Convención Internacional de Derechos del Niño* cambia el paradigma respecto a niñas, niños y adolescentes. Dejan de ser entidades sujetas a tutela asistencialista coactiva, para pasar a ser sujetos de derechos; ya el núcleo básico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos había destacado que los alcanza obviamente el concepto de dignidad humana, con todas las repercusiones que tiene esta noción en diversos ámbitos de su vida. Este cambio se refleja en el *Código de la Niñez y la Adolescencia* -que en Uruguay sustituyó al anterior Código del Niño, basado en el paradigma tutelar-, donde advertimos que a niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, dotados de la dignidad que es inherente al ser humano como fin en sí mismo, se les reconoce su autonomía progresiva, por lo que el interés superior de niñas, niños y adolescentes como mandato indubitable para la autoridad estatal, no puede discernir su interés superior si no es considerándolos como sujetos de derechos dotados de dignidad y su vez de autonomía progresiva que se va ligar constitucionalmente al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Como afirman a su vez la *Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes* y su Protocolo Facultativo (ambos ratificados por Uruguay mediante leyes N° 18.270, de 19.04.2008 y N° 19.789, de 30.08.2019), en estos instrumentos internacionales de DDHH se recoge "...la perspectiva de superar prejuicios y concepciones despectivas, paternalistas o meramente utilitarias de los jóvenes, [reivindicando] su condición de personas, ciudadanos plenos, sujetos reales y efectivos de derechos, [garantizando] la igualdad de género, su participación social y política, [y] la aprobación de políticas orientadas al ejercicio pleno de sus derechos...".

¹¹ ZAFFARONI, E. Raúl (Coord.): *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe final)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Depalma, Buenos Aires, 1986.

Siendo las personas menores de edad sujetos de derechos dotados de dignidad y autonomía progresiva, a partir del desarrollo de su sexualidad y habiendo alcanzado la edad que la ley establece para que puedan consentir válidamente su relacionamiento sexual, están dotados de derechos sexuales que el ordenamiento jurídico debe respetar. Y las limitaciones a ese ejercicio que establezca la ley no podrán fundarse en un modelo tutelar o paternalista sino que tendrán como único objetivo la preservación de su dignidad, sin olvidar que nos encontramos frente a sujetos de derechos.

¿Cómo trasladamos este marco normativo internacional y nacional a los delitos sexuales? Sólo habrá una conducta delictiva en la medida que se esté vulnerando -esto es, lesionando o poniendo en peligro- la libertad o indemnidad sexual de una persona menor de edad. Hablamos de *indemnidad* cuando nos referimos a una persona que no cuenta con capacidad para consentir un relacionamiento sexual; en Uruguay en el caso de las personas menores de edad, se tratará de aquéllas que tengan menos de doce años cumplidos. Por otro lado, hablamos de *libertad* sexual, cuando la persona ya tiene la posibilidad de consentir un acto de relacionamiento sexual.

Y aquí entonces de lo que se trata es de armonizar el ejercicio de los derechos sexuales de las personas menores de edad, con las modificaciones legislativas incorporadas al Código Penal uruguayo por la Ley Nº 19.580. Recordemos entonces que las personas menores de doce años de edad son *sexualmente intangibles*, esto es, que la ley penal establece una prohibición de mantener relaciones sexuales aún consentidas, con aquéllas; dicha prohibición emergía del defectuoso régimen presuncional del artículo 272 CPU y se reitera en fórmula similar con otro deficiente régimen presuncional -ignorando las fundadas críticas que desde hace décadas la doctrina uruguaya viene haciendo al empleo de presunciones en materia penal¹²- en el nuevo artículo 272 bis CPU. A su vez, la normativa penal uruguaya establece limitaciones al ejercicio de la sexualidad desde los doce años cumplidos hasta que las personas alcancen la mayoría de edad a los dieciocho. Estas limitaciones encuentran fundamento en el hecho de que son seres cuya personalidad se encuentra en formación, lo que determina que el ordenamiento jurídico considere que merecen un régimen especial de protección.

Las dificultades se encuentran sin embargo, en aquéllas hipótesis delictivas donde su formulación no es clara y el propósito tuitivo puede abarcar hipótesis no imaginadas por el legislador, pudiendo generarse situaciones de vulneración de derechos. Ello entonces no puede implicar el retorno del cuestionado paradigma *tutelar* que inspiraba el derogado Código del Niño, sustituido por el paradigma del niño, niña o adolescente como *sujeto de derechos*, emergente del Código de la Niñez y la Adolescencia; dicha normativa nacional e internacional recogen el concepto de *autonomía progresiva* para las personas menores de edad, así como que las normas que a ellas refieran, deban interpretarse conforme el *interés superior del niño, niña o*

¹² Por todos, MALET VÁZQUEZ, Mariana: *Presunciones en el Código Penal*, Facultad de Derecho de la Universidad de la República / Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995; en particular, Capítulo X, pp. 171 y ss. En sentido similar, SILVA FORNÉ, Diego: *La Reforma Penal*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012, pp. 167 y ss.

adolescente, nociones expresamente reconocidas durante la discusión parlamentaria del proyecto que culminara siendo aprobado como Ley N° 19.580¹³.

Por consiguiente, las limitaciones al ejercicio de la sexualidad adolescente¹⁴ que emergen de la legislación penal hasta que dichas personas alcancen la mayoría de edad, deben interpretarse *teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico debe velar por el interés superior de los adolescentes pero siempre partiendo de la base de que son sujetos de derechos y conforme el principio de su autonomía progresiva*, desterrando interpretaciones paternalistas duras que conforme parámetros tutelares, les cercenen el ejercicio de sus derechos sexuales.

Ello conlleva necesariamente a excluir toda lectura moralizante que a través de la herramienta penal, culmine en una limitación contraria a los principios que rigen el Derecho juvenil, con el oblicuo propósito ilegítimo de limitar el ejercicio de la sexualidad de los adolescentes.

4. LA APROBACIÓN DE LA LEY INTEGRAL SOBRE VIOLENCIA HACIA LAS MUJERES BASADA EN GÉNERO (LIVG)

Desde hace décadas hemos abogado por la necesidad de una reforma íntegra y sistemática de los delitos sexuales en el Código Penal uruguayo. La LIVG debe ser bienvenida en tanto viene a dar respuesta a varios aspectos necesarios de reforma, aunque sin embargo se queda a mitad de camino en otros.

4.1. Cambios incorporados por la LIVG

4.1.1. Los abusos sexuales

La incorporación del art. 272 bis CPU¹⁵ mejora el ámbito de represión de las conductas constitutivas de abuso sexual, al ampliarse en esta figura los medios típicos,

¹³ Así, las expresiones de la asesora del Ministerio de Desarrollo Social, Dra. Diana González Perrett; en Comisión de Población, Desarrollo e Inclusión de la Cámara de Senadores, Carpeta N° 521/2016, Distribuido N° 774, versión taquigráfica de la Sesión del día 13 de junio de 2016, www.parlamento.gub.uy; consulta: 15.05.2019.

¹⁴ Hablamos de *sexualidad adolescente* en el entendido de que las normas *penales* que refieren a éstos como sujeto pasivo de delitos contra su libertad sexual, consideran a la persona como *adolescente* entre los doce y los diecisiete años. Esta conceptualización debe distinguirse de la edictada por el Código de la Niñez y la Adolescencia uruguayo (CNAU), donde su artículo 1º considera *niño o niña* a las personas "...hasta los trece años de edad", y *adolescente* a las personas "...mayores de trece y menores de dieciocho años de edad"; ello determina que el régimen penal (infracional) juvenil (art. 69 y ss., CNAU) es de aplicación a las infracciones cometidas por las personas menores de dieciocho años desde que cumplen trece años de edad.

¹⁵ CPU, Artículo 272-BIS. (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 contra una persona, del mismo o distinto sexo, será castigado con pena de ocho meses de prisión a seis, años de penitenciaría. La misma pena se aplicará cuando en iguales circunstancias se obligue a una persona a realizar un acto de naturaleza sexual en contra de 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 mayores de doce años y no exista entre ambas una diferencia mayor a diez 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*

que para los preexistentes delitos de violación y atentado violento al pudor¹⁶ quedaban limitados a la violencia o amenazas, con lo que actualmente debe quedar claro que quedan atrapadas también todas aquellas otras conductas en las cuales el consentimiento no es absolutamente libre.

