



UNIVERSIDAD DE LA HABANA
FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE CURSO

(Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas)

**TEMA: LOS DELITOS DE VIOLACIÓN Y PEDERASTIA CON
VIOLENCIA DESDE UN ENFOQUE DE GÉNERO.**

AUTORA: LESLY VIDAL ALVAREZ.

TUTORA: Dra. ELIA ESTHER REGA FERRAN

LA HABANA, ABRIL DE 2012

“El legislador revolucionario, al proteger este tipo de agresiones sexuales no ha rebasado las fronteras que permiten analizar en el contexto del delito de Violación como sujeto pasivo a cualquier persona, por lo que podrá ser tanto el hombre como la mujer, porque en cualquiera de los dos supuestos, representa un grave atentado al normal desenvolvimiento de sus relaciones sexuales, su libertad de elegir, o su indemnidad”

Elia Esther Rega Ferrán

INDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO 1: NOCIONES GENERALES SOBRE LA VIOLACIÓN, LA PEDERASTIA CON VIOLENCIA Y EL ENFOQUE DE GÉNERO.	
1.1 El delito de Violación, una mirada desde la historia	10
1.1.1 Evolución del delito de violación en las diferentes legislaciones en Cuba.	12
1.2 La Pederastia con Violencia, recorrido de la Antigua Grecia a las concepciones modernas	13
1.2.1 Breve esbozo de la pederastia en la actualidad.	18
1.2.2 La Pederastia, su incidencia jurídica.	19
1.2.3 Concepción de la pederastia en Cuba.	21
1.3 Análisis de la categoría “Enfoque de Género”	21
CAPITULO 2: ANALISIS TEORICO-NORMATIVO DE LOS TIPOS PENALES VIOLACION Y PEDERASTIA CON VIOLENCIA VISTOS DESDE UN ENFOQUE DE GÉNERO.	
2.1 La mujer como sujeto activo del delito de Violación	25
2.1.1 Clasificación del sujeto activo del delito de Violación	28
2.2 El sujeto pasivo en el delito de Violación. Necesidad de la exclusión del tipo penal “Pederastia con Violencia”	31
2.3 El delito de Violación, una mirada desde el Derecho Comparado.	33
2.4 Necesarias modificaciones en el delito de Violación. Propuesta para su redacción en <i>lege ferenda</i>	35
CONCLUSIONES	41

RECOMENDACIONES	43
BIBLIOGRAFÍA	44
ANEXO	49

Introducción

El prolijo mundo jurídico-penal como cualquiera de las manifestaciones del Derecho, lleva implícito un conjunto de cuestiones problémicas que obviamente inciden en la interpretación y aplicación práctica de las categorías e instituciones penales que estén o no reflejadas en las normas jurídicas. Así, atendiendo *prima facie*, a la actualidad de novedosos temas penales y, en segundo lugar a la necesidad de atemperar constantemente las normas de Derecho a las condiciones y circunstancias de la realidad material, lo que *per se* contienen los cambios que se suscitan en la mentalidad de los sujetos de Derecho, es que nos dispondremos a abordar un tema que por sí solo es capaz de desatar y mover las riendas de la polémica, llamar a la reflexión y conducir, donde las diversas aristas que gnoseológicamente han de servir de pauta en el análisis de los problemas y fenómenos jurídicos, un debate rico e interesante entre el gremio de la materia y la sociedad en sentido general. Estamos en presencia, sin dudas, de un tema de una incuestionable actualidad, pues con el simple planteamiento de incorporar a las instituciones jurídicas y su tratamiento lo que se conoce como enfoque de género, partiendo de determinadas razones psicológicas, sociológicas, culturales, morales, técnico-jurídicas, entre otros, corroboran tal afirmación.

Igualmente el tema se torna novedoso pues no son muchos los trabajos que sobre el mismo existen ni los acercamientos que, concretamente, en la doctrina cubana se hayan realizado; y hoy constituye una importante labor realizar el abordaje teórico – normativo de este asunto por los caminos que la sociedad cubana ha decidido transitar, despojándose de ataduras culturales y manifestaciones en cuanto a la categoría género específicamente, y es el género como núcleo el que está presente en cada una de las ramas del Derecho, y de manera particular, siendo lo que nos interesa, en el Derecho Penal, en el que, lo que ha suscitado a través de la historia numerosos conflictos, precisamente porque ha sido vía o puente discriminatorio entre el hombre y la mujer.

En este sentido nos formularemos una serie de interrogantes que nos permitirán dilucidar el tema que abordaremos en las ulteriores líneas, que sin muchas pretensiones está llamado a contribuir con esa necesaria asimilación de la igualdad de género, aún y cuando sea desde la óptica delictiva ¿puede una mujer ser sujeto

activo del delito de Violación? ¿Podrá el hombre ser víctima de un delito de igual naturaleza? ¿Cuál es el fundamento del tipo penal conocido como Pederastia con Violencia? ¿La vulneración del normal desarrollo de las relaciones sexuales ha de supeditarse a una diferencia de género? Resulta pues, más que interesante el hecho de dar respuesta a cada una de estas interrogantes; de ahí que hayamos escogido este tema para dar riendas sueltas al estudio y la investigación, pues tal y como se ha planteado *ab initio* constituye este un tema necesario en los tiempos actuales, no tanto por los propio elementos técnico- jurídicos que la conducta típica de los delitos invocados llevan implícito sino por el valor social, de género y por qué no, cultural que lo cubre. Pareciera muy simple la idea de valorar, por ejemplo si una mujer pudiese violar a un hombre; lo que muchos aducirán: si, perfectamente son capaces de hacerlo; pero, ¿realmente es así? ¿Existen al respecto criterios contrapuestos?

