



Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

**Lázaro Enrique Ramos Portal** (Universidad Autónoma de Nuevo León)

**La sexualidad como bien jurídico y la protección penal de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer.** pp. 48-71 Fecha de publicación en línea: 31 de julio del 2022.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: [desafios.juridicos@uanl.mx](mailto:desafios.juridicos@uanl.mx)

Desafíos Jurídicos Vol. 2 Núm. 3, Julio-Diciembre 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. [desafiosjuridicos.uanl.mx](http://desafiosjuridicos.uanl.mx), [desafiosjuridicos@uanl.mx](mailto:desafiosjuridicos@uanl.mx). Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN En trámite, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

#### DIRECTORIO INSTITUCIONAL

**RECTOR:** DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

**SECRETARIO GENERAL:** DR. JUAN PAURA GARCIA

**DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA:** MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

#### REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

**DIRECTORA:** Dra. Amalia Guillén Gaytán

**COORDINADOR:** Dr. Mario Alberto García Martínez

**COORDINADORA DEL NÚMERO:** Dra. Karina Soto Canales

**ASISTENTE EDITORIAL:** Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

**ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB:** M.A. Daniel Vázquez Azamar

**EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO:** María Alejandra Villagómez Sánchez

**REDACCIÓN:** Rosa María Elizondo Martínez

**PINTURA DE LA PORTADA:** M.A. Daniel Vazquez Azamar “Decisiones” © 2022

# La sexualidad como bien jurídico y la protección penal de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer

Sexuality as a legal right and the legal protection of the sexual and reproductive rights of women

Fecha de publicación en línea: 31 de julio del 2022

**Por:** Lázaro Enrique Ramos Portal\*

\* <https://orcid.org/0000-0002-7478-6371>

Universidad Autónoma de Nuevo León

**Resumen.** El presente artículo versa sobre la importancia de reconocer a la sexualidad humana como un bien jurídico general y su trascendencia para la protección penal de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, considerada una necesidad universal que depende, en gran medida, de la manera en que el Derecho reacciona ante las directrices políticas. Para dar cumplimiento a los objetivos investigativos el autor señala algunos antecedentes normativos que muestran la inequidad de género y la discriminación que ha predominado en la construcción y el análisis de los delitos sexuales; describe la influencia de ciertos criterios sexistas dentro de la Política criminal y la forma en que estos han calado en los modelos legislativos; argumenta sobre los requerimientos para integrar las relaciones humanas, vinculadas al ejercicio de la sexualidad, en la concepción de bienes jurídicos; expone cómo se muestra esta tendencia en las leyes penales sustantivas de Cuba y México; y recomienda el uso de las definiciones sobre derechos sexuales y reproductivos que aportan los expertos de organismos y comunidades internacionales.

La metodología de estudio se basó en el análisis de contenido legal y tomó, como referente teórico, los postulados doctrinales sobre los bienes jurídico-penales, lo cual permitió arribar a conclusiones relevantes sobre la necesidad de actualizar los sistemas normativos para la protección penal de los derechos sexuales y reproductivos, incorporando el enfoque de género y generacional.

**Palabras clave:** Delitos sexuales, Derecho penal, discriminación, género, Política criminal, violencia sexual



**Abstract.** The present article is about the importance of recognizing human sexuality as a general legal right and its relevance to the legal protection of the sexual and reproductive rights of women as a universal need that is largely dependent on the way that Law reacts to political guidelines. In order to achieve the aims of research, the author highlights some normative backgrounds that reveal gender inequality and discrimination issues that have prevailed in the construction and analysis of sex offenses. He also describes the impact of certain sexist views of the criminal policy and how they have become established in legislative models and the requirements to incorporate human relations related to the exercise of sexuality into the conception of legal rights. Likewise, he shows this trend becomes manifest in the substantive criminal laws of Cuba and Mexico and recommends the use of definitions of sexual and reproductive rights provided by experts from international bodies and communities.

The methodology of this study was based on the analysis of legal contents and used as a theoretical referent the doctrinal postulates of legal-criminal rights, which led to relevant conclusions on the need to update the current normative systems with a view to the legal protection of sexual and reproductive rights through and gender-inclusive and generational approach.

**Keywords:** Sex offenses, Criminal Law, discrimination, gender, Criminal Policy, sexual violence

## INTRODUCCIÓN

La violencia sexual es un fenómeno complejo que se materializa mediante el despliegue de conductas humanas individuales o colectivas; que usa mecanismos de poder estructurales, culturales o directos para propiciar abusos, ataques, lesiones, amenazas o actos de discriminación por razón del sexo, el género, la edad, u otras condiciones, de manera opuesta a la voluntad expresa o tácita de sus víctimas y que menoscaban la sexualidad humana; representando una vulneración de los derechos sexuales y reproductivos concebidos como derechos humanos.

Los delitos sexuales son la parte criminalizada de la violencia sexual y deben mantenerse

configurados de acuerdo con la realidad social y los avances del conocimiento científico.

A los legisladores y hacedores de política criminal se les hace difícil responder a las demandas de prevención de la violencia sexual contra la mujer, porque necesitan sostener un discurso de género que no cuestione la naturaleza de las estructuras sociales (familia, comunidad, centros laborales o de estudio, entre otras), sino la forma en que predominantemente están distribuidos los roles de género a lo interno de esas estructuras, basados en la subordinación femenina y el poder patriarcal. Esta desigualdad dentro de las estructuras sociales es asumida por la Política criminal y legitimada por el Derecho penal en cualquier sociedad. Los estereotipos de género contri-

buyen a definir, con parcialidad, las formas y mecanismos con que se aborda el fenómeno de la violencia sexual que afecta a las mujeres, es decir, delimitan el campo de acción del control social y los fundamentos de la reacción penal ante una manifestación evidente de violencia de género.

El sistema de género, los criterios generacionales y los preconceptos sobre la sexualidad humana influyen en la construcción de los bienes jurídicos que pretenden proteger a las mujeres, de cualquier edad, de las transgresiones sexuales, por lo cual, su contenido (como un conjunto de intereses y relaciones sociales estables) será el reflejo de una época, de una voluntad política y del criterio de actualidad seguido por los legisladores.

El misticismo histórico que rodea a la sexualidad humana determina que muchos de los delitos preceptuados para prevenir y castigar la victimización sexual y reproductiva están, a su vez, cargados de sexismo y estereotipos que impiden una visión integral de las diferencias de género y favorecen la discriminación ante la ley y al interior de esta.

Lo que propone este artículo es algo bastante sencillo, si se tienen en cuenta los rodeos que han dado los juristas para plantear, concretamente, que es preciso proteger la sexualidad humana en todas sus aristas y que el Derecho penal puede asumir como fin y objetividad jurídica la protección de los derechos sexuales y reproductivos ante conductas trasgresoras de significativa peligrosidad social.

Entre otros objetivos, en este trabajo subyace la necesidad de demostrar que el Derecho pe-

nal, en materia de delitos sexuales: no recibe directamente el influjo de la investigación criminológica empírica, carece de una estrategia interdisciplinaria para incorporar los avances en los estudios de género, subordina sus procedimientos a las soluciones que aportan las ciencias naturales y biomédicas, no así de las ciencias sociales, y limita el análisis del fenómeno de la criminalidad sexual a los hechos atraídos por las normas penales sin ahondar en las condiciones estructurales que les favorecen.

### 1. ALGUNOS ABUSOS LEGITIMADOS.

Los prejuicios y estereotipos que han dominado en las concepciones sobre la sexualidad humana han repercutido en las formas en que se conciben y respetan los derechos sexuales y reproductivos en cada sociedad, por tanto, las restricciones que se aprecian a la libertad sexual y reproductiva en la actualidad no son creaciones de nuevo tipo, sino el resultado de una cultura patriarcal heredada que se legitima mediante su consagración en múltiples instrumentos normativos. Le ha correspondido al Derecho, desde la antigüedad, ser el portavoz de las diferencias basadas en estructuras jerárquicas asociadas con el sexo, el género, el origen étnico, la edad o la posición social.