Sin embargo, se reitera un régimen presuncional en aquel artículo, que si no se lee a través de parámetros constitucionales puede resultar incompatible con el derecho penal de acto propio del Estado social y democrático de Derecho, en el cual la responsabilidad deriva del hecho cometido, desterrando toda hipótesis de responsabilidad objetiva. Como se ha dicho con acierto, la introducción sin más de determinadas condiciones objetivas en los tipos penales puede comportar "...la desvirtuación del juicio individual de culpabilidad o imputación subjetiva que, al abandonar componentes de reproche personal estrictamente jurídicos por el injusto cometido, pasa a abrazar componentes o momentos de *reproche ético o moral*, de base atávica o incluso irracional, reflejados objetivamente en la configuración típica a modo de irrefutable *presunción iuris* distorsionadora del juicio individual de reproche propio de la culpabilidad o imputación subjetiva por el hecho"¹⁷.

Por consiguiente, solamente existen dos caminos posibles para la interpretación de las presunciones contenidas en este artículo: o se trata de presunciones relativas -esto es, que admiten prueba en contrario, así como lo hizo expresamente la Ley Nº 19.538, *de Actos de Discriminación y Femicidio*, de 09.10.2017, en relación con esta última nueva agravante muy especial del delito de homicidio¹⁸ - o

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. En los casos previstos en los numerales 1 a 4 precedentes, la pena mínima se elevará a dos años de penitenciaría.

¹⁶ CPU, Artículo 272. (Violación).- *Comete violación el que compele a una persona del mismo o de distinto sexo, con violencias o amenazas, a sufrir la conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse. La violencia se presume cuando la conjunción carnal se efectúa: 1. Con persona del mismo o diferente sexo, menor de quince años. No obstante, se admitirá prueba en contrario cuando la víctima tuviere doce años cumplidos. 2. 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. 3. Con persona arrestada o detenida, siempre que el culpable resulte ser el encargado de su guarda o custodia. 4. Con fraude, sustituyéndose el culpable a otra persona. Este delito se castiga, según los casos, con penitenciaría de dos a doce años. Artículo 273. (Atentado violento al pudor).- Comete atentado violento al pudor, el que por los medios establecidos en el artículo anterior, o aprovechándose de las circunstancias en él enunciadas, realizara sobre persona del mismo o diferente sexo, actos obscenos, diversos de la conjunción carnal, u obtuviera que ésta realizare dichos actos sobre sí mismo o sobre la persona del culpable o de un tercero. Este delito se castigará con la pena de ocho meses de prisión a seis años de penitenciaría. Si el sujeto pasivo del delito fuese un menor de doce años, la pena a aplicarse será de dos a seis años de penitenciaría.*

¹⁷ MORALES PRATS, Fermín - *Comentario* al artículo 138 del Código Penal español en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) / VALLE MUÑIZ, José Manuel (Coordinador) - *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, 1996, pp. 23-24.

¹⁸ CPU, Artículo 312. (Circunstancias agravantes muy especiales).- *Se aplicará la pena de penitenciaría de quince a treinta años, cuando el homicidio fuera cometido: (...) 8. (Femicidio) Contra una mujer por motivos de odio, desprecio o menosprecio, por su condición de tal. Sin perjuicio de otras manifestaciones, se considerará que son indicios que hacen presumir la existencia del móvil de odio, desprecio o menosprecio, cuando: a) A la muerte le hubiera precedido algún incidente de violencia física, psicológica,*

se consideran prohibiciones de relacionamiento sexual; y no todas ellas admiten esta última opción, como se verá. Y aquí solamente plantearemos problemas que nos puede generar el texto y respuestas abiertas a la reflexión, pues será la aplicación de la norma y la reflexión jurídica concomitante la que irá abonando el camino hacia respuestas más racionales a los problemas que plantea un texto defectuoso.

En relación con la presunción de violencia en el relacionamiento sexual con personas mayores de doce pero menores de quince años, la incorporación del art. 272 bis al CPU a través de la LIVG, establece un tope etario (num. 1: *Con una persona menor de quince años. Esta presunción no regirá si se tratare de relaciones consensuadas entre personas mayores de doce años y no exista entre ambas una diferencia mayor a diez años*). Y aquí entonces se abren los dos caminos mencionados. Si se considerase una presunción relativa, en el caso de una relación consensual que exceda el límite etario la defensa deberá probar que no existió intimidación, presión psicológica, abuso de poder, amenaza, fuerza o cualquier otra circunstancia coercitiva. Y ello es así en tanto no se puede legislar desde la patología, considerando a las personas adultas como si todas fueran abusadoras en potencia. Ello a su vez, en relación con el otro sujeto, colidiría con el concepto de la persona menor de edad como sujeto de derechos y con su autonomía progresiva.

Considerada como una prohibición de relacionamiento sexual, resulta razonable que se haya limitado al rango doce-catorce años, pues en esta etapa de inicio de la maduración sexual y del descubrimiento del ejercicio de la sexualidad, debe procurarse preservar que las decisiones en ese plano tomadas por las personas menores de edad, hayan estado exentas de coacción o intimidación de especie alguna. Sin embargo, se corre el riesgo de estar penalizando en algún caso, la extrema vulnerabilidad social, la pobreza y la indigencia, donde en algunas situaciones el concepto de *intimidación* y la forma de relacionamiento sexual, pueden ser diferentes al parámetro moral de la clase media y no existir consentimiento viciado alguno. Este supuesto de criminalización de la pobreza contra el que nos advirtiera RETA¹⁹, podría conjurarse acudiendo a una hipótesis de causa de inculpabilidad, por imposibilidad de motivarse conforme a la norma, en ámbitos de evidente exclusión social.

Si la presunción del numeral 2º del art. 272 bis CPU se considerase relativa, y dado la ampliación del rango etario que conlleva respecto de la hipótesis anterior, basándose en que no es tarea del derecho penal castigar el relacionamiento sexual consensual y no viciado por ningún medio coercitivo entre parientes capaces de consentir el acto sexual, tiene que tener como presupuesto indispensable la existencia de abuso o prevalecimiento²⁰ de las posiciones a que refiere la hipótesis respecto de la víctima,

sexual, económica o de otro tipo, cometido por el autor contra la mujer, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no por la víctima. b) La víctima se hubiera negado a establecer o reanudar con el autor una relación de pareja, enamoramiento, afectividad o intimidad. c) Previo a la muerte de la mujer el autor hubiera cometido contra ella cualquier conducta que atente contra su libertad sexual. En todos los casos, las presunciones admitirán prueba en contrario.

¹⁹ RETA SOSA DÍAS, Adela: "Omisión punible de los deberes inherentes a la patria potestad", *Revista de Derecho Penal* N° 4, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1982, en particular, pp. 68-71.

²⁰ Utilizamos este término en el sentido de *aprovecharse de una situación o posición de superioridad, ventaja o poder*.

como señala MALET VÁZQUEZ en su reciente estudio sobre el tema²¹. Difícilmente pueda considerarse una prohibición de relacionamiento sexual, pues si bien ella tendría sentido en el caso de vínculos parentales a los que se anudase alguna otra condición que operase como conexión -que es la gran mayoría de los casos, como la convivencia, por ejemplo- que permitiese el abuso o prevailecimiento, el vínculo parental aisladamente considerado -piénsese en personas que no han tenido trato alguno en su decurso vital- de por sí podría en algún caso no ser significativo y se estaría consagrando una hipótesis de responsabilidad objetiva y una ausencia de afectación al bien jurídico tutelado. Ni tampoco la ley penal puede objetivamente prohibir el relacionamiento sexual consensual entre parientes, retomando la atávica noción del incesto, vinculada a la idea de inmoralidad o *pecado* en lugar de la tutela de un bien jurídico.