Evidentemente la tarea no es tan sencilla; y no lo es porque su dilucidación no puede encontrarse con sólo abordar el asunto desde la norma jurídica o la práctica. Resulta más que necesario que le aportemos una visión al problema a partir de las herramientas técnicas que encontramos en la iusfilosofía, ¿Cómo conocemos el delito y sus efectos sociales, ¿para nosotros qué esencia tiene este fenómeno?, ¿cómo se inserta la criminología en él? ¿De qué manera entender lo desacertado o no de la regulación penal de los delitos de Violación y Pederastia con Violencia en nuestro Ordenamiento?, ¿A qué se debió esto?

Lógicamente hemos de encauzar este estudio desde una perspectiva gnoseológica diferente a lo que ha tenido primacía en el mundo y en la “cultura occidental”. Una perspectiva que no se enclaustra en las paredes normativas y que necesariamente se caracteriza por su integridad y cosmovisión; que se atempere a los cambios sociales (objetivo y subjetivo) y que permita el equilibrio o sentido común que ha de rodear la explicación y conocimiento de los fenómenos.

Empero todo esto lo podremos lograr toda vez que insertemos las distintas perspectivas del conocimiento: de la doxa y la alethia¹ para amalgamar la virtud, lo

¹ A tenor de ello se ha definido por la doctrina cubana los conceptos de doxa y alethia: “Por doxa entenderemos el llamado saber filodóxico, el cual emana de las vivencias prácticas, rituales y costumbristas, en un sentido o perspectiva de análisis predeterminado, bajo un íntimo ligamen con la práctica cotidiana o común; a diferencia del saber nombrado filosófico o alethia cuya perspectiva de análisis rebasa lo vivencial o ritual y asume la crítica y el cuestionamiento como presupuestos de

común y lo vivencial con lo teórico y de explicación técnico racional. En este sentido serán dilucidadas las interrogantes propias del tema con una mirada integradora, tomando como base la iusfilosofía, hurgando en las intrínquilas teóricas y por supuesto revisando estas cuestiones en la norma y práctica jurídica cubana; por su importancia, novedad y actualidad.

En virtud de él resulta muy ilustrativa la postura adoptada por la experimentada penalista y profesora Elia Esther Rega Ferrán: “la reflexión obligada sobre el tema abordado, y la proclamación de la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer (...) nos evidencia que en materia penal, el legislador revolucionario, al proteger este tipo de agresiones sexuales no ha rebasado las fronteras que permiten analizar en el contexto del delito de Violación, como sujeto pasivo a cualquier persona, por lo que podrá ser tanto el hombre como la mujer, porque en cualquiera de los dos supuestos, representa un grave atentado al normal desenvolvimiento de sus relaciones sexuales, su libertad de elegir, o su indemnidad”²

Estando conteste con los criterios teóricos aportados y valorando como corresponde con la situación problemática en Cuba, proponemos el siguiente:

Problema Científico

¿Qué fundamentos teóricos normativos nos permitirían incorporar a la ley penal sustantiva cubana un nuevo enfoque de género en relación con los delitos de Violación y Pederastia con Violencia, teniendo en cuenta su regulación actual?

A tenor de ello formulamos la siguiente:

Hipótesis:

La necesidad de atemperar la regulación de estos tipos penales a la actualidad obliga a incorporar un nuevo enfoque de género que sobrepase las fronteras discriminatorias entre el hombre y la mujer en relación con los delitos de Violación y Pederastia con Violencia, máxima si tenemos en cuenta que ambos, fusionados en

dicho saber, teorizando lo que en la práctica se manifiesta; y alcanzando ese conocimiento epistemológico o científico.” Vid PALACIOS ORTEGA, Yusuam; Cuestiones teóricas generales sobre el objeto del proceso penal, Tesis presentada en opción al título de Licenciado en Derecho. La Habana, 2011, p.52.

² REGA FERRÁN, Elia Esther; Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud, en Colectivo de Autores: Derecho Penal Especial, Tomo II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, p. 137.

un mismo delito, garantizarán acertadamente la protección de la libertad e indemnidad sexuales.

Nos propusimos el siguiente:

Objetivo General

Determinar qué fundamentos teóricos-normativos nos permitiría incorporar a la ley penal sustantiva cubana un nuevo enfoque de género en relación con los delitos de Violación y Pederastia con Violencia para atemperarlos al Derecho Contemporáneo.

Por último nos planteamos los siguientes:

Objetivos Específicos:

- ✓ Examinar la evolución histórica de los delitos de Violación y Pederastia con Violencia desde una perspectiva de género.
- ✓ Analizar teóricamente la categoría género y las distintas posturas doctrinales a favor de su enfoque en los delitos de Violación y Pederastia con Violencia.
- ✓ Analizar desde el Derecho Comparado la legislación y la práctica jurídicas cubanos los tipos penales Violación y Pederastia con Violencia desde una perspectiva de género.
- ✓ Recomendar, de *lege ferenda*, como debería ser regulado el delito de Violación desde una concepción amplia visto a través de un enfoque de género

En virtud de lo anterior utilizaremos para la realización de esta investigación los siguientes métodos: el **dialéctico-materialista** a los fines de analizar desde la perspectiva marxista los delitos de violación y pederastia con violencia que nos posibilite una adecuada interpretación de los elementos de tipicidad que deben configurarlos a partir de un adecuado y objetivo enfoque de género; el **exegético-analítico** mediante el cual analizaremos la ley sustantiva penal cubana y la presencia en ella del enfoque de género en la regulación de los tipos penales objetos de nuestra investigación; el **histórico-lógico** en virtud del cual podremos sintetizar la evolución histórica de los delitos violación y pederastia con violencia desde una perspectiva de género; el **jurídico-comparativo** que nos permitirá, desde el análisis de la regulación de estos delitos en el Derecho Comparado, evaluar las

ventajas y desventajas de la regulación penal cubana al respecto; y el **análisis-síntesis** de los distintos elementos teóricos que rodean a los delitos violación y pederastia así como al enfoque de género.