Un claro ejemplo es el artículo 209 del Código de Hammurabi que preceptuaba: “Si un hombre golpea a una hija de hombre y le causa la pérdida del fruto de sus entrañas, pagará 10 siclos de plata”. En el artículo 210 señala: “Si esa mujer muere, que maten a su hija.”<sup>1</sup> En

<sup>1</sup> Código de HAMMURABI. Códigos legales de tradición babilónica, Trotta, Barcelona, 1999.

este caso el hombre responsable respondería con la vida de su hija y no con la suya propia. Los historiadores consideran que este Código babilónico del siglo XVIII a.C. era el principal ejemplo de la conocida ley del Talión, sin embargo, la forma de retribuir con un castigo por la conducta anterior muestra una adaptación patriarcal *sui generis* a los supuestos parámetros de proporcionalidad que regían en esa época.

Las reglas del talión también retroceden ante las clases sociales: “Por las esclavas se abonará a su dueño una pequeña suma de dinero si se le provoca el aborto mediante golpes (Artículo 213) y si muere solo pagará 1/3 de mina de plata (artículo 214).”<sup>2</sup>

En el Código de Hammurabi se estipulaban penas bastante benévolas por actos de agresión a las mujeres; sin embargo, en la Biblia, aparecen reacciones excesivas en temas de protección a la sexualidad masculina, hasta prever la mutilación como pena para una mujer que atente contra los órganos genitales de un hombre, mandando que: “Si dos hombres se están golpeando, y se acerca la mujer a uno de ellos para defender a su marido y agarrar al otro por las partes genitales, ustedes ordenarán sin ninguna compasión que se le corte la mano a la mujer.”<sup>3</sup>

Una de las prescripciones más brutales referente a una conducta femenina es aquella que indica la forma de represión del adulterio en el versículo 371 de las Leyes de Manú, esta-

bleciendo que: “si una mujer, muy pagada de su familia y de sus cualidades, es infiel a su esposo, el rey la haga devorar por los perros en un lugar muy frecuentado.”<sup>4</sup>

En Atenas el castigo para el adulterio consistía en arrancar los cabellos a la mujer adúltera y derramar cenizas calientes sobre su cabeza.<sup>5</sup> “Desde el período clásico ateniense se desarrolló una posición misógina ante las diferencias sexuales; se identificó al sexo masculino como superior y condicionante, y al femenino como inferior y condicionado a las exigencias del primero. La mujer era reducida a una mera cosa y tenía dos funciones: como esposa legítima en el ámbito de la familia patriarcal monogámica o representaba un medio natural para el desahogo del instinto sexual del varón.”<sup>6</sup>

En Roma, el marido era el único facultado para acusar a la mujer adúltera y tenía derecho de matar a la culpable y a su “cómplice” si los sorprendía en el acto flagrante. La *Lex Iulia de Adulteris* del año 18 a. C. autorizó la acción pública y el derecho ciudadano a denunciar el adulterio y se transformó el poder de matar a los infieles, por su relegación y trato infamante.

4 FONTÁN, Carlos. *Delitos sexuales*, 2da. Edición, Depalma, Buenos Aires, 1953, p. 17.

5 FONTÁN, Carlos. *op. cit.*, p. 18.

6 Vid. GRECO, Luigi; GRIMANI, Daria. *La vendita di bambini, la prostituzione e la pornografia minorile*, CE.DI.S. di Stefano Conti Editore, Roma, 2005, p. 42. Según Demóstenes: “Las cortesanas existen para el placer; las concubinas, para los cuidados cotidianos; las esposas, para tener una descendencia legítima y una fiel guardiana del hogar” FOUCAULT, MICHEL. *Historia de la sexualidad II. El uso de los placeres*. Siglo XXI Editores, 1999, p. 132.

2 Código de HAMMURABI, *Ibidem*.

3 Deuteronomio 25.11 – 12. *La Biblia de estudio. Dios habla hoy*, Sociedades Bíblicas Unidas, Brasil, 2013, p. 193.

El castigo de la mujer adúltera fue rescata- do por el Código penal franquista, en pleno siglo XX; “reinstauraba la “*vindicta in hono- re*” o la muerte de la esposa infiel a manos de un esposo que solo era desterrado por el juez o la jueza (lo que fue un incentivo para el crimen más que una disuasión o verdadera pena). Este artículo duró hasta la reforma del Código español de 1963.”<sup>7</sup> El adulterio (principalmente femenino) es considerado un acto reprobable y castigado aún en: Arabia Saudita, Afganistán, Catar, Emiratos Árabes Unidos, Irán, Kuwait, Marruecos, Mauritania, Omán, Pakistán, Sudán y Yemen.

A comienzos del siglo XX, en Estados Uni- dos, se impuso la esterilización forzada por causas eugenésicas, punitivas o anticon- ceptivas. El estado de Indiana fue el primero en legalizarla en 1907. Su desarrollo se de- bió a la trascendencia que el positivismo cri- minológico les imprimió a las supuestas ba- ses “científicas” de las teorías biogenéticas sobre la transmisión hereditaria de los es- tigas criminales e instintos perversos. Más de 65.000 individuos fueron esterilizados en 33 estados norteamericanos, principalmen- te amerindios y mujeres afroamericanas.<sup>8</sup> La población afectada por la esterilización fue mayormente femenina; pero incluyó a discapacitados físicos y mentales, minorías étnicas y algunos criminales lujuriosos, en-

contrados responsables por delitos sexua- les.<sup>9</sup>

El programa de esterilización más radical fue ejecutado por el Tercer Reich en la Alemania nazi y alcanzó a cerca de 400 000 personas; fue legalizado en 1933.<sup>10</sup> También tuvieron programas de esterilización con reconoci- miento legal otros países como: Suecia, Ja- pón, India, China, Perú, Uzbekistán, Australia, Noruega, Finlandia, Estonia, Eslovaquia, Sui- za, Islandia, Puerto Rico y Checoslovaquia.

El amparo legal a estas cuestionadas accio- nes humanas fue sustentado en una manipu- lación prejuiciosa de los bienes jurídicos, utili- zando argumentos que justificaban supuestos beneficios étnicos, sociales o para la salud co- lectiva, sin cuestionar que tales medidas eran contrarias a los derechos humanos.

El Derecho fue y es utilizado para transmitir credibilidad en las formas de reacción social que promueven los intereses políticos, bus- cando que la sociedad acate sus directrices mediante el convencimiento o la coacción. De la misma manera la Política criminal intervie- ne en la reacción penal: buscando enemigos, segmentando las áreas de protección, crimi- nalizando conductas y creando tipos penales a conveniencia de los procesos de selección y persecución penal, lo cual trasciende a las formas en que son apreciadas las diferencias al interior de los modelos legislativos.

<sup>7</sup> LACASTA, José I. “Género y ambivalencia del Derecho y de su sistema penal”, *Análisis del Código Penal desde la pers- pectiva de género*, EMAKUNDE – Instituto vasco de la mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998, p. 25

<sup>8</sup> *Passím*. KEVLES, Daniel. *In the name of eugenics: Genetics and the uses of human heredity*, Knopf, New York, 1985.

<sup>9</sup> Sobre sanidad humana y eugenesia Vid. VALENTÍ, I. *Crimi- nales lujuriosos y agresividad psicosexual*, Antonio Virgili, S. en C., Barcelona, 1911, pp. 9 y ss.

<sup>10</sup> PROCTOR, Robert. *Racial hygiene: Medicine under the Na- zis*, Harvard University, Cambridge, 1988.

## 2. EL RECONOCIMIENTO DE LAS DIFERENCIAS EN LOS MODELOS LEGISLATIVOS.

Mientras la mayoría de los delitos han sido admitidos como perseguibles de oficio o a instancia de las autoridades en el ejercicio de la acción pública; los delitos sexuales han sostenido varios requisitos de procedibilidad y un velo de impunidad que obedece, en gran medida, a las concepciones sobre la privacidad y la intimidad que utiliza el Derecho para poder mantenerse alejado del contexto de las relaciones sexuales y reproductivas.

Las concepciones acerca de la intimidad y la privacidad so pretexto de protección de los derechos individuales y familiares supuestamente “privados” constituyen una fuente de desigualdades; sus postulados han trascendido debido a la consolidación de normas sociales y culturales que limitan la intervención estatal y aseguran la dominación masculina, separando los ámbitos de intervención legal, entre lo público y lo privado; lo que, a su vez, influye en la invisibilización y naturalización de las desigualdades que se manifiestan en el construido “ámbito privado”.