Podría en cambio considerarse como una interdicción de relacionamiento sexual en las hipótesis de “persona bajo su cuidado o autoridad”, pero para ello habrá de delimitarse jurídicamente con claridad los conceptos de “cuidado” o “autoridad” para excluir imputaciones difusas, pues idiomáticamente el alcance de los términos puede abarcar situaciones temporales, coyunturales o informales donde no llega a configurarse una posición de poder. Como concluye MALET VÁZQUEZ, “...la idea subyacente es que en tales situaciones va de suyo que el autor se prevalece de ese vínculo”²². Con todo, la fórmula tampoco satisface, pues llegan a la justicia con cierta frecuencia abusos sexuales por ejemplo, por parte de la pareja de la madre respecto de los hijos o hijas menores de edad de aquélla, situación que no en todos los casos encuadrará en las hipótesis legales mencionadas.

Las otras dos presunciones del art. 272 bis CPU no están dirigidas específicamente a las personas menores de edad, por lo que no serán objeto de análisis.

4.1.2. Exhibicionismo

El recientemente incorporado art. 273 bis del CPU²³ contiene hipótesis de exhibicionismo. Debe entenderse que tales actos no se enmarcan en el contexto de un relacionamiento sexual consentido con personas menores de edad con aptitud para consentir dicho acto. La figura delictiva deberá aplicarse en su primera hipótesis a la realización de actos exhibicionistas sin contar con la voluntad o consentimiento de las personas menores de edad, cuando éstas pudieran brindarlo, siendo irrelevante en los

²¹ MALET VÁZQUEZ, Mariana: “Aproximación doctrinaria a los delitos de abuso sexual y abuso sexual especialmente agravado”, *Revista de Derecho Penal* Nº 26, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2018, pp. 30-32.

²² MALET VÁZQUEZ, “Aproximación doctrinaria a los delitos de abuso sexual y abuso sexual especialmente agravado”, ob. cit., p. 31.

²³ CPU, Artículo 273 bis. (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.*

demás casos. Los “actos de exhibición sexual” a que refiere la norma no es la mera desnudez sino que deberán ser manifestaciones sexuales explícitas; recordemos que del Código Penal uruguayo fue derogada la falta de “Desnudez contraria a la decencia pública” proveniente del texto de 1934, en la modificación que sufrió el Título III del mencionado cuerpo normativo por mérito de la aprobación de la Ley Nº 19.120, de 20.08.2013, hipótesis que ya había caído en desuso conforme la evolución de las costumbres. En algunos ordenamientos jurídicos, solamente es delictivo el exhibicionismo sexual cuando se llevan a cabo tales actos frente a personas menores de edad o incapaces.

La segunda hipótesis de este delito consiste en que la conducta sea llevada a cabo por una persona menor de edad; el verbo nuclear “hiciera practicar” implica una situación de coerción, pues es la voluntad del agente la que determina la conducta exhibicionista de la persona menor de edad, con lo cual no hay consentimiento alguno o éste no fue libre.

Se perdió la oportunidad de derogar o modificar los anacrónicos delitos de ultraje público al pudor y de exhibición pornográfica²⁴, con su añeja redacción. Tratándose de actos llevados a cabo por y frente a personas adultas, resultan preferibles aquellas soluciones de derecho comparado en que se trata la conducta como una contravención, lo que en la legislación uruguaya podría haberse convertido en una falta (Libro III, CPU).

4.2. Petrificación de la legislación: lo que permanece en forma inexplicable

4.2.1. Los delitos de raptó, incesto y estupro

Por otra parte, la LIVG perdió la oportunidad de derogar los delitos de raptó, como se vio, profundamente discriminatorios de la mujer. En particular en el tema que nos ocupa, se trata de las hipótesis de los arts. 267 y 268²⁵. Tales situaciones en caso de configurar un atentado contra la libertad de movimientos de la víctima, se resuelve a través de la aplicación del delito de privación de libertad²⁶.

²⁴ CPU, Artículo 277. (Ultraje público al pudor).- *Comete ultraje al pudor el que, en lugar público o expuesto al público ejecutare actos obscenos o pronunciare discursos de análogo carácter. Este delito será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría.* Artículo 278. (Exhibición pornográfica).- *Comete el delito de exhibición pornográfica el que ofrece públicamente espectáculos teatrales o cinematográficos obscenos, el que transmite audiciones y efectúa publicaciones de idéntico carácter. Este delito se castiga con la pena de tres a veinticuatro meses de prisión.*

²⁵ CPU, Artículo 267. (Mujer casada o menor de 15 años).- *El que con violencias, amenazas o engaños, sustrae o retiene, para satisfacer una pasión carnal a una mujer casada, será castigado con penitenciaría de dos a ocho años. Con la misma pena será castigado el que sustrae o retiene para satisfacer una pasión carnal o para contraer matrimonio, aunque no mediare violencia, amenaza o engaño, a una menor de quince años.* Artículo 268. (Raptó de soltera honesta mayor de quince y menor de dieciocho años, con su consentimiento o sin él) *El que, con alguno de los fines establecidos en los artículos anteriores, sustrajere o retuviere a una mujer soltera, honesta, mayor de quince años y menor de dieciocho, con su consentimiento o sin él, será castigado con tres meses de prisión, a tres años de penitenciaría.*

²⁶ CPU, Artículo 281. (Privación de libertad).- *El que, de cualquier manera, privare a otro de su libertad personal, será castigado con un año de prisión a nueve años de penitenciaría. La pena será disminuida*

También, hubiera resultado saludable la derogación del anacrónico delito de incesto²⁷, como ya se mencionó, vinculado directamente a la idea de pecado. Su régimen legal no tutela libertad sexual alguna, pues se constituye a partir del relacionamiento sexual consentido entre parientes, pero exclusivamente cuando existe escándalo público, con lo cual ampara una difusa “moralidad pública” carente en el siglo XXI de respaldo alguno como bien jurídico penalmente tutelado. Por otra parte, la introducción de las figuras de los abusos sexuales ya abarcan en forma suficiente cualquier hipótesis de intimidación o prevalecimiento de los lazos parentales que vicie el consentimiento sexual, sin perjuicio de reiterar que en esta figura delictiva en concreto, el relacionamiento es consensual.

Y desde luego que también se perdió la oportunidad de derogar la absurda figura delictiva del estupro²⁸, ejemplo paradigmático de la mentalidad patriarcal y machista que inspiró el Código penal de 1934. Al igual que los delitos de rapto, deben considerarse inconstitucionales y violatorios del Derecho Internacional de los DDHH, por considerar a la mujer como un ser inferior, carente de entendimiento y necesitada de la tutela estatal para tomar sus propias decisiones.

Estas omisiones legislativas evidencian las contradicciones existentes en la LIVG, donde buena parte de su articulado se basa firmemente en postulados de igualdad, derechos y empoderamiento para las mujeres, mientras que en otras disposiciones -o en su omisión- se sigue sustentando la imagen de la mujer como un ser frágil y desvalido necesitado de tutela²⁹.

5. DOS EJEMPLOS DE SOLUCIONES EQUIVOCADAS: LA PERMANENCIA DE LO INACEPTABLE Y LA INTRODUCCIÓN ERRÓNEA DE NUEVAS FIGURAS

5.1. El delito de corrupción o cómo utilizar el Derecho Penal para vulnerar derechos

Como se anticipara, en la LIVG se perdió la oportunidad de derogar el delito de corrupción³⁰, el cual como han demostrado MALET y LACKNER³¹, se trata de una

de la tercera parte a la mitad, siempre que el autor del hecho o un copartícipe de éste, liberara a la víctima de su cautiverio dentro de tercero día de producido.

²⁷ CPU, Artículo 276. (Incesto).- *Cometen incesto los que, con escándalo público mantienen relaciones sexuales con los ascendientes legítimos y los padres naturales reconocidos o declarados tales, con los descendientes legítimos y los hijos naturales reconocidos o declarados tales, y con los hermanos legítimos. Este delito será castigado con seis meses de prisión a cinco años de penitenciaría.*

²⁸ CPU, Artículo 275. (Estupro).- *Comete estupro el que, mediante promesa de matrimonio, efectuare la conjunción con una mujer doncella menor de veinte años y mayor de quince. Comete estupro igualmente, el que, mediante simulación de matrimonio, efectuare dichos actos con mujer doncella mayor de veinte años. El estupro se castiga con pena que puede oscilar desde seis meses de prisión a tres años de penitenciaría.*

²⁹ En sentido similar, se sugiere en REY YUREIDINI, Rodrigo: “Aportes críticos de los feminismos al estudio del Derecho Penal. Una aproximación conceptual”, *Revista de Derecho Penal* N° 26, Montevideo, 2018, p. 224.