Y, por último, las técnicas que serán utilizadas en la investigación son la revisión y fichaje de información bibliográfica, así como de fuentes legales y la encuesta que nos permitirá evaluar los criterios de un grupo de personas sobre los delitos violación y pederastia con violencia, para sostener nuestra hipótesis de atemperar la regulación de estos tipos penales a la actualidad incorporando un nuevo enfoque de género que sobrepase las fronteras discriminatorias entre el hombre y la mujer.

CAPITULO 1

NOCIONES GENERALES SOBRE LA VIOLACIÓN, LA PEDERASTIA CON VIOLENCIA Y EL ENFOQUE DE GÉNERO.

1.1 El delito de Violación, una mirada desde la historia.

La Violación es un acto de constreñimiento de la voluntad, por el que una persona mediante la coacción física o intimidación de cualquier índole, obliga a otra a realizar una conducta sexual que visto desde disímiles criterios puede definirse desde una perspectiva más restringida como acceso carnal y desde una más abarcadora como conducta sexual, siendo esta última, incluyente de otras figuras delictivas que si bien menoscaban el bien jurídico “libertad sexual”³, son acciones encuadradas en otros tipos penales tales como los abusos lascivos y el estupro, por lo que ha sido el primero de estos términos el más utilizado en los códigos penales, definiendo al mismo entonces como la introducción del miembro viril masculino por vía vaginal o anal, no limitándose la Violación solamente a este acceso carnal, yacimiento, acceso sexual, conocimiento sexual o acción sexual como también se le conoce.

³ Resulta loable ya que se hizo alusión al término libertad sexual comentar que en lo relativo al bien jurídico protegido en los delitos sexuales, la doctrina se ha debatido si realmente la “libertad sexual” responde totalmente a la protección penológica dada a las personas que ven constreñido su normal desarrollo a las relaciones sexuales. En este sentido se ha ampliado la terminología del bien jurídico, a nuestro juicio, de manera muy acertada; utilizando no sólo el término libertad sino también indemnidad, en aras de brindarle protección a los incapaces para elegir o consentir el acto sexual y comprender el alcance del mismo. Empero no ha sido unánime la doctrina en este sentido pues el propio Muñoz Conde ha referido que la indemnidad sexual pretende justificar la ampliación o creación de algunos tipos penales que no se ajustan al bien jurídico analizado, haciendo cuestionable su existencia; y respecto a la libertad sexual resalta su preeminencia como bien jurídico que se coloca después de la vida y la salud. Vid: MUÑOZ CONDE, Francisco; Derecho Penal. Parte Especial, 13 edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 195-199. En nuestros predios la prestigiosa penalista Elia Esther Rega Ferrán ha aducido que si bien el término libertad sexual ha alcanzado una preeminencia resulta que en lo relativo a delitos sexuales no debe reducirse la protección a quienes estén en condiciones de dirigir su conducta, de elegir libremente con quien y cuando mantener relaciones sexuales; que por ello el término de indemnidad sexual viene a proteger a aquellas personas que como sujetos pasivos carecen de la libertad sexual, ya sea provisional o definitiva, como en el caso de los menores o de los incapaces y deficientes mentales. En este sentido el actual Código penal titula como bien jurídico el normal desarrollo de las relaciones sexuales y al decir de Rega Ferrán: “(...) incluye tanto la libertad del sujeto de elegir de forma autónoma en el ámbito de la sexualidad lo referente a la excitación y satisfacción sin traspasar las barreras del derecho penal, así como elegir su pareja, determinar la opción sexual que prefiera en cada momento, al referirnos a los adultos capaces; y en el caso de los menores o incapacitados para comprender el alcance de sus acciones y/o dirigir su conducta, o incapacitados para resistir, que no se vulnere su derecho a un desarrollo adecuado sin injerencias que afecten un adecuado proceso de socialización.” Vid REGA FERRÁN, Elia Esther; Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales...ob.cit, p.123.

Es imprescindible resaltar que en el mundo penal, el tema más discutido en la doctrina con respecto a los delitos que profanan la libertad sexual, consiste en dilucidar si es posible la inclusión de la mujer como sujeto activo de tal delito, proposición que se podría ver limitada por el mencionado término acceso carnal, pero a su vez teoría que de ser desdeñada traería consigo un irremediable vacío normativo en nuestras normas sustantivas penales, tema que será abordado con profundidad más adelante, por la posibilidad de prever además la realización de otras conductas que trataremos a posteriori para un mayor análisis, y su posible inclusión en nuestra norma penal sustantiva, tales como: la introducción de objetos, de otras partes del cuerpo y la admisión de la *fellatio in ore*.⁴

Claro está que aún y cuando la Violación tiene características esenciales tomando como punto de partida el mencionado término, ha variado lo que entender o no como tal desde la antigüedad hasta la actualidad. Así tenemos que en **Babilonia**, el Código de Hammurabi hacía alusión a la falta de independencia que tenía la mujer, diciendo que era o una virgen prometida o una mujer casada, por lo que si se violaba a una señorita, el sujeto era ajusticiado y a la joven se le consideraba inocente como es lógico, hecho que difería si la abusada sexualmente era una mujer casada, la cual en vez de verse como víctima se victimizaba, en tanto se convertía en tan culpable como el sujeto activo de delito al ser considerada una adúltera, recibiendo como castigo entonces que le tiraran al río junto con su agresor. Si el marido lo deseaba por considerar que la mujer no había tenido una cierta responsabilidad en el hecho, podía sacarla del agua.⁵

Algo no muy distinto sucedía en **Israel**, pues en la cultura Hebrea la mujer casada víctima de este delito era también culpable por considerársele adúltera e irremediabilmente deshonrada.