La protección y respeto del ámbito privado no significa que el Derecho deba retraerse a lo que allí ocurre. Según FRIES: “La crítica feminista a la distinción público/privado, ha sido usada para marcar que el hecho de ubicar a las mujeres en lo privado ha permitido sustraerlas de lo público, en el sentido de la protección legal a sus derechos.” Para darle importancia a los eventos que ocurren en el

espacio privado, las feministas han usado la afirmación: “Lo personal es político”.<sup>11</sup>

Las diferencias de género que se solapan en el ámbito privado se proyectan hacia el Derecho y este, a su vez, las desarrolla en varios modelos legislativos que, a criterio de FERRAJOLI,<sup>12</sup> son perfectamente distinguibles:

### 1. Modelo de indiferencia jurídica de las diferencias:

Fue el predominante desde el siglo XVII hasta la primera mitad del XX, cuando el poder patriarcal determinaba el carácter asimétrico de las relaciones sociales de dominación y las diferencias entre hombres y mujeres eran obviadas o evadidas por el Derecho.<sup>13</sup>

El Derecho obviaba las diferencias porque estas no eran el centro de las demandas sociales y las normas eran redactadas por hombres. Como el Derecho obedece a un infalible carácter histórico, trató las inequidades como una consecuencia natural de los roles desarrollados por los individuos en sociedad y enmascaró los procesos discriminatorios; con lo cual, según plantean FACIO Y FRIES: “se encar-

11 FRIES, LORENA. “Lo privado y lo público. Una dicotomía fatal”, *Género y Derecho*, Corporación de Desarrollo de la Mujer, Santiago de Chile, 1999, p. 40.

12 FERRAJOLI, LUIGI. “Igualdad y diferencia”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 73 y ss. ÁVILA, RAMIRO. “Género, Derecho y Discriminación. ¿Una mirada masculina?”, *La discriminación de género en el Derecho y sus expresiones en la legislación y en la práctica jurídica*, Serie justicia en clave de género / No. 1, YAMILA GONZÁLEZ (Compiladora), UNJC, La Habana, 2012, pp. 19 – 25.

13 FERRAJOLI, LUIGI. *op. cit.*, p. 74.

gó de facilitar el traspaso de un determinado modelo político, social y sexual a las futuras generaciones.”<sup>14</sup>

## 2. Modelo de diferenciación jurídica de las diferencias:

Según FERRAJOLI este modelo: “se expresa en la jerarquización de las diferentes identidades”.<sup>15</sup> Está basado en el principio de igualdad formal “igual para los iguales y desigual para los desiguales”. Como hombres y mujeres son diferentes, a cada uno compete una esfera de actuación en los espacios públicos y privados, un conjunto de roles que no es permitido intercambiar; por lo que cualquier intromisión en la esfera del otro es un presupuesto para la corrección de las conductas.

Esto significa que el Derecho tendrá una normativa que pretende ser igualitaria y neutral cuando, en realidad, está admitiendo que existen ciertas diferencias que son irresolutas y crea respuestas diferenciadas en su contexto, donde los parámetros de igualdad deben acondicionarse a las características de cada individuo, en dependencia de sus condiciones de género, socioeconómicas, entre muchas otras; pero sin proponer cambios ni hacer críticas al *statu quo*.

Para teóricos y operadores el sistema jurídico es perfecto, solo hay que adaptarlo a dar respuesta a los actos de los considerados “iguales” y a los de aquellos reconocidos como

“desiguales”, escogidos mediante procesos de selección discriminatorios o dudosos.

Si se tiene en consideración que las leyes penales están preconcebidas para ser más aplicadas a los hombres como, de hecho, ocurre. Las mujeres tendrán una triple dificultad al incurrir en una conducta delictiva, pues se arriesgan a que se les reproche el hecho anti-jurídico, su manera de comportarse históricamente masculina y su abandono de los roles de género asociados a su obligación de cuidado familiar.

## 3. Modelo de homologación jurídica de las diferencias:

Consiste en una estrategia jurídica para sobrevalorar la identidad masculina y sus características, por la cual se pretende que las mujeres alcancen los derechos y beneficios que ya ostenta el hombre, concebido como ser privilegiado.<sup>16</sup>

Según ÁVILA: “En términos jurídicos, se reconoce los valores positivos de lo masculino, se desconocen las características femeninas y se regulan las relaciones de tal forma que fomenten el acercamiento a los privilegios masculinos.”<sup>17</sup>

El sistema jurídico y sus operadores captan, reproducen y generan estereotipos de actuación humana; así sientan las bases de conformación de los roles y estatus individuales y

<sup>14</sup> FACIO, ALDA; FRIES, LORENA. “Feminismo, Género y Patriarcado”, Género y Derecho, Corporación de Desarrollo de la Mujer, Chile, 1999, p. 4.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, LUIGI. *op. cit.*, p. 74.

<sup>16</sup> Este es el sistema que predomina en la Ley 62/1987, Código penal cubano. *Vid.* FERRAJOLI, LUIGI. *op. cit.*, p. 75.

<sup>17</sup> ÁVILA, RAMIRO. *op. cit.*, p. 22.

grupales, resaltando la superioridad masculina. Esto influye en que el sexo tienda a aparecer como la pauta más diferenciadora y difícil de homologar en el contexto jurídico, ya que muchas de las instituciones jurídicas (como la legítima defensa, con sus requisitos de proporcionalidad e inmediatez); están concebidas para actuaciones típicamente masculinas que las mujeres tienen dificultades de emular y, por tanto, se limitan sus derechos a beneficiarse de las respuestas legales.

#### 4. Modelo de valoración jurídica de la diferencia:

Conocido como modelo de la equidad o de la igualdad sin discriminación, “garantiza a todos su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales.”<sup>18</sup> Para algunos autores, este modelo se basa en el principio de la justicia,<sup>19</sup> incorpora la igualdad de género, reconoce las diferencias características y supera los aspectos discriminatorios de las tres variantes anteriores.

“La igualdad no se define a partir de un criterio de semejanza, sino de justicia: se otorga el mismo valor a personas diversas, integrantes de una sociedad. La igualdad es importante justamente entre diferentes, ya que se trata de una convención social, de un pacto, según el cual se reconoce como iguales a quienes

pertenecen a distintos sexos, razas, etnias, clases sociales. El principio de igualdad está estrechamente relacionado con el ejercicio de la tolerancia: el reconocimiento del otro o de la otra como igual, es decir, que siendo distinto o distinta, tiene los mismos derechos y responsabilidades.”<sup>20</sup>

La complejidad de las relaciones sociales indica que solo desde la equidad puede afrontarse cada situación desventajosa en un plano de igualdad. La equidad jurídica y social implica acceso igualitario a la justicia y un trato equivalente de acuerdo con las diferencias, las cuales se caracterizan por su interseccionalidad y exceden la identidad sexual y de género porque se combinan con otras condiciones como: la etnia, el color, la casta o situación socioeconómica, el idioma, la religión, la opinión política, el origen, el estado civil, la maternidad, la edad, la educación, la salud, la discapacidad, la propiedad, la privación de libertad, entre muchas otras.

La equidad está contenida en el principio de igualdad y no discriminación; se sustenta en normas prohibitivas que inhiben las actuaciones propiciatorias de discriminación y el trato desigual, o a partir de la formulación de normas afirmativas, que incentivan las conductas y medidas igualitarias, justas, equitativas y que estimulen la no discriminación. La equidad depende de las concepciones y modelos que asumen y transmiten los diferentes sistemas normativos.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, LUIGI. *Ídem*, p. 76.

<sup>19</sup> TORRES, ISABEL. “La aplicación de la cuota mínima de participación de las mujeres ¿Ficción o realidad?” Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, Costa Rica, 2001. p. 13.

<sup>20</sup> PACHECO, GILDA *et al.* *Los derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la formación a la acción*, IIDH, Costa Rica, 2006, p. 80.

Siguiendo lo planteado por EMMENEGGER: “El derecho a la igualdad significa una prohibición a crear, reforzar o simplemente mantener la desigualdad de poder social entre mujeres y hombres. Bajo este aspecto, el acoso sexual, la prostitución, la restricción en el ámbito de la procreación, la violación y la pornografía son manifestaciones de la supresión social de las mujeres y, por tanto, de las cuestiones de igualdad.”<sup>21</sup> En este sentido, el bien jurídico que ha de proteger a las mujeres, de cualquier edad, de las conductas descritas, debe tener un alcance global, reconocer las diferencias y respetar los derechos sexuales y reproductivos en el camino de la equidad de género y generacional.