³⁰ CPU, Artículo 274. (Corrupción).- *Comete corrupción el que, para servir su propia lascivia, con actos libidinosos corrompiere a persona mayor de doce años y menor de dieciocho. Este delito se castiga con pena que puede oscilar entre seis meses de prisión y tres años de penitenciaría (...).*

previsión de contenido moral, reprimiendo el relacionamiento sexual consentido, sin ningún tipo de coacción o intimidación, entre personas hábiles para otorgar dicho consentimiento.

Esta figura delictiva ha sido utilizada para la imposición de un patrón sexual heteronormativo y binario. El Derecho Penal no puede ser el canal para delimitar la conducta sexual de las personas conforme las pautas morales del juzgador. Además históricamente inclusive hasta fines del S. XX, este artículo ha sido aplicado reiteradamente para reprimir penalmente la homosexualidad consensual, por lo cual es incompatible con el marco constitucional y de DDHH vigente, constituyendo hoy una figura delictiva sin bien jurídico tutelado, vacía de contenido.

Hasta décadas muy recientes, buena parte de la magistratura y la academia uruguayas continuaban considerando a la homosexualidad como una patología. Si bien en 1973 la influyente *Asociación Americana de Psiquiatría* dejara de clasificarla como un trastorno mental y finalmente en 1990 la *Organización Mundial de la Salud* la retirara de su lista de enfermedades mentales, las repercusiones de estos cambios fueron muy lentas -en algunos casos, no perceptibles- en la justicia penal uruguaya.

Esta figura delictiva es el sucedáneo en el Código Penal uruguayo de 1934 - aunque con sustantivas diferencias- del delito de *corrupción de menores* del Código Penal de 1889, que refería a la incitación, favorecimiento o facilitación de la prostitución de una mujer menor de edad. En el Código Penal uruguayo vigente, también entre los delitos contra “las buenas costumbres y el orden de la familia”, cambia la conducta contenida en esta figura delictiva y pasa a referir al concepto indeterminado de “corromper” a una persona menor de edad a través de actos de carácter sexual; pero, ¿cuáles son esos actos?

Conforme la doctrina jurídico-penal dominante durante prácticamente todo el siglo XX, tales actos se vincularán a la “perversión del sentido moral del menor”, el “anormal despertar de los instintos sexuales”, la “perversión sexual”, la promoción precoz de la “concupiscencia carnal”, su “dedicación precoz a prácticas lujuriosas o costumbres lascivas”, por lo que la represión penal tiene por cometido evitar que el menor de edad sea “prisionero fatal de las tendencias depravadas que en el mismo se hicieron germinar” (sic)³². ¿Y cuál es ese tipo de contacto sexual “normal”? Pues evidentemente, aquél que es apto para la procreación.

Para ejemplificar los “actos sexuales anormales” o “conductas perversas”, TORNARÍA BERTONI en un resonante artículo de doctrina sobre el tema en su época, toma ejemplos de la entonces reciente obra de 1978 de CAIROLI MARTÍNEZ, que recogería casos jurisprudenciales, a los que considera de “gran nitidez”, entre los que

³¹ MALET VÁZQUEZ, “Para una reforma de los delitos sexuales”, cit., pp. 7 a 25. LACKNER, “Algunas reflexiones para una reforma integral en materia de delitos sexuales”, cit., pp. 32-33. MALET VÁZQUEZ, Mariana y LACKNER, Ricardo: “Una perspectiva de género para la reforma del Código Penal”, en GONZÁLEZ PERRETT, Diana (Coord.): *El enfoque de género en las reformas de la legislación penal y procesal penal*, Bancada Bicameral Femenina - UNIFEM, Montevideo, 2009, pp. 67 a 105.

³² BAYARDO BENGEOA, Fernando: *Derecho Penal Uruguayo*, Tomo VII, Centro Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1968, pp. 75 y ss.

consta: “integrante de un cuadro de fútbol femenino que ejerce su vicio homosexual (lesbianismo) con dos integrantes de ese equipo, de 15 y 16 años, al extremo que una de las víctimas, siente repulsión por los hombres, después de haber conocido las prácticas por primera vez por parte de la imputada”; a lo que agrega, “creemos que la claridad de las conductas y situaciones reseñadas nos eximen de mayores comentarios”³³. Paralelamente CAIROLI MARTÍNEZ -quien continúa refiriéndose aún en 2015 a este artículo de TORNARÍA BERTONI como “...un excelente trabajo sobre el tema”³⁴, aún después de haberse aprobado la Ley de Matrimonio Igualitario en 2013-reiteraría en forma incambiada su visión en sucesivas ediciones de su *Curso* ya en el siglo XXI, a lo que se agregarán las opiniones de LANGÓN CUÑARRO a las que oportunamente nos referiremos.

Ahora bien, el propósito de revisitar estos trabajos tiene por objeto determinar en qué criterios se fundaba la justicia para aplicar esta figura delictiva y cómo ello puede haber influido en el tratamiento de la homosexualidad por la legislación penal a través de sus aplicadores. Y como han señalado MALET VÁZQUEZ y LACKNER, para entender por qué se han establecido normas represoras de ciertas conductas sexuales y cómo se han aplicado, es imprescindible conocer las concepciones sobre sexualidad que las inspiran³⁵.

Adviértase a su vez que en ningún caso aquéllos autores se plantean si las conductas que califican de “anormales” han sido buscadas por la persona menor de edad, si forman parte del ejercicio libre de su sexualidad, si integran una dimensión afectiva, si contribuyen a su identidad o a su realización como persona, o si llanamente le otorgan placer y bienestar formando parte del disfrute de su sexualidad, por ejemplo. Se trata de una declarada tutela de la persona menor de edad apta para relacionarse sexualmente (y en la mayoría de los casos, para contraer matrimonio conforme la ley civil a la fecha vigente), pero “tutelándola” para pretendidamente proteger su salud psico-sexual y la moralidad pública. En definitiva, se tratará de la represión de conductas consensuales a partir de los parámetros morales declarados - no es posible saber si compartidos en su vida íntima- por el decisor judicial en cada caso.

³³ TORNARÍA BERTONI, Luis: “Sobre el delito de corrupción”, *Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal* N° 3, Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 1981, pp. 181-182. CAIROLI MARTÍNEZ no obstante, continúa sosteniendo en 2015 respecto de la postura de TORNARÍA BERTONI en cuanto al bien jurídico tutelado en el delito de corrupción, que “...no estoy de acuerdo en el rechazo que hace respecto de la moralidad pública como bien jurídico tutelado en este tipo penal (...) es eso precisamente el interés principal de la ley, a mi juicio claro está: el menor se siente corrupto, ya no será el mismo en su comportamiento sexual futuro, la depravación le impedirá elegir libremente, su libertad sexual será coartada para siempre. Por esta razón es que reafirmo mi convencimiento en cuanto a que la objetividad jurídica primordialmente tutelada en este tipo penal es la libertad sexual, sin descartar la moralidad pública como eventual objetividad”; en CAIROLI, *Derecho Penal Uruguayo*, Tomo II, cit., p. 551.

³⁴ CAIROLI, *Derecho Penal Uruguayo*, Tomo II, 2015, cit., p. 550.

³⁵ MALET VÁZQUEZ/LACKNER, “Una perspectiva de género para la reforma del Código Penal”, cit., pp. 67-105.