El **Derecho Romano** ofrece como antecedente la importante *lex de vi pública* que castigaba con la pena de muerte la unión sexual violenta con cualquier persona, recordemos entonces que no se incluye en este espectro a los esclavos, quienes

⁴Frase en latín, introducción del miembro viril masculino en la boca de otra persona, coito oral.

⁵Vid en Wikipedia 2010. Trabajo sobre la Evolución Histórica de la Violación. <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/030316154012.html>.

eran visto como no más que una cosa que podía por ende ser utilizado por su dueño en la forma que este determinase.

En **Egipto**, por su parte se castraba a aquel que violase a una mujer, teniendo su fundamento en el Código de Manú.

En la **Antigua Grecia** el violador debía pagar una multa, y en caso de que fuese rico y noble otorgarle la mitad de sus bienes, sin contar que tenía la obligación de casarse con ella si así esta lo deseare, so pena de aplicársele la pena de muerte.

El **Derecho Canónico**, hacía un culto al himen, por lo que solo conoció como Violación o *stuprum violentum* la violencia carnal contra una mujer virgen y rechazaba la tipicidad del delito si la víctima era una mujer ya desflorada.⁶

En el **Derecho Penal español** la Violación fue castigada con la muerte en el Fuero Juzgo y en las Partidas. Pero a partir del Código Penal de 1822, se reprimió con sanciones de privación de libertad, hasta llegar al Código de 1870, que fijó la pena de privación de libertad (que iba desde un mínimo desde 12 años y un día hasta 20 años)

1.1.1 Evolución del delito de Violación en las diferentes legislaciones en Cuba.

Debemos partir, para referirnos a la evolución de la Violación en Cuba de las regulaciones de dicho delito en el Ordenamiento Jurídico español, extensivo a Cuba en la época colonial. En el Derecho Penal español, la violación fue castigada con la máxima pena en el Fuero Juzgo y en las Partidas. Pero a partir del Código Penal de 1822, se reprimió con sanciones de privación de libertad hasta llegar al código de 1870, el que se extendió a Cuba en 1879, fijándose en él la pena de reclusión temporal que iba desde un mínimo de 12 años y un día hasta 20 años.⁷

En Cuba el Código de Defensa Social de 1936 que comenzó a regir en 1938 al regular estos delitos bajo el título “ buenas costumbres” estableció una sanción de

⁶ Ibídem

⁷ Vid GRILLO LONGORIA, José Antonio. Los delitos en especie. Tomo II, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1982, p 190.

de 2 a 10 años de privación de libertad, reservando la sanción de 4 a 12 si se sustraía a la mujer de su domicilio o se cometía por dos o más personas de común acuerdo, luego del triunfo revolucionario de 1959 se hubo de esperar un número importante de años para transformar los preceptos de la legislación, pues como es lógico la urgencia radicaba en la modificación de los delitos contra la Seguridad del Estado.

En este sentido hubo de promulgarse la Ley 1249 de 1973 en la que el pueblo tuvo una importante participación se innovaron muchas cuestiones de índole sexual, recogándose bajo el título “ Normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud”, norma donde aumentan estas sanciones por considerarse el delito de Violación una conducta antisocial abominable y repudiable, inconcebible en la conciencia social de nuestro pueblo, por lo que se fija para este delito una nueva sanción de privación de libertad de 4 a 12 años (artículo 482A) y de concurrir determinadas circunstancias señala sanción de 15 a 30 ó muerte, teniendo especial significación la sanción de 5 a 30 años ó muerte si la víctima tenía menos de 12 años (ARTÍCULO 482C).

La actual Ley 62 fue resultado de las experiencias acumuladas de la aplicación del Código penal de 1979 (Ley 21) demostrado que el Derecho ha de ajustarse continuamente como expresión de los cambios que se suceden en las condiciones socioeconómicas y más aún si se trata de un proceso revolucionario como el nuestro, teniendo como objetivo principal una mayor y más eficaz adecuación de la justicia penal.

1.2 La Pederastia con Violencia, de la Antigua Grecia a las concepciones modernas.

La Pederastia con Violencia recogida en nuestro Código Penal en la Sección segunda correspondientes a los delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, específicamente en el artículo 299, no ha sido objeto de pocas críticas en la actualidad ; ello se debe a que parte mayoritaria de la doctrina considera que, entre otras razones que señalaremos con posterioridad, “Pederastia con Violencia” es un término que goza de parquedad y poco vinculación para con su sentido etimológico. Si realizamos un análisis de ello, tenemos que *Pederastis* viene del

Griego *paiderastes* y sus raíces *paidós* que significa niño y *erastés*, amante, por lo que es afición o amor a los niños⁸

Al hablar de dicho término sería poco factible hacerlo sin referirnos el origen del mismo correspondiente a la antigua Grecia, donde la Pederastia era la relación entre un joven adolescente (erómeno) y un hombre adulto (eraste) los cuales no pertenecían a una familia próxima; lo anterior surge como una tradición educativa y de formación moral de las clases aristocráticas, la Pederastia se refería al amor erótico entre estos sujetos, válgase resaltar que en la antigua Grecia era normal que un hombre se sintiese atraído por la belleza de un adolescente, incluso mucho más que por una mujer⁹. Esta relación entre erómenos y erastes formaba parte de la cultura griega, donde lo corriente era que el joven mantuviese esta relación hasta que alcanzara la madurez, siendo la diferencia de edad similar a la que se daba entre los cónyuges matrimoniales donde la jovencita debería estar entre los 15 y 18 años, diferenciándose de aquellos cuya edad era de 25 años, por lo que no nos resulta para nada extraño que no se les permitiera la entrada al gimnasio (lugar de gran trascendencia para este tipo de relaciones) entre los 18 y 25 años, edad entre la juventud y la madurez.