### 3. HACIA UN BIEN JURÍDICO-PENAL QUE PROTEJA LA SEXUALIDAD HUMANA Y LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS.

El comportamiento humano se subordina a varios sistemas normativos; el más evidente es el sistema jurídico, pero este no puede desligarse de la religión, los usos sociales y la moral, como conjuntos normativos que integran el control social y subyacen, anteceden o son concomitantes al orden legal; todos están plagados de valores y modelos de actuación vinculados, muchas veces, a la sexualidad, los cuales condicionan el ordenamiento jurídico y la posición de las personas ante la ley e influyen en la conformación de los intereses y las relaciones sociales requeridas de

<sup>21</sup> EMMENEGGER, SUSAN. “Perspectivas de género en Derecho”, *Anuario de Derecho Penal*, Número 1999-2000, España, pp. 43 - 44. Disponible en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derecho-penal/anuario/an\\_1999\\_05.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derecho-penal/anuario/an_1999_05.pdf) Consultado 8 de mayo de 2021.

protección, que conforman la esencia de los bienes jurídicos.

Autores como MIR han insistido en la necesidad de diferenciar los bienes jurídicos de aquellos jurídico-penales, basados esencialmente en la intervención mínima del Derecho Penal y para ello apunta que: “una Política criminal restrictiva de la intervención penal exige subordinar ésta a valoraciones específicamente jurídico-penales, que permitan seleccionar con criterios propios, especialmente estrictos, los objetos que merecen amparo jurídico-penal y no sólo jurídico, *in genere*.”<sup>22</sup>

Aunque es muy difícil encontrar una Política criminal restrictiva de la intervención penal, este criterio consolida la importancia orientadora de la misma para delimitar la nomenclatura y el contenido de los bienes jurídico-penales, considerados un reflejo de la política estatal en su preocupación por los bienes jurídicos generales. Los bienes jurídicos en general, así sean de conocimiento público, deben cumplimentar varios requisitos para ser considerados como bienes jurídico-penales, entre los que destacan:<sup>23</sup>

- Distinguirse de los valores morales, religiosos y culturales, aunque esté vinculado a ellos; por lo cual se circunscribe al ámbito jurídico, es decir, debe ser aprehensible

<sup>22</sup> MIR, Santiago. “Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del *Ius Puniendi*”, *Estudios penales y criminológicos*, XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, p. 206. Disponible en: <http://www.neopanopticum.com.ar/1/Mir.htm> Consultado 22 de junio de 2021.

<sup>23</sup> Ídem, p. 207.

por el Derecho y, en específico, por el Derecho Penal.

- Responder a una necesidad de protección por el Derecho Penal que justifique el uso intimidatorio y aflictivo de la pena.
- Ser importante para el orden social, o sea, se deben: “situar los bienes merecedores de tutela jurídica en el terreno de lo social, exigiendo que constituyan condiciones de funcionamiento de los sistemas sociales.” Se entiende que las conductas infractoras deben ser socialmente peligrosas.
- Representar un beneficio para los individuos receptores de la norma.

La Política criminal debe determinar, a efectos de la prevención de los delitos, el bien jurídico-penal que pretende proteger, aquellas conductas que conformarán el catálogo de los delitos recogidos bajo esa rúbrica y las instituciones jurídico-penales que van a interactuar con el axioma lógico del Derecho Penal, por el cual toda conducta, para merecer una pena,<sup>24</sup> debe ser encuadrada en el marco normativo, sin dificultad y en correspondencia con los componentes estructurales del delito.

<sup>24</sup> “El merecimiento de pena (de una conducta) - según Hassemmer y Muñoz- es ante todo una cualidad normativa (de esta conducta) (...) es, desde un punto de vista político-criminal, un elemento central del concepto de conducta criminal y tiene un doble componente: un componente de justicia y otro puramente utilitario. Ambos tienen que ser acumulativamente afirmados antes de que el legislador penal pueda hablar de “criminalidad” y actuar en consecuencia.” HASSEMER, WINFRIED; MUÑOZ, FRANCISCO. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 66 - 67.

La conminación con pena del ilícito es un requisito formal-legislativo para el funcionamiento del sistema penal, pero no el único, pues el contenido normativo responde a un proceso de selección<sup>25</sup> que revela un fenómeno reconocido socialmente por su peligrosidad, que afecta o amenaza las relaciones sociales concebidas como un bien jurídico, y es percibido como dañoso por otros sistemas normativos (normas civiles, familiares, religiosas o valores morales), todo lo cual condiciona el envío de la conducta punible al campo de la antijuricidad.

El proceso legislativo convierte en antijurídicas las conductas; descriminaliza aquellas que han dejado de enfrentar a los valores de la sociedad actual, pero debe sustentarse en datos que muestren las bases, argumentos y necesidad de la decisión política.

Esta operación lógica aplica para la violencia sexual contra la mujer, que contiene conductas que no han sido criminalizadas debido a los estándares de aceptación social (la consideración del piropo o floreo como forma de acoso sexual) o no podrán ser criminalizadas ni conminadas con pena de acuerdo con la proporcionalidad interna que debe regir en el sistema jurídico penal (el absurdo hecho de considerar como abuso lascivo la relación sexual que se propone a cambio de favores a personas detenidas o en estado de inferioridad o dependencia, según el Código Penal cubano) si no es percibida en su dimensión real; lo cual sugiere tener en consideración la interseccionalidad que se presenta entre las

<sup>25</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE. Manual de Derecho Penal. Parte General, Tercera reimpresión, Temis, Bogotá, 1996, p. 2.

diferentes formas de violencia que sufren las mujeres.

La falta de congruencia entre el valor social de ciertos hechos de la realidad y lo legalmente normado genera problemas de seguridad jurídica y obliga a observar los argumentos que deben valorarse en la formación de un bien jurídico penal, cuyo concepto: “se bifurcó en dos acepciones: una político-criminal y externa, de carácter crítico y perteneciente al mundo del deber ser, destinada a evaluar qué podía ser sancionado con una consecuencia jurídico-penal y otra, de carácter neutral e interna, y comprendida en el mundo del ser, cuyo objetivo era determinar el significado de las figuras delictivas y su ubicación sistemática.”<sup>26</sup>

Esta bifurcación permite definir que el concepto político criminal de bien jurídico-penal condiciona y, a su vez, está limitado por el contenido dogmático de ese propio bien y, aunque se reconoce su facultad para limitar el *ius puniendi*, también se discute si su carácter restrictivo es eficaz para regular el comportamiento humano y amparar todas las relaciones sociales que requieren protección.

Por este motivo no se llega fácilmente a la protección de la sexualidad humana desde la construcción de las figuras delictivas, ya que describiría un proceso inverso, deductivo; cuando lo que se pretende es que la sexualidad humana sea lo general, el bien jurídico ge-

neral; mientras cada delito sexual en particular proteja los derechos sexuales y reproductivos en especie, o sea, describan específicamente la objetividad jurídica o núcleo de la relación social que pretende y necesita proteger.

La objetividad jurídica que tiende a ser identificada en los delitos sexuales es la libertad sexual, tal como afirmó Rocco y han seguido otros penalistas<sup>27</sup> y codificaciones.<sup>28</sup> Según el criterio más amplio y actual de OXMAN, lo que debe protegerse es la libertad sexual tratada como: “una relación social concreta que ha de permitir a los individuos su autorrealización en la vida sexual individual y social, por otro lado, ha de ser expresión de confianza del sistema normativo hacia la persona, de respeto a la diversidad, de interacción comunicativa tolerante y pluralismo en sede democrática; en consecuencia, la libertad sexual es la base sobre la cual debe estructurarse todo el análisis de la configuración del derecho vigente en lo tocante a los delitos de significación sexual.”<sup>29</sup>

Por su parte Rega completa el catálogo más reconocido afirmando que la libertad sexual:

<sup>27</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial, Decimotercera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 195 y ss.

<sup>28</sup> El Código Penal Español de 1995, los denomina “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”;

<sup>29</sup> OXMAN, Nicolás. ¿Qué es la integridad sexual?, *Revista Jurídica Regional y Subregional Andina* 8, Chile, 2008, pp. 42 – 43. El autor se basa en lo expuesto por MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*, serie maestros del Derecho Penal, Editorial *B de f*, 2ª. edición, Buenos Aires, 2001, pp. 90 y ss. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, serie maestros del Derecho Penal, Editorial *B de f*, Buenos Aires, 2003, p.123.