Como señalara PESCE LAVAGGI en 1997, cuestionando el criterio seguido en una sentencia de condena por el delito de corrupción a partir de la realización de prácticas homosexuales consensuales, “...el riesgo que importa la adopción de un criterio de *normalidad*, tiene que ver con los valores atinentes a la moral sexual que tenga el juzgador de acuerdo con su grupo de pertenencia y referencia. Será corrupto aquel acto que de acuerdo con los parámetros morales del juzgador reúna tal característica”³⁶; lamentablemente la perspectiva adoptada por PESCE LAVAGGI entonces, no era la de los tribunales -como se verá- ni la de la doctrina penal uruguaya dominante.

Véase en efecto, que contemporáneamente aquellos autores continuaron sosteniendo un discurso moral lindante con lo religioso en relación con el ejercicio de la sexualidad; así en 2014, LANGÓN CUÑARRO sostuvo: “*Esa progresiva y natural adquisición de la sexualidad del joven no debe ser torcida en su desarrollo, por sugerencias corruptoras que tuerzan su apreciación y vivencia de la libido, de modo que no pueda ya disponer con libertad de su cuerpo en relaciones adultas, por aquella intervención maligna ocurrida precozmente...*”³⁷. Como se advertirá en la frase precedente, el determinismo del positivismo criminológico de fines del siglo XIX continúa presente inalterado, esgrimiendo además concepciones de carácter moral absolutamente indeterminadas, a ser completadas con las convicciones personales del decisor: lo “natural” por oposición a lo “torcido” merced a lo “maligno”; de más está decir que no existe respaldo científico alguno para semejante reflexión, que nada tiene de saber académico, por lo que parece aproximarse probablemente a algún tipo de discurso religioso.

Y continúa más adelante: “*A mi juicio el concepto de actos libidinosos es muy difícilmente discernible de los actos de lujuria, de los actos obscenos y de la propia conjunción carnal, de donde sostengo que no es posible excluir el coito, el máximo acto sexual, del concepto de acto de corrupción, porque en su realización continuada o en las infinitas formas de realizarlo puede esconderse la corrupción de que trata el artículo*”³⁸. En consecuencia, el mensaje -vehiculizado a través de una obra académica- es claro: a las personas mayores de doce y menores de dieciocho años de edad, no les queda otro camino que practicar la abstinencia sexual.

En la edición de 2018 de su obra, este autor pareció relativizar su posición -habían transcurrido cinco años desde la aprobación de la Ley de Matrimonio Igualitario-, al mencionar que “los parámetros comunes de apreciación de la sociedad”

³⁶ PESCE LAVAGGI, Eduardo: “Acerca de la eficacia temporal de las leyes penales. Análisis de un caso concreto”, *Revista de Ciencias Penales* N° 3, Carlos Álvarez editor, Montevideo, 1997, p. 285.

³⁷ LANGÓN CUÑARRO, Miguel: *Código Penal y leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay*, Tomo II, Universidad de Montevideo, 2014, p. 559.

³⁸ LANGÓN CUÑARRO, *Código Penal y leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay*, Tomo II, 2014, cit., p. 560.

(no sabemos a cuáles se refiere) podrían resultar quizás discriminatorios respecto de un relacionamiento homosexual³⁹.

Paralelamente en 2015 CAIROLI MARTÍNEZ continuó sosteniendo que en este delito la “moralidad pública” es uno de los bienes jurídicos tutelados⁴⁰, noción que desde hace décadas -como la de “buenas costumbres”- ha sido desterrada de los códigos penales contemporáneos.

Pero inclusive para descartar válidamente una imputación por el delito de corrupción, resulta preocupante que algunas Sedes judiciales continúen manejando al día de hoy los anacrónicos conceptos vertidos por los autores que hemos comentado a lo largo de este capítulo⁴¹, que como vimos, son contentivos de construcciones morales y religiosas, y por ende, no reflejan la evolución ni de la sociedad uruguaya ni de la legislación de fuente nacional e internacional, por lo que resultan perimidas desde el punto de vista jurídico conforme los argumentos vertidos a lo largo de los apartados precedentes⁴².

La visión sobre el tema sostenida hasta tiempo próximo por la jurisprudencia uruguaya lamentablemente no nos sorprende, en tanto buena parte de la doctrina dominante reciente ha continuado sustentando posturas homófobas.

Como advertimos en una contribución previa⁴³, CAIROLI MARTÍNEZ reiteró en forma incambiada los ejemplos sobre el delito de corrupción que adoptara TORNARÍA

³⁹ LANGÓN CUÑARRO, Miguel: *Código Penal uruguayo y leyes complementarias comentados*, 2ª edición actualizada, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2018, p. 704.

⁴⁰ CAIROLI, *Derecho Penal Uruguayo*, Tomo II, 2015, cit., p. 551.

⁴¹ Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º turno, sentencia N° 343, de 12.11.2014. Resulta sorprendente que en el año 2014 para dotar de contenido a la conducta prevista por el delito de corrupción, no sólo se analice el caso conforme las opiniones de los autores analizados precedentemente -que han permanecido ajenos a la evolución normativa detallada en este trabajo, anclados en sus propias consideraciones morales- sino que se recurra inclusive a la obra de SALVAGNO CAMPOS (que publicó *Los Delitos Sexuales* en 1934) y de TORNARÍA BERTONI (que lo hizo en 1981, en plena dictadura militar), tratándose de una temática -el ejercicio de la sexualidad- que tan ligada está a la evolución de las costumbres, y que particularmente experimentara cambios radicales en las últimas décadas.

⁴² Hemos encontrado de fecha reciente también, algunas imputaciones relativas a situaciones de prostitución y pornografía infantil, donde a la tipificación preliminar relativa a estos delitos, se les ha agregado la imputación por delito de corrupción. No resultaría oportuno hacer una valoración de estos casos a partir de la escueta información que suele incorporarse en estas providencias de carácter preliminar; nos limitamos a señalar que los supuestos de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes cuentan con normativa penal específica y contundente respuesta punitiva (Ley N° 17.815, de 06.09.2004; Ley N° 18.250, de 06.06.2008; Ley N° 19.643, de 20.07.2018), lo que hace innecesario recurrir a una figura de contornos difusos, contenido moral y por ende ausencia de bien jurídico tutelado, cuando el contenido del injusto de estas conductas ya se encuentra abarcado por las figuras delictivas previstas por las leyes señaladas.

⁴³ SILVA FORNÉ, Diego: “Diversidad sexual, Derecho Penal y legislación antidiscriminatoria”, en LE TALLEC, Stéphane / SILVA FORNÉ, Diego (Coordinadores): *Diversidad sexual. Integración jurídica, política y social en América Latina*, Facultad de Derecho de la Universidad de la República - Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015, pp. 133-134; SILVA FORNÉ, Diego: “Delitos sexuales, discriminación por

BERTONI como paradigmáticos que ya hemos citado, hasta la edición de su *Curso de Derecho Penal* del año 2004⁴⁴; en otra parte de dicho material -durante mucho tiempo y en sucesivas ediciones, objeto de consulta usual por estudiantes universitarios y operadores judiciales- se refiere a personas homosexuales como “los invertidos”⁴⁵. Inclusive llegaría a afirmar comentando las disposiciones penales sobre el aborto, que “...en nuestra sociedad existen otras prácticas a lo mejor mucho más aberrantes que las del aborto, por ejemplo la sodomía, y sin embargo no han sido objeto de regulación legal alguna”⁴⁶.

El conservadurismo radical de CAIROLI MARTÍNEZ no puede sorprender si se consultan también otros aspectos de su obra. En efecto, al tratar los sujetos susceptibles de ser víctimas del delito de violación, ha afirmado en 2004 -esto es, inclusive tras la sanción de la Ley N° 17.515, de Trabajo Sexual, de 04.07.2002, que expresamente declarara a nivel legislativo la licitud del trabajo sexual (hasta entonces, regulado administrativamente) para las personas mayores de edad, a la vez que estableciera un estatuto del trabajador sexual-, y reiterado insólitamente en forma incambiada en la edición de su obra de 2015, que “...es posible aceptar que se ha configurado el delito de violación, aún cuando el amplexo se haya efectuado contra una persona degenerada sexualmente o pervertida, lo que de suyo permite incluir el concepto de la prostituta”⁴⁷.