La Pederastia en Grecia no se practicaba de igual forma, en algunas zonas se unían el adolescente y el hombre formalmente y vivían juntos, en otros, se convencía con regalos a los jóvenes para que mantuvieran una relación de noviazgo; es decir, diferían en los rituales, en las formas de convivencia y el grado de intimidad que alcanzara la pareja, lo cual se hacía depender de las regiones y períodos en que se llevaran a cabo. Lo cierto es que aún y con matices disímiles tenía características comunes que en todo caso se identificaban con el fin de la Pederastia, no siendo más que el de convertirse el eraste en una especie de tutor legal, mentor y amigo del erómeno, tomando incluso estatus de un familiar masculino.¹⁰

⁸ REGA FERRÁN, Elia Esther; Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales...ob.cit, p.137.

⁹ Vid en *Homosexuality in Greece and Rome*, by Thomas K. Hubbard; U. of California Press, 2003. ISBN.

¹⁰ Thomas K. Hubbard, *Homosexuality in Greece and Rome: a sourcebook of basic documents in translation*, University of California, 2003

El objetivo, entonces, pudiésemos colegir que era de índole político y pedagógico, la forma que la élite masculina tenía de traspasar su sabiduría y valores a sus amados, por lo que no era una simple relación, sino aquella esencial para el sistema social y educativo.

Tal vez por ello los padres de los erómenos oraban porque sus hijos fuesen atractivos para así cautivar la atención de los hombres, y claro está, para llamar la atención de un eraste había que cumplir con una serie de características, a saber: bello, bueno, valiente, justo y modesto; ligado esto a que fuese recatado el chico y no se dejara cortejar con facilidad. Sería prudente recordar que ser galanteada o enamorada, no era una posibilidad que tuviesen las jóvenes de la Grecia Antigua, ya que sus matrimonios eran negociados por sus padres.

El vínculo existente entre ambos también estaba basado en el deseo y el amor lo cual podía tener una expresión sexual aún y cuando lo más importante, como ya se expresó, eran los intereses políticos de ambas familias. La amistad entre ambos no dejaba de ser esencial, de ahí la frase de Platón: «Un amante es el mejor amigo que un chico tendrá nunca»¹¹.

En la pederastia, influía decisivamente la práctica del deporte, y el gimnasio era el espacio idóneo que tenían los hombres y adolescentes para conocerse y hablar de sus intenciones; téngase en cuenta también, que los deportes se realizaban al desnudo, lo cual además de ser un culto al cuerpo y al erotismo entre entrenador y atleta, era el espacio ideal para dar sus enseñanzas de filosofía y guerra pues no podemos perder de vista que el objetivo de la Pederastia era pedagógico, al perseguir en la formación de los erómenos la creación de ciudadanos de prestigio y bien. La mencionada preparación para la guerra que el erómeno debía recibir tenía como fundamento que la Grecia antigua se veía envuelta en no pocas guerras, por lo que era muy importante la destreza militar que se adquiriese, cultivando por ende el valor y la maestría guerrera; preparación que claro está, corría a cuenta del eraste para con su erómeno. En el ejército, erastes y erómenos luchaban juntos, por lo que se decía, que un ejército compuesto por amantes sería invencible, como lo fue la

¹¹ Vid en Platón, Fedro 231 en Pederastia en la Antigua Grecia. Wikipedia 2010

Batalla de Queronea la Tropa Sagrada de Tebana, un batallón de ciento cincuenta parejas de guerreros que luchaban junto a sus amados.

En cuanto al importantísimo aspecto sexual de estas relaciones pederastas, de acuerdo con las fuentes antiguas variaron muchísimo; algunas relaciones eran reconocidas como de amor puro y casto, mientras que en otras regiones existieron parejas incluso acusadas por mantener sexo anal, como es el caso de Esparta en el que se esperaba que los intercambios amorosos pararan justo antes de su consumación, permitiendo hasta tocamientos y abrazos.¹²

En este orden K.J. Dover asegura¹³ que se consideraba poco masculino que el erómeno sintiera deseos por el erastes (lo que no quiere decir que no sucediese con frecuencia). Esta teoría que defiende Dover ha sido rechazada de plano en la actualidad, tomando para ello como prueba las pinturas en las vasijas en las que se representaban las costumbres pederastas de la antigua Grecia, donde en gran parte de ella se representa como el eraste toca el miembro viril del erómeno a lo que este responde estimulándose sexualmente. Lo cierto es que en la antigua Grecia sucedía todo lo contrario a lo que señalaba el mencionado autor, y como apuntara Thomas Hubbard el hecho de que un chico se sintiese atraído por los hombres era signo de masculinidad y se inducía a los jóvenes a pasar más tiempo al lado de sus erastes pues se esperaba que de esta forma tendrían más éxitos y serían merecedores de mayor prestigio y valores de masculinidad.