<sup>26</sup> BALCARCE, Fabián I. “Breve relato sobre la ineficacia de la función político criminal del Bien Jurídico Penal”, Centro de investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2016, p. 1. Disponible en: <http://www.ciidpe.com.ar> Consultado 16 de mayo de 2021.

“se caracteriza por la existencia de capacidad intelectual para comprender el alcance del acto sexual y la voluntad necesaria y suficiente para consentirlo.”<sup>30</sup> Lo cual conlleva a buscar, en la indemnidad sexual, la protección de aquellas personas que carecen de la capacidad de consentimiento, es decir, de libertad sexual al momento de ejecutarse el acto punible, dígase menores o incapaces.

Con las referencias a la libertad y la indemnidad sexual se han satisfecho varias legislaciones sustantivas, pero no puede negarse que, en la actualidad, la objetividad jurídica sobrepasa estos conceptos. El contenido político-criminal de la libertad sexual, concebida como el bien jurídico-penal que agrupa a los delitos sexuales, está sometido a ajustes según el contexto social donde se construye, sin embargo, tiene como punto en común que las relaciones sociales que protege están vinculadas a la forma en que cada individuo vive y disfruta de su sexualidad, por tanto, la libertad sexual, al igual que la indemnidad sexual, son derechos sexuales que operan como componentes esenciales de un bien común a todas las personas: la sexualidad humana, que no admite distinciones de género, edad, condición social, o cualquier otra clasificación conocida, porque constituye un bien común, cuya trascendencia socio-jurídica varía según sus intersecciones. La libertad e indemnidad sexual se complementan con todas las expresiones de la sexualidad

humana que deben ser protegidas por el Derecho.

Para efectos jurídicos, se recomienda considerar a la sexualidad humana como un bien jurídico general, orientador, que permita reconstruir los argumentos sociales y políticos que justifican su protección desde todo el ordenamiento jurídico; desde sus diferentes ramas como el Derecho Civil, de Familia, Administrativo, Laboral y, en último caso, servir al Derecho Penal para la construcción de un bien jurídico-penal particular al conjunto de figuras delictivas que, mediante el uso de las penas, castigan las conductas verdaderamente peligrosas.

A los efectos de lograr cierta uniformidad se puede tomar como referencia la definición de sexualidad que plantea la Organización Mundial de la Salud (OMS), al describirla como: “un aspecto central del ser humano, a lo largo de su vida. Abarca el sexo, las identidades y los papeles de género, el erotismo, el placer, la intimidad, la reproducción y la orientación sexual. Se vive y se expresa a través de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas, papeles y relaciones interpersonales. La sexualidad está influida por la interacción de factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, políticos, culturales, éticos, legales, históricos, religiosos y espirituales.”<sup>31</sup>

30 REGA, Elia E. “Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud”, MAYDA GOITE (Coordinadora) *Una visión desde la dogmática a figuras del Código Penal Cubano*, (s.e.), La Habana, 200-, p. 249.

31 Organización Mundial de la Salud (OMS). *Defining sexual health: report of a technical consultation on sexual health*, 28–31 January 2002, Geneva, 2006. Disponible en: [http://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual\\_health/defining\\_sexual\\_health.pdf](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual_health/defining_sexual_health.pdf) Consultado 11 de febrero de 2020.

Además de su función como bien jurídico general, la sexualidad humana puede ser concebida como un bien jurídico-penal protegido desde una concepción político-criminal, perteneciente al mundo del deber ser, destinada a evaluar cuáles son las conductas que pueden ser sancionadas por el sistema jurídico-penal, mientras que la afectación específica a los derechos individuales o colectivos, de carácter sexual y reproductivo, que nacen del ejercicio y disfrute de la sexualidad pueden ser el objeto de protección particular que sirva para agrupar los delitos sexuales desde una concepción dogmática, comprendida en el mundo del ser, cuyo objetivo será determinar el significado de las figuras delictivas y su ubicación sistemática.

Desde la perspectiva político-criminal y utilizando la definición aportada por la OMS, los delitos sexuales podrán ser considerados como: aquellas acciones u omisiones socialmente peligrosas, prohibidas por la ley y reprimidas con sanción penal que afectan o amenazan de manera significativa el ejercicio y expresión de la sexualidad humana; que abarca el sexo, las identidades y los papeles de género, el erotismo, el placer, la intimidad, la reproducción y la orientación sexual de cada persona.

Los códigos tienden a colocar los intereses de protección como encabezado de los títulos y expresión del bien jurídico-penal común a grupo de figuras delictivas, lo cual sirve de orientación dogmática y, desde esta perspectiva, se puede integrar con el conjunto de derechos sexuales y reproductivos ya reconocidos.

En correspondencia los delitos de significación sexual y reproductiva serían reconocidos

como aquellas conductas activas u omisivas socialmente peligrosas, prohibidas por la ley y reprimidas con sanción penal que afectan o amenazan de manera significativa los derechos humanos sexuales y reproductivos. De esta manera se puede seguir una guía para la construcción de los tipos penales, considerando previamente cómo se protegen los derechos sexuales y reproductivos desde otros sectores sociales y otras ramas del Derecho y cuáles conductas deben ser consideradas punibles desde la norma penal.

Como presupuesto pueden tomarse en consideración los catálogos de derechos sexuales y reproductivos que plantean la Declaración Universal de los Derechos sexuales de 1997 y el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994, respectivamente.

#### *Derechos sexuales:*<sup>32</sup>

- *Derecho a la libertad sexual.* Abarca la posibilidad de la plena expresión del potencial sexual de los individuos y excluye toda forma de coerción, explotación y abuso sexuales en cualquier tiempo y situación de la vida.
- *Derecho a la autonomía, integridad y seguridad sexuales del cuerpo.* Incluye la capacidad de tomar decisiones autónomas sobre la propia vida sexual dentro del contexto de la ética personal y social. También están

32 Declaración del 13avo. Congreso Mundial de Sexología, 1997, Valencia, España; aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, 1999, 14º Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong. Organización Mundial de la Salud. *Promoción de la salud sexual. Recomendaciones para la acción.* Apéndice I, pp. 37 – 38.

incluidas la capacidad de control y disfrute de nuestros cuerpos, libres de tortura, mutilación y violencia de cualquier tipo.

- *Derecho a la privacidad sexual.* Este involucra el derecho a las decisiones y conductas individuales realizadas en el ámbito de la intimidad siempre y cuando no interfieran en los derechos sexuales de otros.
- *Derecho a la equidad sexual.* Este derecho se refiere a la oposición a todas las formas de discriminación, independientemente del sexo, género, orientación sexual, edad, raza, clase social, religión o limitación física o emocional. Es recogido en los Principios de Yogyakarta.<sup>33</sup>
- *Derecho al placer sexual.* Incluyendo el autoerotismo, como fuente de bienestar físico, psicológico, intelectual y espiritual.
- *Derecho a la expresión sexual emocional.* Va más allá del placer erótico o los actos sexuales. Todo individuo tiene derecho a expresar su sexualidad a través de la comunicación, el contacto, la expresión emocional y el amor.
- *Derecho a la libre asociación sexual.* Significa la posibilidad de contraer o no matrimonio, de divorciarse y de establecer otros tipos de asociaciones sexuales responsables.
- *Derecho a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables.* Abarca el

derecho a decidir tener o no hijos, el número y espaciamento entre cada uno, y el derecho al acceso pleno a los métodos de regulación de la fecundidad.

- *Derecho a información basada en el conocimiento científico.* Este derecho implica que la información sexual debe ser generada a través de la investigación científica libre y ética, así como el derecho a la difusión apropiada en todos los niveles sociales.
- *Derecho a la educación sexual integral.* Este es un proceso que se inicia con el nacimiento y dura toda la vida y que debería involucrar a todas las instituciones sociales.
- *Derecho a la atención de la salud sexual.* La atención debe estar disponible para la prevención y el tratamiento de todos los problemas, preocupaciones y trastornos sexuales.