A su vez LANGÓN CUÑARRO ha afirmado respecto a los supuestos del delito de *ultraje público al pudor* -al cual ya nos hemos referido- inclusive en la edición de su obra de 2018: “...en la actualidad el ‘beso común’ se ha descriminalizado, por lo menos entre parejas heterosexuales, mientras que puede ser objeto de opiniones encontradas si se tratare de homosexuales...”⁴⁸.

orientación sexual, ‘derecho de admisión’ y la aplicación de los delitos de discriminación en el Uruguay”, *Revista de Derecho Penal* N° 23, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015, pp. 237 y ss.

⁴⁴ CAIROLI MARTÍNEZ, Milton Hugo: *El Derecho Penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, Tomo III, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, p. 331. En la nueva edición de su obra que hiciera en 2015, dichos ejemplos han sido suprimidos; véase CAIROLI, *Derecho Penal Uruguayo*, Tomo II, 2015, cit., p. 558.

⁴⁵ CAIROLI MARTÍNEZ, *El Derecho Penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, Tomo III, cit., pp. 215-216. La terminología homófoba empleada se reitera no obstante, en la edición de 2015 mencionada; en CAIROLI, *Derecho Penal Uruguayo*, Tomo II, cit., p. 356.

⁴⁶ CAIROLI MARTÍNEZ, *El Derecho Penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, Tomo III, cit., pp. 153-154; por error de digitación dice “sodomía”.

⁴⁷ CAIROLI MARTÍNEZ, *El Derecho Penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, Tomo III, cit., p. 314; exactamente igual en la edición de 2015: CAIROLI, *Derecho Penal Uruguayo*, Tomo II, pp. 525-526.

⁴⁸ LANGÓN CUÑARRO, Miguel: *Código Penal y leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay*, Tomo II volumen II, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2005, p. 147; LANGÓN CUÑARRO, Miguel: *Código Penal y leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay*, Tomo II, Universidad de Montevideo, 2013, p. 587; LANGÓN CUÑARRO, *Código Penal y leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay*, Tomo II, Universidad de Montevideo, 2014, cit., p. 599; LANGÓN CUÑARRO, *Código Penal uruguayo y leyes complementarias comentados*, 2ª edición actualizada, cit., p. 710.

Esta obra a que nos referimos continúa siendo actualmente material de consulta usualmente utilizado por estudiantes universitarios, así como el más consultado por magistrados del Poder Judicial y por los integrantes del Ministerio Público y Fiscal.

5.2. La aprobación del delito de contacto tecnológico con personas menores de edad

Ahora mencionaremos la figura delictiva incorporada al CPU como artículo 277 bis CPU⁴⁹. Como desarrolláramos en otra contribución⁵⁰, el texto aprobado tuvo como origen primigenio la legislación española, si bien luego su redacción fue bastardeada sin fundamento alguno hasta arribar a su redacción final. Tal imprecisa y enrevesada redacción, parece ser el resultado de diversas decisiones erróneas adoptadas por el Senado uruguayo, en un opaco procedimiento legislativo. Parecería que el propósito de abarcar la mayor cantidad posible de conductas, no se vio acompañado de la correspondiente reflexión jurídica sobre el punto. Ello nos lleva a compartir la opinión que desde su reconocido magisterio brindara TERRADILLOS BASOCO al comentar los delitos sexuales en la legislación española vigente, y huelga aclarar que el texto homónimo del citado país es sustancialmente más claro y preciso técnicamente que la defectuosa redacción oriental que ahora comentamos: *“Lamentablemente, y más tras la Ley Orgánica 1/2015, el Código Penal recoge preceptos en los que es difícil rastrear la voluntad de tutelar la libertad o la indemnidad; antes bien, su lugar está siendo ocupado por tipos de sospecha que no deberían encontrar acogida en un sistema penal democrático. Compete al aplicador del Derecho realizar lecturas de esos preceptos que, dentro de los límites que fija el ordenamiento y, sobre todo, la Constitución, reconduzcan sus alcances hasta hacerlos compatibles con el principio de lesividad, desechando interpretaciones que lleven a la punición de conductas que no lesionen o pongan en peligro la libertad o la indemnidad sexuales”*⁵¹.

Y aquí nuevamente debe reiterarse el objetivo de nuestra labor, frente al harto confuso texto legislativo que enfrentamos: brindar lecturas que puedan ser compatibles con los textos constitucionales y las convenciones internacionales de derechos humanos. Con ello no hacemos más que aplicar uno de los principios generales del derecho más citados por la jurisprudencia uruguaya, como es el Principio

⁴⁹ CPU, Artículo 277 BIS.- *El que, mediante la utilización de tecnologías, de internet, de cualquier sistema informático o cualquier medio de comunicación o tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad o ejerza influencia sobre el mismo, con el propósito de cometer cualquier delito contra su integridad sexual, actos con connotaciones sexuales, obtener material pornográfico u obligarlo a hacer o no hacer algo en contra de su voluntad será castigado con de seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría.*

⁵⁰ SILVA FORNÉ, Diego: “Propuesta sexual a personas menores de edad a través de las TICs en el Código Penal uruguayo”, en RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón /GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria (Coords.): *Transiciones de la Política Penal ante la Violencia. Realidades y Respuestas Específicas para Iberoamérica*, Ed. Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2019, pp. 533 y ss.

⁵¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan (Coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo III, 2ª edición, Iustel, Madrid, 2016, p. 194.

de Conservación de la Ley⁵²: el intérprete debe optar por aquellas lecturas de la ley que admitan ser enmarcadas en los parámetros constitucionales y del ordenamiento internacional de DDHH⁵³. Y adviértase además cómo para legislar no alcanza con recortar y pegar retazos de legislaciones ajenas, sino que hay que analizar cuidadosamente no sólo la coherencia interna de la norma proyectada, sino además la posibilidad de inserción de figuras del derecho comparado en el contexto de la legislación propia.

5.2.1. La sexualidad adolescente en la sociedad de la información

Un primer punto a tener en cuenta en relación con la situación a que refiere el artículo 277 bis del Código Penal uruguayo, es tener presente el papel que hoy tienen las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) en el relacionamiento de los jóvenes; hoy en día, forman parte integral de su vida de relación. El teléfono móvil -valga la metáfora- casi que forma parte de su propia anatomía. Todo lo que los jóvenes hacen o dejan de hacer, lo mantienen reflejado en imágenes, a través de su teléfono móvil.

Ya no nos referimos a los *millennials* o *generación Y*⁵⁴ en cuanto a eventuales sujetos pasivos de este delito; quienes nos ocupan en mérito a este tipo penal son los *post-millennials* o *generación Z*, personas a quienes se caracteriza como utilizando *internet* desde muy jóvenes, sintiéndose cómodos con la tecnología y los medios sociales -nacidos hasta mediados de la década de 2000-, y además, la recientemente denominada *generación T*, o *generación táctil* o *tecnológica*, cohorte demográfica que nace en torno a 2010, inmersa ya en el uso de las TICs, a las que acceden desde su primera infancia.

Se trata de una realidad insoslayable, que el Derecho no puede obviar y menos negar. Nos encontramos frente a una generación que vive a través de la imagen, que permanentemente recurre a documentar, reproducir o compartir *todo* a través de las TICs; y el relacionamiento con sus pares, se hace siempre en forma absolutamente predominante a través de la tecnología. La amplísima extensión de las tecnologías digitales en Uruguay, favorecida por su particular configuración geográfica, es otro indicador de la profunda inserción de ellas en la vida de los jóvenes; el extendido uso por parte de éstos del teléfono celular -que cada vez es menos *teléfono* y más soporte

⁵² El cual, aunque huelga el comentario, no debe confundirse con la muchas veces invocada “presunción de constitucionalidad de la ley”, argumento a nuestro juicio de carácter procesal y no principio general.

⁵³ Ha sido el criterio pacífico de la Suprema Corte de Justicia uruguaya: “...un acto de un cuerpo legislativo coordinado no debe ser declarado inconstitucional si, mediante una interpretación razonable de la Constitución o de la misma Ley, ambos pueden ser armonizados”; sentencias Nº 131/2015, 53/2016, entre otras; véase en SILVA FORNÉ, Diego (Coord.): *Derecho Penal del Trabajo y responsabilidad penal del empleador. Análisis de derecho nacional y comparado*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2017, pp. 169 y ss.