En el aspecto político¹⁴ podríamos decir que el Estado se beneficiaba de estas relaciones pederastas, ya que si el joven cometía un delito no era este el que respondía penalmente, sino su amante. Fuentes importantes indican que estas parejas eran esenciales para la democracia, se comenta incluso que ahuyentaban a los tiranos, porque los vínculos entre ellos eran más importantes que las reglas

¹² Vid en K. J. Dover, Greek Homosexuality, Wikipedia 2010 p. (s/d)

¹³Ibídem

¹⁴ Hay constancia de que muchos líderes políticos tuvieron relaciones con los de su mismo sexo como: Solón, Pisístrato, Hispías, Hiparco, Temístocles, Arístides, Critias, Demóstenes y Esquines de Atenas; Pausanias, Lisandro y Agesilao II de Esparta; Polícrates de Samos ; Hierón y Agatocles de Siracusa; Epaminondas y Pelópidas de Tebas; y Arquelao, Pilipo II y Alejandro Magno de Macedonia.

despóticas. Aristóteles sostenía una idea bastante acertada,¹⁵ y era que los gobiernos apoyaban la Pederastia como un medio de control de la natalidad al considerar que tenía fines no procreativos.

Las prácticas de la pederastia, fueron diferentes en cada una de las polis, caracterizadas estas por la competencia y por qué no, el insulto de dichas prácticas por algunas ciudades, en breve esbozo pudiésemos comentar alguna de ellas:

Atenas: Tenía una legislación detallada sobre el tema atribuible a Solón, el cual se le conoce como un ferviente admirador de estas prácticas entre hombres y jóvenes. En esta región la Pederastia era una costumbre de aristócratas, y se esperaba que los erastes propusiesen amor al chico, mientras que de este y su familia se esperaba que no cediesen con facilidad. Por parte de los plebeyos fue mal vista este tipo de relaciones siendo incluso objeto de burlas.

Calcis: En este lugar en principio la Pederastia no era bien vista, pero en su guerra con Eretria se vieron necesitados de pedir ayuda a Cleómaco, un gran guerrero, el cual trajo consigo a su erómeno. Los habitantes de Calcis sentían gran admiración por este Hombre por ser portador de grandes dones, entre los que figuraban la valentía y coraje, cualidades que contribuyeron insoslayablemente a la Victoria de esta Polis, trayendo con ello también su muerte. A este guerrero incluso le erigieron un monumento *Post Mortem* y sus seguidores comenzaron a honrar la Pederastia a tal punto que se convirtió Calcis en el mayor centro pederasta de la Antigua Grecia.

Jonia: A diferencia de los Dorios, un hombre podía tener muchos erómenos a lo largo de su vida, más sin embargo, tras la anexión de Jonia por Persia la práctica de Pederastia quedó prohibida, y fue considerada como una debilidad moral, para muchos tenía el fiel objetivo de fomentar la amistad entre los hombres.

Creta: Era una vergüenza para un chico no encontrar eraste, tenía la peculiaridad que era el aspecto viril y su valor lo que encantaba los amantes y no su belleza, es aquí donde se implementa el mito de que se debían llevar regalos al padre del chico para congraciarse con él, tal como lo hiciese Zeus con Ganímedes para llevárselo al Olimpo.

¹⁵ Vid en Ateneo, [Banquete de los eruditos](#), p602 en Wikipedia 2010

Esparta: Primeros en poner en práctica el nudismo atlético, se consideraba práctica de los aristócratas, y su implementación era esencia para su formación como hombre libre, Aquí también era deshonroso que un chico no encontrara amante. En este lugar la Pederastia estaba restringida, en el caso que estuviese siendo cortejado por dos hombres honorable, uno rico y otro pobre, debería escoger a este último pues en caso de que no lo hiciese, era condenado por los jueces. Pero la más significativa de las diferencias con las demás regiones era que también se daban relaciones pederastas entre chicas. En Esparta era impensable que se consumara la relación sexual, pues sería algo que un padre nunca haría con su hijo, recordemos que el eraste era el mentor, tutor o casi padre para el erómeno.

Megara: Por las excelentes relaciones que estos tenían con Esparta no difirieron mucho de ellos, incluso, es la ciudad donde más se estimulaba el nudismo atlético, se realizaban competencias como “velocidad desnudos” en los Juegos Olímpicos, y el Primer lugar sería entonces coronado como “vencedor desnudo”; existía además en esta región un concurso o festival de besos en el cual los jóvenes que competían besaban al juez ganando así el que mejor lo hiciese.

Luego de realizar un breve análisis de esta institución allí donde tuvo sus orígenes, se impone que nos hagamos la siguiente pregunta:

1.2.1 Breve esbozo de la pederastia en la actualidad.

Este término en la doctrina actual ha perdido su originario significado, no se trata ya de aquella relación existente entre un adolescente y un hombre en ocasión de existir entre ellos un objetivo mayor que el acceso carnal, ese fin de ser su guía y tutor existente en la Grecia Antigua. Tampoco se ve la práctica de la Pederastia en la actualidad como un motivo de orgullo, prestigio o clase; los sujetos no son erastes y erómenos, no está presente el elemento volitivo, ni tan siquiera se limita a las relaciones homosexuales; entonces ¿que es la Pederastia a la luz del siglo XXI?

Se considera Pederastia a la conducta en la que un menor de edad es utilizado como objeto sexual por parte de otra persona con la que mantiene una relación de desigualdad, ya sea en cuanto a la edad, la madurez o el poder. Se trata de un problema universal que está presente lamentablemente en todas las sociedades

como resultado de una combinación de factores individuales, familiares y psicológicos, con una influencia de tal magnitud que es tendente encontrarlo en la doctrina mayoritaria también con la denominación: Abuso Sexual Infantil.