#### *Derechos reproductivos:*<sup>34</sup>

- *Derecho a la autonomía y autodeterminación del propio cuerpo.*
- *Derecho a la vida:* es el derecho a que se respete la integridad física, psíquica y sexual.
- *Derecho a la procreación.*
- *Derecho a la salud reproductiva.*
- *Derecho a informarse adecuadamente sobre la reproducción humana, sin censura política ni religiosa.*

<sup>33</sup> Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Presentados el 26 de marzo de 2007 en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra y ratificado por la Comisión Internacional de Juristas. Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2> Consultado 9 de mayo de 2020.

<sup>34</sup> El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, de 1994, expone la necesidad de protección de los derechos reproductivos ante la discriminación y la violencia; y reafirma su naturaleza de derechos humanos. Organización de Naciones Unidas. Conferencia Mundial de Población.

- *Derecho al acceso a los servicios sanitarios de salud reproductiva y de planificación familiar.*
- *Derecho al acceso a los avances científicos en materia de reproducción.*
- *Derecho a decidir sobre la reproducción sin sufrir discriminación, coerción o violencia.*
- *Derecho al uso de métodos anticonceptivos e interrumpir el embarazo*
- *Derecho a que no cese la relación laboral de la mujer en caso de embarazo.*
- *Derecho a recibir un pago en concepto de licencia de maternidad o paternidad.*

En el ámbito teórico se justifica la inclusión en los ordenamientos jurídicos de el:

- *derecho a la seguridad y la protección contra la violencia en el ámbito sexual y a la información sobre agresores sexuales,* parte de la obligación del Estado y de las instituciones privadas y públicas de garantizar el acceso a la justicia y la protección;
- *derecho a exigir el cumplimiento de los derechos sexuales en cualquier ámbito: escolar, laboral, familiar, social y a buscar ayuda en las estructuras nacionales e internacionales y;*
- *derecho a que se protejan a los hijos e hijas contra la violencia sexual,* algo congruente con la perspectiva de los derechos humanos.

### 3.1. La protección de la sexualidad en la legislación penal cubana.

El reconocimiento de la sexualidad como un bien jurídico protegido ha sido escasamente utilizado por los operadores del sistema de justicia penal cubano. Este criterio fue se-

guido, excepcionalmente, por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba en su Dictamen No. 412. Acuerdo No. 245 de 10 de diciembre de 2001 sobre la aplicación de los preceptos relativos a la Corrupción de Menores donde utilizó el término “normal desarrollo de la sexualidad”.<sup>35</sup> Sin embargo, la legislación sustantiva ha tomado otros caminos.

El Código Penal cubano vigente, en su Título XI, regula los Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud. El Título está dividido en 4 Capítulos; aunque los bienes jurídicos particulares a cada grupo de delitos están delimitados, es indudable la conexión que se establece a lo interno del Título XI, por los propios caracteres de las relaciones sociales e intereses que protege. Su denominación fue introducida por la Ley No. 1249 de 1973, que elevó notablemente las sanciones imponibles a los delitos de violación, abusos lascivos, pederastia con violencia y corrupción de menores<sup>36</sup> y que modificó el antiguo Código de

<sup>35</sup> V. gr. “pues si del conjunto fáctico declarado probado se pone de manifiesto la realización reiterada de tales actos con un mismo menor, la entrega de dádivas para así comprar su voluntad, la formulación de determinadas promesas o amenazas, u otros actos, de modo que lo vayan encaminando a la desviación, la perversión, o la deformación en el normal desarrollo de la sexualidad, o de su comportamiento social particular que debió y pudo prever el comisor, estaríamos en presencia de un delito de Corrupción de Menores.” Dictamen No. 412. Acuerdo No. 245 de 10 de diciembre de 2001 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

<sup>36</sup> GRILLO, JOSÉ A. *Los Delitos en especie*, Tomo II, Ciencias Sociales, La Habana, 1982, p. 186.

Defensa Social de 1939, el cual agrupaba sus figuras bajo la rúbrica de Delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia.<sup>37</sup> El Código de Defensa Social había sustituido el primigenio término de “honestidad”, y mantuvo el de “buenas costumbres”, ambos usados por el Código Penal Español de 1870, y que fueron criticados por considerarse que cualquier conducta punible era un acto deshonesto y contrario a las buenas costumbres,<sup>38</sup> sin embargo, nada se dijo del carácter sexista y androcéntrico de su contenido, que propugnaba una especie de moral sexual intachable para la mujer, sujeta al control autorizado de la familia, la religión y el Estado, lo cual perpetuaba sus condiciones de vulnerabilidad.

Asua critica el contenido dogmático que se adscribía a la interpretación de estos términos y plantea que: “La tutela de la honestidad ha sido sobre todo la tutela de un determinado orden social donde la identidad de la mujer venía determinada en función de los cometidos atribuidos por razón de su sexo, y su *status* social en razón de su pertenencia a un hombre, y de sus cometidos en el aseguramiento de la descendencia legítima a través del matrimonio.”<sup>39</sup>

La nomenclatura de “delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales”, del Có-

digo Penal cubano vigente sirvió como presupuesto político-criminal y dogmático para identificar el bien jurídico-penal que podía ser amenazado o atacado por conductas de peligrosidad social. Sin dudas constituyó un paso de avance en relación con los criterios moralizantes que predominaban en el Derecho penal cubano anterior, pero no tan radicalmente como planteaba GRILLO, para quien, con el cambio de nombre: “el tabú sexual desapareció también en la legislación penal, como antes había desaparecido en las relaciones sociales y en la educación.”<sup>40</sup>

El cambio en la nomenclatura del bien jurídico-penal particular, recogido en el Código penal cubano, introdujo un elemento subjetivo cuestionado en el ámbito de la sexualidad humana, pues “el normal desarrollo de una relación sexual” es difícil de delimitar si se constata que cada individuo tiene una forma propia de desarrollar esta relación, o sea, una manera especial de expresar su sexualidad y de entender lo que considera normal desde su identidad sexual y de género, en específico, desde su atracción sexual, lo que sugiere que el límite a las “normales relaciones sexuales” viene impuesto por la laceración de los derechos de otros individuos y no por los cánones y estereotipos de aquellos que promueven y redactan la ley.

Si el sistema jurídico-penal cubano se sustenta y legitima en la necesaria protección de bienes jurídico-penales, es preciso delimitar, atendiendo a la forma en que se concibe en la actualidad la sexualidad humana y las relaciones sociales en torno a su ejercicio, si el

<sup>37</sup> MARTÍNEZ, José A. *Código de Defensa Social*, Jesús Montero Editor, La Habana, 1939, p. 99.

<sup>38</sup> Vid. GRILLO, José A. *op. cit.*, pp. 183 -184. REGA, Elia. *op. cit.*, p. 248.

<sup>39</sup> ASUA, Adela. “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico”. *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, EMAKUNDE, Vitoria-Gasteiz, 1998, p. 50.

<sup>40</sup> GRILLO, José A. *op. cit.*, p. 185.

bien jurídico penal que referencia el Código es suficiente tanto para limitar los excesos del *ius puniendi* como para abarcar las formas de violencia sexual más significativas que afectan a la sociedad cubana y que deben ser recogidas en forma de figuras delictivas.

Según el análisis realizado no existe una total protección a la sexualidad humana y, por tanto, quedan desprotegidos, de manera integral, los derechos sexuales y reproductivos, debido a una mirada estrecha y estereotipada del bien jurídico-penal que se traduce al contenido hipotético y estructural de los tipos penales.

Uno de los ejemplos de carencia de sistematicidad dogmática ocurre en relación con el delito de Estupro,<sup>41</sup> que en sus orígenes fue concebido para proteger el honor del padre de la “agraviada”, sin embargo, esta antigua visión trasciende en la ley sustantiva cubana hasta nuestros días y se reafirma cuando ubica este delito, que constituye esencialmente un acto de carácter sexual con mujer de entre 12 y 16 años, bajo la rúbrica de los “Delitos contra el normal desarrollo de la familia”, y no aparece entre los tipos penales que protegen el normal desarrollo de las relaciones sexuales, lo que desnaturaliza el bien jurídico individual que pretende proteger.

Se le suma que la persecución del Estupro requiere de un requisito de procedibilidad preceptuado en el apartado 2 del artículo 309,

que roza la discriminación, ya que resulta relevante que sea el representante legal quien tenga la potestad de establecer la denuncia correspondiente por el Estupro y también de desistir de ella, sin importar el criterio de la víctima, denominada legalmente “persona agraviada”.