⁵⁴ Para esta cohorte demográfica suele ubicarse la finalización de sus nacimientos en los primeros años de la década de 2000, siendo caracterizados por un mayor uso y familiaridad con las comunicaciones, los medios de comunicación y las tecnologías digitales.

de otras tecnologías- y de *tablets* o *laptops*, también es evidente. Ello nos obliga entonces a analizar este tipo de delitos teniendo en cuenta este dato contundente que se nos impone.

Por otro lado, tampoco puede ignorarse la forma en que viven su sexualidad los jóvenes. Y esto también constituye un dato insoslayable. ¿Cuál es la palabra más buscada en internet?: *sexo*. ¿Cuál es el primer contacto que usualmente tienen niños, niñas y adolescentes con la sexualidad?: el erotismo o la pornografía a través de internet.

Hoy en varios países las autoridades gubernamentales u organizaciones de la sociedad civil, aconsejan a padres y madres sobre cómo manejar con sus hijas e hijos el acceso a la pornografía, pues se ha advertido como práctica educativa ineludible -e inútil y contraproducente intentar prohibirles su acceso-, y se considera mejor promover un acompañamiento familiar, que mirar para el costado y permitir que la conformación de su imagen de la sexualidad tome como referencia prioritaria los estereotipos que maneja esta mercadería.

Además, debe tenerse en cuenta la importancia que en la socialización juvenil actual tienen las redes sociales de distinta índole. Y en esta generación de la imagen, el prestigio o reconocimiento de sus pares está fuertemente ligado a la inserción telemática, mediando el permanente intercambio o exposición de imágenes de toda índole, algo que puede resultar incomprensible para personas de otras generaciones. Sobre este tipo de reconocimiento nos habla VAN DIJCK, ubicando la producción de la socialidad en el marco de una *cultura de la conectividad*:

“En el contexto de los medios sociales, el término ‘amigos’ ha llegado a designar tanto vínculos fuertes como débiles, contactos íntimos como completos desconocidos. Su importancia suele articularse en un número indiscriminado. El término ‘seguidores’ manifiesta una transformación similar: de por sí, la palabra connota todo un conjunto de sentidos que van de la neutralidad del ‘grupo’ al fervor de ‘devotos’ y ‘creyentes’, pero en el contexto de los medios sociales llegó a significar el número absoluto de personas que siguen un flujo de tuits. De la inscripción tecnológica de la socialidad online se desprende que la conectividad es un valor cuantificable, lo que también se conoce como principio de popularidad: cuantos más contactos tenga y establezca un individuo, más valioso resultará, porque entonces más personas lo considerarán popular y desearán trabar contacto con él. (...) Aquellas personas que tienen muchos amigos o seguidores comienzan a ser consideradas influyentes, y su autoridad o reputación social aumenta a medida que reciben más clicks. Las ideas que reciben un ‘me gusta’ de muchas personas pueden llegar a convertirse en tendencias. ‘Hacerse amigo’, ‘seguir’ y ‘marcar tendencias’ no son las mismas funciones, pero se derivan todas del mismo principio de popularidad que subyace a la economía online de los medios sociales”⁵⁵.

⁵⁵ VAN DIJCK, José: *La cultura de la conectividad. Una historia crítica de las redes sociales (The Culture of Connectivity. A Critical History of Social Media)*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2013; traducción de Hugo Salas), Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2016, pp. 31-32.

Al mismo tiempo, la socialidad *online* es también la forma predominante en que los jóvenes inician sus contactos sexuales, ya sea meramente mediante la comunicación *online* a través de redes y aplicaciones de contactos (conversaciones escritas o mediante videocámara; intercambio de imágenes, fotos o videos; seguimiento de perfiles en redes, etc.), así como cuando se da el paso de concertar un encuentro en persona, que no necesariamente estará dirigido a mantener relaciones sexuales sino que forma parte de la socialización sexual en sentido amplio. A ello debe agregarse el ubicuo e incambiado deseo y curiosidad de los más jóvenes por parecerse e imitar o adoptar las conductas de los mayores (padres, hermanos, amigos de éstos, compañeros de escuela o liceo, ídolos juveniles, etc., de cualquier género), en el marco a su vez de una sociedad fuertemente sexualizada (publicidad, moda, estereotipos de género, *mass media*, etc.), donde la exaltación de lo sexual en tanto estrategia comercial, se ha imbricado como mercancía en la sociedad de consumo como un rasgo más de la postmodernidad.

5.2.2. El bien jurídico tutelado por el artículo 277 bis del Código Penal uruguayo

Teniendo en cuenta lo expuesto, no puede dejar de tenerse presente que hoy los adolescentes a partir de que comienzan a desarrollarse desde el punto de vista de su sexualidad, su relacionamiento en ese ámbito (que no coincide con la genitalidad, ya que ésta es sólo una parte de la sexualidad), se hace preponderantemente a través de las TICs. Por consiguiente, ¿cuál es el primer canon que debe ser la piedra de toque para la lectura de este artículo? Sólo habrá una conducta delictiva en la medida que se esté vulnerando -esto es, lesionando o poniendo en peligro- la libertad o indemnidad sexual de una persona menor de edad.

Ello conlleva necesariamente a excluir toda lectura moralizante que a través de la herramienta penal, culmine en una limitación contraria a los principios que rigen el Derecho juvenil, con el oblicuo propósito ilegítimo de limitar el ejercicio de la sexualidad de los adolescentes por el uso que hacen de las TICs.

Recordemos a su vez, como consecuencia no prevista ni seguramente deseada por los legisladores uruguayos -que parecerían haber sancionado legislativamente esta figura delictiva pensando que el sujeto activo emergente de tal redacción, solamente podría ser un depredador sexual-, que situaciones de rechazo, conflicto o discrepancia en el ejercicio de la sexualidad adolescente, canalizadas a través de las TICs, en mérito a esta absurda redacción podrían terminar siendo captadas por el régimen infraccional juvenil, por el juego de los artículos 69 y 72 del Código de la Niñez y la Adolescencia uruguayo⁵⁶. Estas hipótesis, tan comunes en el relacionamiento entre adolescentes,

⁵⁶ CNAU, Artículo 69. (Infracciones a la ley penal).- *A los efectos de este Código son infracciones a la ley penal: 1) Las acciones u omisiones dolosas consumadas, cometidas en calidad de autor o coautor, tipificadas por el Código Penal y las leyes penales especiales. 2) Las acciones u omisiones culposas consumadas, cometidas en calidad de autor, coautor, tipificadas por el Código Penal y las leyes penales especiales, cuando el Juez reúna los elementos de convicción suficientes, fundados exclusivamente en el desarrollo de la personalidad psicosocial del infractor, avalado por un equipo técnico, que permita concluir que el adolescente disponía la capacidad cognitiva de las posibles consecuencias de su obrar. 3)*

deberán ser descartadas del ámbito de lo punible en tanto no haya peligro alguno para el bien jurídico tutelado, esto es, la libertad sexual de la persona menor de edad apta para consentir el relacionamiento sexual.

Es que en la copia incompleta y anárquica que llevo a cabo el legislador uruguayo de la legislación española, se le pasó por alto que en el CPE tales situaciones pueden quedar excluidas del ámbito punible en mérito a la previsión de su artículo 183 quater⁵⁷.

6. BALANCE

Con sus carencias y defectos, la *Ley sobre Violencia hacia las Mujeres basada en Género* constituyó un paso importante hacia el paulatino abandono del modelo patriarcal que emana del Código Penal uruguayo, a falta de la sanción de un nuevo cuerpo normativo, iniciativa que se inició hacia 2015 en el Parlamento uruguayo, pero que no llegó a concretarse por falta de voluntad política de los legisladores de los distintos sectores que constituyeron el partido de gobierno en la legislatura 2015-2019. Pero la modificación de las disposiciones penales relativas a los delitos sexuales que introdujo esta ley fue tan parcial, asistemática y técnicamente deficiente, que ha generado numerosos problemas a los operadores judiciales, por lo cual desde la Academia deben brindarse lecturas constitucionalmente fundadas que operen como orientación ante la confusión normativa. Al mismo tiempo, los operadores del sistema judicial deberían abreviar en posturas doctrinarias sólidas y constitucionalmente fundadas, descartando opiniones reaccionarias y moralizantes como aquéllas a que nos hemos referido precedentemente.