La Pederastia activa¹⁶, que es aquella que comete el sujeto comisario del hecho, dejando por ende la pasividad a la víctima de tal conducta, es un tema extremadamente delicado en materia penal, pues se pone en riesgo no solo la integridad física de un menor, sino también el desarrollo evolutivo del mismo con consecuencias que en más de una ocasión suelen ser irreversibles, por lo que no cabe duda alguna que es considerado delito en las disímiles legislaciones aún y cuando para ello lo ubiquen de una u otra forma en sus legislaciones es meritorio aseverar que es una acción prevista en los actuales Códigos Penales, brindándole especial atención a la mencionada conducta y previendo para ello penas considerables en aras de evitar o por lo menos aminorar su posible comisión.

Para muchos es preciso hablar de la mencionada institución desde una doble perspectiva: la jurídica y la psicológica, la primera está determinada por criterios de objetividad vinculado al menor o mayor contacto físico que se experimenten entre el sujeto activo y pasivo de la Pederastia; mientras que la segunda alude a las consecuencias que esta puede entrañar estando o no presente la efectiva realización del contacto físico que se mencionaba con anterioridad, pero donde es imprescindible que se produzca el perjuicio en la psiquis del sujeto, lo que puede traer consecuencias a corto plazo (sexualización traumática, pérdida de confianza, indefensión; estigmatización, sentimientos de culpa, vergüenza, etc. Las cuales menoscaban su autoestima) y a largo plazo (trastornos del sueño, aislamiento, fobias, depresión; y la experimentación de conductas distorsionadas debido al desarrollo de su sexualidad en la infancia, tales como son: la promiscuidad y la prostitución)

1.2.2 La Pederastia, su incidencia jurídica:

¹⁶ Se estila asociar la Pederastia Activa a lo que en términos médicos se conoce como Pedofilia, viendo a esta como la excitación derivado de actividades o fantasías sexuales con menores; lo cierto es que debemos tener en cuenta que la mayoría de estos pedófilos solo se quedan en los límites de las fantasías sexuales, y otros lo hacen por frustraciones de alguna índole, por lo que no tienen que ser necesariamente pedófilos. Vid Wikipedia Abuso sexual Infantil

Mantener con cualquier sujeto una relación sexual más que nada constituye un acto volitivo. Cada persona es libre de elegir dónde, cuándo y con quién realizar tal hecho, negar esto sería obviar que se pondrían en peligro un derecho inherente a la personalidad, de la esfera moral, tan importante como el “Derecho a la Intimidad”

El Derecho Penal, sin duda alguna, respeta lo anteriormente mencionado; claro está, siempre que no colisione esto con alguno de los bienes jurídicos por él protegidos; lo cual significa que atendiendo a la dicotomía existente entre los bienes jurídicos y su jerarquía de protección por el Derecho Penal, la materialización de un derecho no puede vulnerar la protección de otro. Es por ello que “la falta de voluntad”, en este caso, sería el único factor por el que una relación sexual pasaría a ser de interés para el derecho de última ratio. Este se expresa a través de tres razones fundamentales: por la falta de consentimiento expreso, por la incapacidad del menor a causa de la edad, y porque su consentimiento esté viciado por engaño, dolo, etc. En el segundo de los casos, es válido aclarar que se convierte *ipso facto* en Pederastia, aclarando lo anterior pues de esto es eco la mayoría de los Códigos Penales de diversos países del mundo consultados por la autora.

No poca aceptación ha tenido el tema en el Derecho Internacional, lo que se manifiesta a través de sus instrumentos los tienen al niño como punto neurálgico tales son: Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁷, Convención Iberoamericana de Derechos de la Juventud¹⁸, y convención sobre los Derechos del Niño.¹⁹

¹⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 19. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del estado.

¹⁸ Convención Iberoamericana de Derechos de la Juventud

Artículo 11. Derecho a la protección contra el abuso sexual. Los Estados partes adoptarán las medidas que sean necesarias para evitar que la explotación, el abuso o el turismo sexual o de cualquier otro tipo de violencia o malos tratos de los jóvenes y promoverá la recuperación física, psicológica y económica de las víctimas.

¹⁹ Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas) Artículo 19 1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

1.2.3 Concepción de la pederastia en Cuba.

Hasta el momento habíamos visto como desde la Antigua Grecia hasta la actualidad había sufrido mutaciones importantes el término en cuestión, en la primera, era la relación homosexual entre menores de edad y hombres aprobado por la sociedad, con trascendencia en la vida política, militar y cultural de la región por su finalidad pedagógica; en la segunda vista ya como delito siendo equiparado al abuso sexual infantil, considerándose como tal la conducta en la que se utiliza un menor como objeto sexual con otra persona que posee una desigualdad con respecto a este.

Aún con sus diferencias sustanciales se mantiene hasta aquí la Pederastia como una relación en la que la incompatibilidad de edades juega un papel primordial, derivado de ello entonces conductas permitidas o no en un contexto determinado, es entonces este elemento el que varía. Pero estos matices comunes no son los presentes en la Pederastia de nuestra Cuba actual, entonces ¿qué es considerado como tal? ¿qué es lo que intenta expresar el artículo 299 del Código Penal cubano al establecer el término Pederastia activa?

El delito de Pederastia con Violencia en nuestro Ordenamiento Jurídico, *contrario sensu* a lo que de toda lógica pudiese colegirse, es aquella relación sexual privada de consentimiento en el que por mandato expreso de la norma su sujeto pasivo debe ser obligatoriamente un hombre sea cual fuere su edad. Salta entonces la duda de qué entender por lo expresado en el Código Penal “el que cometa actos de Pederastia activa” a lo que se le ha buscado la solución equiparándola a la Violación y entendiéndola como el acceso carnal de un hombre para con otro.