El requisito de procedibilidad limita la intervención personal de otros actores sociales y dificulta la persecución penal en caso de que los hechos pretendan ser puestos en conocimiento por vías indirectas, o sea, mediante comunicación telefónica, correspondencia, documento anónimo o autografiado, correo electrónico u otros medios.

Otro ejemplo que ataca la sistematicidad del Código penal cubano y evidencia la fragmentación de los bienes jurídicos es la ubicación del Capítulo IV, que reúne un grupo de conductas bajo el nombre de Aborto Ilícito, pero pertenece al Título VIII de los Delitos contra la vida y la integridad corporal, lo cual dificulta el enfoque de salud y de género que requieren los delitos contra los derechos reproductivos, aunque sean pluriofensivos y, en algunas de sus variantes, ataquen la vida y la integridad corporal.

El capítulo IV es de mayor contenido que lo referente al aborto forzado, que destaca por su exclusivo carácter de imposición o contraposición a la voluntad de la mujer embarazada, ya que incluye actos bajo el consentimiento y voluntad de la grávida.

Con un breve ejemplo se ilustra uno de los desatinos legislativos contenidos en este capítulo. El artículo 270 contiene una conducta muy difícil de determinar en la realidad porque

<sup>41</sup> **ARTÍCULO 305.** El que tenga relación sexual con mujer soltera mayor de 12 años y menor de 16, empleando abuso de autoridad o engaño, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año.

presupone la realización intencional de actos de fuerza, violencia o lesiones sobre una mujer embarazada, conociendo su estado de gravidez, que provocan el aborto o la muerte del embrión, pero “sin el propósito de causarlo”, lo cual introduce elementos de imprudencia, que desvirtúan el resultado aborto del feto o embrión y cuya sanción es de privación de libertad de uno a tres años, lo cual no se corresponde con los marcos establecidos para los delitos de igual naturaleza lesiva.

Este hecho introduce una gran polémica porque pretende configurar un delito de aborto ilícito imprudente que acontece como resultado de actos de fuerza, violencia o lesiones sobre la grávida, provocados por una persona que conoce de su embarazo, es decir, es un delito en que el resultado lesivo contradice la naturaleza de la acción típica y la intención del sujeto agresor. Parece increíble que el legislador introduzca la duda acerca de la naturaleza intencional de los actos de ejecución, para poder observarlos como un elemento casual al resultado y no causal.

¿Por qué el legislador no estableció la figura delictiva intencional y dejó este supuesto *sui generis* para ser observado por la regla general de adecuación de la sanción para los delitos imprudentes contenida en el artículo 48, apartado 1 del Código Penal cubano?<sup>42</sup> Quizás por su evidente inaplicabilidad.

<sup>42</sup> **ARTÍCULO 48.1.** Los delitos por imprudencia se sancionan con privación de libertad de cinco días a ocho años o multa de cinco a mil quinientas cuotas. La sanción no podrá exceder de la mitad de la establecida para cada delito en particular, salvo que otra cosa se disponga en la Parte Especial de este Código o en otra ley.

Este es un delito cargado de sexismo y fruto de la dudosa protección que el Derecho Penal patriarcal provee a las mujeres. En caso de no producirse el aborto, esta conducta puede quedar impune o subsumida en la escala de las lesiones, ya que no existen mecanismos legales para reconocer objetivamente otras formas de violencia de género o intrafamiliar.

Este supuesto puede integrar una figura básica de peligro concreto que sancione a quien, conociendo su estado de gravidez, ejerza fuerza, violencia o produzca lesiones a una mujer embarazada. Puede acompañarse de una figura derivada que suponga la agravación de la pena en caso de aborto, muerte del embrión o feto u otra consecuencia lesiva.

Muchos son los ejemplos de la legislación penal sustantiva cubana, pero cuestiones de espacio impiden que sean expuestos de forma exhaustiva. Lo más importante es que han sido visibilizados gracias a la introducción de un enfoque de género y generacional en el campo jurídico, lo cual ha permitido encontrar las herramientas cognitivas para mirar el Derecho desde un ángulo crítico y descubrir los aspectos que impiden una verdadera igualdad ante la ley y en la propia ley.

### **3.2. Pequeños avances del Código Penal Federal mexicano.**

El Código Penal Federal mexicano presenta algunos avances significativos en la estructura sistemática que ayudan a reconocer las motivaciones del legislador y el contenido de los bienes jurídicos que pretende proteger desde sus lineamientos de Política criminal. Un bre-

ve repaso puede ayudar a captar la idea que se expone.

En su Título Séptimo enmarca a los Delitos contra la salud dedicando el Capítulo II al peligro de contagio de enfermedades transmisibles entre las que incluye aquellas vinculadas a las relaciones sexuales, lo cual es una primera línea de protección a los derechos sexuales y reproductivos.

El Capítulo III hace referencia directa a los Delitos contra los derechos reproductivos, tal y como se aconseja en este artículo, siendo atinado que estas figuras delictivas se agrupen bajo el rubro de la salud y no en los delitos contra la vida y la integridad corporal, aunque puedan tener expresión concreta en alguna afectación corporal, porque la salud es un bien jurídico general más abarcador, que integra los enfoques médicos y sociales.

Lo objetable es que las figuras delictivas aquí contenidas tienen una proyección relativamente actualizada hacia cuestiones bioéticas, sin embargo, no hace referencia a cuestiones más tratadas por el Derecho penal y de gran polémica en México, como lo relativo al aborto forzado o ilícito, lo cual genera una problemática muy vinculada a los servicios de salud, pero sigue regulado con el término simple de Aborto en el Capítulo IV del Título Decimonoeno, de los Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal.

El Título Séptimo bis es reconocido con una nomenclatura un tanto enrevesada que dificulta saber con claridad hacia dónde va el criterio legislativo. La denominación de “Delitos con-

tra la indemnidad de privacidad de la información sexual” no se justifica y aporta poco a los fines de prevención general de la norma penal, porque una definición incomprensible para los ciudadanos no tiene la posibilidad de motivar su respeto.

El nombre del Título tiene una correspondencia abstracta con el único Capítulo que recoge, el cual se denomina y, por tanto, prohíbe la “Comunicación de contenido sexual con personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen la capacidad para resistirlo”, lo cual es un ataque evidente a la indemnidad y la privacidad sexual y, en específico, a la autonomía, integridad y seguridad sexual del cuerpo, de víctimas bien delimitadas por las condiciones de vulnerabilidad que propician la menor edad y ciertas discapacidades mentales y físicas.

El Título Octavo reúne, bajo su objetividad jurídica, a un grupo de “Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad,” lo cual crea cierta duda sobre su correcta nomenclatura, ya que antes se había admitido el término indemnidad y no libertad para el caso de las personas discapacitadas o menores de 18 años, significando que puede no existir una total libertad en el proceso de formación de la personalidad.

En su Capítulo I se hace referencia a todas las formas de “Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo,” incluyendo,

entre varias, la corrupción que se genera en torno a la sexualidad.

El Capítulo II apunta directamente a la explotación sexual de menores de edad y preceptúa el delito de “Pornografía” que se complementa con el Capítulo III que prohíbe el turismo sexual, con el Capítulo IV que castiga el Lenocinio y con el Capítulo V sobre la Trata de personas, todos con interés de proteger al mismo grupo de personas vulnerables. Para la protección penal del resto de las personas se utiliza el Capítulo VI, que abarca solo los delitos de Lenocinio y Trata de personas.

El Capítulo VII está dedicado a la punición de los actos de incitación a delinquir, en específico a castigar la “Provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio y de la omisión de impedir un delito que atente contra el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana o la integridad física o mental,” lo cual amplía el catálogo de bienes jurídicos que se pueden afectar con la conducta antijurídica al sumar la dignidad humana y la integridad física o mental como un conjunto nuclear más vinculado a los derechos humanos.

En el Capítulo VIII se describen varias conductas punibles bajo el nombre de Pederastia, lo cual parece exceder el contenido dogmático que históricamente se ha entendido como afín a esta terminología, pero sin desdorar su importancia y alcance normativo.