A su vez, resulta decepcionante la poca atención legislativa que se prestó al conjunto de figuras delictivas anacrónicas del CPU, fincadas en paradigmas paternalistas y discriminatorios, que permanecen incambiadas aún tras las diversas

La tentativa y complicidad en el delito de hurto, correspondiendo en tal caso la aplicación de medidas socioeducativas no privativas de libertad. 4) La tentativa de infracciones gravísimas a la ley penal. 5) La participación en calidad de cómplice en infracciones gravísimas a la ley penal. Artículo 72. (Clases de infracción).- Las infracciones a la ley penal se clasifican en graves y gravísimas. Son infracciones gravísimas a la ley penal: 1) Homicidio intencional con agravantes especiales (artículos 311 y 312 del Código Penal). 2) Lesiones gravísimas (artículo 318 del Código Penal). 3) Violación (artículo 272 del Código Penal). 4) Rapiña (artículo 344 del Código Penal). 5) Privación de libertad agravada (artículo 282 del Código Penal). 6) Secuestro (artículo 346 del Código Penal). 7) Extorsión (artículo 345 del Código Penal). 8) Tráfico de estupefacientes (artículos 31 y 32 del Decreto-Ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974, en la redacción dada por el artículo 3° de la Ley N° 17.016, de 22 de octubre de 1998). 9) Cualquier otra acción u omisión que el Código Penal o las leyes especiales castigan con una pena cuyo límite mínimo sea igual o superior a seis años de penitenciaría o cuyo límite máximo sea igual o superior a doce años de penitenciaría. 10) La tentativa de las infracciones señaladas en los numerales 1), 3), 4) y 6) y la complicidad en las mismas infracciones. En los casos de violación no se tomará en cuenta la presunción del ejercicio de violencia (artículo 272 del Código Penal). Las restantes son infracciones graves a la ley penal.

⁵⁷ CPE, Artículo 183 quater. *El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.*

modificaciones al Código Penal uruguayo introducidas por la LIVG, de diciembre de 2017.

7. BIBLIOGRAFÍA

BAYARDO BENGOA, Fernando: *Derecho Penal Uruguayo*, Tomo VII, Centro Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1968.

CAIROLI MARTÍNEZ, Milton Hugo: *El Derecho Penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, Tomo III, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

CAIROLI, Milton: *Derecho Penal Uruguayo*, Tomo II, La Ley Uruguay, Montevideo, 2015.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: "Reflexiones sobre los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya", en AA. VV.: *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Universidad de la República - Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996.

LACKNER, Ricardo: "Aproximación al pensamiento de José Irureta Goyena a través de sus discursos", en *Revista de Derecho Penal* Nº 15, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, pp. 723 a 741.

LACKNER, Ricardo: "Algunas reflexiones para una reforma integral en materia de delitos sexuales", en *Revista de Derecho Penal* Nº 17, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008.

LANGÓN CUÑARRO, Miguel: *Código Penal y leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay*, Tomo II volumen II, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2005.

LANGÓN CUÑARRO, Miguel: *Código Penal y leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay*, Tomo II, Universidad de Montevideo, 2013.

LANGÓN CUÑARRO, Miguel: *Código Penal y leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay*, Tomo II, Universidad de Montevideo, 2014.

LANGÓN CUÑARRO, Miguel: *Código Penal uruguayo y leyes complementarias comentados*, 2ª edición actualizada, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2018.

MALET VÁZQUEZ, Mariana: *Presunciones en el Código Penal*, Facultad de Derecho de la Universidad de la República / Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995.

MALET VÁZQUEZ, Mariana: "Para una reforma de los delitos sexuales", *Revista de Derecho Penal* Nº 17, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008.

MALET VÁZQUEZ, Mariana: "Aproximación doctrinaria a los delitos de abuso sexual y abuso sexual especialmente agravado", *Revista de Derecho Penal* Nº 26, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2018.

MALET VÁZQUEZ, Mariana y LACKNER, Ricardo: "Una perspectiva de género para la reforma del Código Penal", en GONZÁLEZ PERRETT, Diana (Coord.): *El enfoque de género en las reformas de la legislación penal y procesal penal*, Bancada Bicameral Femenina - UNIFEM, Montevideo, 2009.

MORALES PRATS, Fermín: *Comentario al artículo 138 del Código Penal español en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) / VALLE MUÑIZ, José Manuel (Coordinador) - Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, 1996.

PALAYRET, Gallianne: "Orientación sexual e identidad de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en LE TALLEC, Stéphane / SILVA FORNÉ, Diego (Coordinadores): *Diversidad sexual. Integración jurídica, política y social en América Latina*, Facultad de Derecho de la Universidad de la República - Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015.

PESCE LAVAGGI, Eduardo: "Acerca de la eficacia temporal de las leyes penales. Análisis de un caso concreto", *Revista de Ciencias Penales* Nº 3, Carlos Álvarez editor, Montevideo, 1997.

RETA SOSA DÍAS, Adela: "Omisión punible de los deberes inherentes a la patria potestad", *Revista de Derecho Penal* N° 4, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1982.

REY YUREIDINI, Rodrigo: "Aportes críticos de los feminismos al estudio del Derecho Penal. Una aproximación conceptual", *Revista de Derecho Penal* N° 26, Montevideo, 2018.

SILVA FORNÉ, Diego: "Antecedentes y presupuestos teóricos de las medidas de seguridad eliminativas", *Revista de Derecho Penal* N° 13, *Homenaje a Adela Reta*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.

SILVA FORNÉ, Diego: "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* N° 12 - *Revista de la Asociación de Funcionarios Judiciales del Uruguay*, Montevideo, 2010.

SILVA FORNÉ, Diego: "Ley penal y aborto en el Uruguay", *Revista de Derecho Penal* N° 19, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2011.

SILVA FORNÉ, Diego: *La Reforma Penal*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012.

SILVA FORNÉ, Diego: "Derechos sexuales y reproductivos y la aprobación de un régimen de interrupción voluntaria del embarazo, en el Uruguay", *Revista de Derecho Penal* N° 20, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012.

SILVA FORNÉ, Diego: "Diversidad sexual, Derecho Penal y legislación antidiscriminatoria", en LE TALLEC, Stéphane / SILVA FORNÉ, Diego (Coordinadores): *Diversidad sexual. Integración jurídica, política y social en América Latina*, Facultad de Derecho de la Universidad de la República - Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015.

SILVA FORNÉ, Diego: "Delitos sexuales, discriminación por orientación sexual, 'derecho de admisión' y la aplicación de los delitos de discriminación en el Uruguay", *Revista de Derecho Penal* N° 23, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015.

SILVA FORNÉ, Diego (Coord.): *Derecho Penal del Trabajo y responsabilidad penal del empleador. Análisis de derecho nacional y comparado*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2017.

SILVA FORNÉ, Diego: "Propuesta sexual a personas menores de edad a través de las TICs en el Código Penal uruguayo", en RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón / GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria (Coords.): *Transiciones de la Política Penal ante la Violencia. Realidades y Respuestas Específicas para Iberoamérica*, Ed. Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2019.

TERRADILLOS BASOCO, Juan: "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)", en TERRADILLOS BASOCO, Juan (Coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo III, 2ª edición, Iustel, Madrid, 2016.

TORNARÍA BERTONI, Luis: "Sobre el delito de corrupción", *Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal* N° 3, Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 1981.

VAN DIJCK, José: *La cultura de la conectividad. Una historia crítica de las redes sociales (The Culture of Connectivity. A Critical History of Social Media)*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2013; traducción de Hugo Salas, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2016.

ZAFFARONI, E. Raúl (Coord.): *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe final)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Depalma, Buenos Aires, 1986.