El resto de los delitos de significación sexual aparecen en el Título Decimoquinto de los Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, el cual pudiera bien agrupar

a los Delitos contra los derechos sexuales, sin embargo, sigue una dirección parecida a la utilizada en el Código Penal cubano, haciendo referencia a la innegable libertad sexual pero incluye el normal desarrollo psicosexual, siendo este un elemento totalmente subjetivo, sometido a cuestionamiento y a múltiples interpretaciones extrajurídicas. En su Capítulo I incluye las figuras delictivas más representativas como el Hostigamiento sexual, el Abuso sexual, el Estupro y la Violación; y en el Capítulo III el Incesto.

Las figuras delictivas que se han señalado en este breve espacio pudieran responder y, de hecho, guardan estrecha relación con la protección de las formas de expresión de la sexualidad humana, considerada un bien jurídico general con capacidad de adherencia a los fundamentos de Política criminal, lo cual sirve de contexto para aunar las conductas antijurídicas descritas en un consenso de que todas atentan contra los derechos sexuales o los reproductivos, concebidos como un bien jurídico-penal en toda regla.

## CONCLUSIONES

Un grupo de limitaciones al conocimiento jurídico con enfoque de género y generacional influyen en que no se hayan desarrollado plenamente las herramientas para identificar la amplitud de los derechos sexuales y reproductivos, para establecer la conexión de estos derechos con el desarrollo pleno de la sexualidad humana y para delimitar que ramas del Derecho, como ciencia, deben encargarse de sus ámbitos de protección como bien jurídico general.

Quizás algunos patrones culturales latinoamericanos nublen el catálogo de conductas que deben ser captadas por el Derecho Penal, en correspondencia con el alcance de los discursos y las intenciones político-criminales; pero mayor perfección del sistema jurídico-penal no garantiza que se cubran todos los espacios de atención a la violencia sexual que es un fenómeno amplio, de contornos indeterminados, sometido a siglos de invisibilización y naturalización.

Como se aprecia, vistos desde un enfoque ecológico, son varios los niveles de protección de la sexualidad humana que se entrecruzan y estos han de ser construidos sobre la base de la visibilización y desnaturalización de las violencias y el empoderamiento de sus víctimas, en un contexto que privilegie la atención multidisciplinar.

Es de reconocer que el núcleo de los delitos sexuales es de carácter personalísimo y tiene como base la protección de derechos individuales, o sea, derechos subjetivos que son la cerados en la relación social que desarrollan la víctima y su victimario, en esencia, son quebrantados los derechos humanos sexuales y reproductivos que dan origen, previo condicionamiento procesal, a la relación jurídico-penal entre el Estado y el sujeto comisor; a partir de que el propio Estado los haya podido considerar como derechos fundamentales, los aúne en forma de bienes jurídicos susceptibles de protección y los materialice en la norma penal de acuerdo a los presupuestos de igualdad y equidad, el enfoque de género, generacional y el reconocimiento de las diferencias.

## BIBLIOGRAFÍA

- ASUA, Adela. "Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico". *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, EMAKUNDE, Vitoria-Gasteiz, 1998.
- ÁVILA, Ramiro. "Género, Derecho y Discriminación. ¿Una mirada masculina?", en *La discriminación de género en el Derecho y sus expresiones en la legislación y en la práctica jurídica*, Serie justicia en clave de género / N.º 1, YAMILA GONZÁLEZ (Compiladora), UNJC, La Habana, 2012.
- BACIGALUPO, ENRIQUE. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Tercera reimpresión, Temis, Bogotá, 1996.
- BALCARCE, Fabián I. "Breve relato sobre la ineficacia de la función político criminal del Bien Jurídico Penal", Centro de investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2016, p. 1. Disponible en: <http://www.ciidpe.com.ar> Consultado 16 de mayo de 2018.
- Declaración del 13avo. Congreso Mundial de Sexología, 1997, Valencia, España; aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, 1999, 14º Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong. Organización Mundial de la Salud. *Promoción de la salud sexual. Recomendaciones para la acción*. Apéndice I.
- EMMENEGGER, SUSAN. "Perspectivas de género en Derecho", *Anuario de Derecho Penal*, Número 1999-2000, España, pp. 43 - 44. Disponible en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1999\\_05.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1999_05.pdf) Consultado 8 de mayo de 2021.
- FACIO, ALDA; FRIES, LORENA. "Feminismo, Género y Patriarcado", *Género y Derecho*, Corporación de Desarrollo de la Mujer, Chile, 1999.
- FERRAJOLI, LUIGI. "Igualdad y diferencia", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2003.
- FONTÁN, Carlos. *Delitos sexuales*, 2da. Edición, Depalma, Buenos Aires, 1953.
- FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad II. El uso de los placeres*. Siglo XXI Editores, 1999.
- FRIES, LORENA. "Lo privado y lo público. Una dicotomía fatal", *Género y Derecho*, Corporación de Desarrollo de la Mujer,

- Santiago de Chile, 1999.
- GRECO, Luigi; GRIMANI, Daria. *La vendita di bambini, la prostituzione e la pornografia minorile*, CE.DI.S. di Stefano Conti Editore, Roma, 2005.
- GRILLO, José A. *Los Delitos en especie*, Tomo II, Ciencias Sociales, La Habana, 1982.
- HASSEMER, WINFRIED; MUÑOZ, FRANCISCO. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- KEVLES, Daniel. *In the name of eugenics: Genetics and the uses of human heredity*, Knopf, New York, 1985.
- La Biblia de estudio. Dios habla hoy*, Sociedades Bíblicas Unidas, Brasil, 2013.
- LACASTA, José I. "Género y ambivalencia del Derecho y de su sistema penal", *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, EMAKUNDE – Instituto vasco de la mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998.
- MARTÍNEZ, José A. *Código de Defensa Social*, Jesús Montero Editor, La Habana, 1939.
- MIR PUIG, Santiago. "Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del *ius Puniendi*", *Estudios penales y criminológicos*, XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, p. 206. Disponible en: <http://www.neopanopticum.com.ar/1/Mir.htm> Consultado 22 de junio de 2021.
- \_\_\_\_\_. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, serie maestros del Derecho Penal, Editorial B de f, Buenos Aires, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*, Decimotercera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Organización Mundial de la Salud (OMS). *Defining sexual health: report of a technical consultation on sexual health, 28–31 January 2002, Geneva*, 2006. Disponible en: [http://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual\\_health/defining\\_sexual\\_health.pdf](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual_health/defining_sexual_health.pdf) Consultado 11 de febrero de 2020.
- OXMAN, Nicolás. ¿Qué es la integridad sexual?, *Revista Jurídica Regional y Subregional Andina* 8, Chile, 2008.
- PACHECO, Gilda et al. *Los derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la formación a la acción*, IIDH, Costa Rica, 2006.
- Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Presentados el 26 de marzo de 2007 en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra y ratificado por la Comisión Internacional de Juristas. Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2> Consultado 9 de mayo de 2020.
- PROCTOR, Robert. *Racial hygiene: Medicine under the Nazis*, Harvard University, Cambridge, 1988.
- REGA, Elia. Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud", Mayda Goite (Coordinadora) *Una visión desde la dogmática a figuras del Código Penal Cubano*, (s.e.), La Habana, 200-.
- TORRES, ISABEL. "La aplicación de la cuota mínima de participación de las mujeres ¿Ficción o realidad?, Un diagnóstico para Costa Rica", Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, Costa Rica, 2001.
- VALENTÍ, I. *Criminales lujuriosos y agresividad psicosexual*, Antonio Virgili, S. en C., Barcelona, 1911.
- Fuentes legales
- Ley No. 1249 de 1973, modificativa del Código de Defensa Social.
- Ley 62, de 29 de diciembre de 1987, *Código Penal de la República de Cuba*. Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, No. 3, de 30 de diciembre de 1987 y puesto en vigor el 30 de abril de 1988.
- Código de HAMMURABI. Códigos legales de tradición babilónica, Versión basada en la edición de Joaquín Sanmartín, Trotta, Barcelona, 1999.
- Código Penal Federal, publicado en la Tercera Sección del Diario Oficial de la Federación, el viernes 14 de agosto de 1931, Poder Ejecutivo Federal. Estados Unidos Mexicanos.
- Decreto-Ley 802, *Código de Defensa Social* de 4 de abril de 1936, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 108 de 11 de abril de 1936, suspendido en su vigencia

por dos años, en virtud de la Ley de 7 de octubre de 1936.  
Dictamen No. 412. Acuerdo No. 245 de 10 de diciembre de  
2001 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Po-  
pular de la República de Cuba.