1.3 Análisis de la categoría “Enfoque de Género”.

Artículo 34 Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

1. La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
2. La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
3. La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 36: Los Estados partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar

Toda sociedad tiene un paradigma de cómo debe ser un hombre y como debe ser una mujer. Nuestra cultura fomenta estos modelos y enseña determinadas actitudes, conductas y valores, creencias y necesidades, mientras que otras son condenadas y sancionadas limitando nuestra forma de ser, pensar, evaluar y sentir, con ello genera un sistema jerárquico, desigual y discriminatorio entre hombres y mujeres: modelos estos que han sido aceptados, formando parte ya de nuestra forma de vida en sociedad. El Derecho Penal para proteger los intereses de la mujer de manera global, atribuye una significación a esta como ser social, es decir a la estructura de género. Esta idea viene a señalar que si bien el sexo está dotado de todo un contenido biológico, el género le concede un contenido social.

Tenemos entonces que por sexo²⁰ entenderemos cuestiones físicas, externas, ópticas, biológicas, asociado a los órganos sexuales de las mujeres y los hombres; en cambio concebiremos por género, cuestiones relacionados a la esfera cultural y mayormente de índole social, será ni más ni menos que lo que la colectividad identifica correspondiente a lo femenino y lo masculino, lo que atribuye como comportamientos, valores, responsabilidades adecuados para cada uno de los sexos ocasionando esta distinción una verdadera desigualdad entre hombres y mujeres. Se aduce que el enfoque de género se transmite de generación en generación y es cambiante según la época y el lugar. Tiene este enfoque además características²¹ propias, tal es el caso de:

La jerarquización: Implican relaciones de poder asimétricas que oponen lo femenino a lo masculino, a través de un sistema de dominación que promueve la subordinación y la exclusión de la mayoría de las mujeres y de algunos hombres.

Se produce en lo cotidiano: se siente, se piensa y se vive en función del género durante todo el día: en la calle, en la casa, en la escuela, con los amigos, con personas conocidas o desconocidas.

²⁰ Enfoque de género (www.e-mexico.gob.mx/wb2/eMex/eMex_El_principio_o_erase_una_vez) consultado el 28 de enero de 2012, 9:17am.

²¹ Ibídem

Variable: Según la cultura, etnia, edad, grupo social, religión, relaciones familiares y comunitarias, mujeres y hombres vivimos de manera diferente el “deber ser” masculino o femenino. No es lo mismo ser mujeres u hombres si somos personas jóvenes o adultas, si vivimos en la ciudad o en el campo, si somos indígenas, afro descendientes o mestizos, o si nacimos en Francia, Perú, México o Venezuela.

Relacional: Es decir, involucra tanto a hombres como a mujeres en relación unos con otros, no de manera separada. Las diferencias de género se evidencian cuando interactuamos.

Modificable: Como toda construcción social y cultural, de la misma forma que se construye y se aprende también se puede desconstruir eligiendo ser y vivir como hombres y mujeres de manera diferente a los modelos tradicionales establecidos.

El enfoque de género masculino queda entonces asociado a la fuerza, la inteligencia, la valentía, se les enseña a cargar sobre sus hombros la moral de la familia, imponer el respeto y tener capacidad de trabajo y mando; mientras que lo femenino se relaciona a las emociones, lo maternal, lo emotivo y lo intuitivo, reservándose a ellas la aspiración de ser madres, ser honestas, ser sacrificadas a su familia y apoyar indubitablemente a su esposo. Este etiquetamiento de lo que deben ser las conductas para uno u otro sexo tiene como núcleo central que invariablemente se ha hecho de forma desigual, de manera desventajosa siempre para las mujeres.

A través de la historia hemos constatado el papel que le ha correspondido vivir a la mujer frente a la sociedad, lucha que hasta hoy no cesa y que aún y cuando los logros alcanzado por ellas hubiesen sido impensables en otras épocas (patria potestad, salario, leyes que protegen la violencia intrafamiliar), lo cierto es que en materia de igualdad falta mucho por conquistar. En Cuba estos logros tuvieron su máxima expresión con el Triunfo Revolucionario de 1959 y actualmente podemos enorgullecernos de contar con un marco jurídico favorable, aún y cuando por desdicha no sea suficiente, ejemplo de lo cual son fieles representantes los delitos de Violación y Pederastia con Violencia.

Para una parte minoritaria de la doctrina (entre ella la española antes de que realizaran la reforma en la que se incluye al hombre como sujeto pasivo de la Violación) este delito es el que comete un género contra otro, es decir el género masculino contra el femenino, tratándose de un comportamiento aprendido por los hombres como una forma de mostrar y ejercer su poder por medio de la sexualidad. La idea que debe predominar, debe ser la de conseguir una igualdad real y legal pues la una sin la otra no debería significar una verdadera victoria para las mujeres. Esta equiparación podría ayudar a superar determinadas interpretaciones de género en los discursos jurídicos. Esta modificación se logró en España en 1995 bajo el objetivo de avanzar en el camino a la igualdad real y efectiva tratando de cumplir la tarea que impone la Constitución a los poderes públicos.

Si bien el Código Penal no es el instrumento para llevar a cabo esta tarea, puede contribuir a ella eliminando regulaciones que son obstáculos para su realización frente a situaciones discriminatorias. Con una nueva regulación de la violación en nuestro país, se adecuaría el tipo penal al bien jurídico protegido, que no es la libertad sexual ni de la mujer ni del hombre, sino la de ambos.

CAPÍTULO 2

ANÁLISIS TEORICO-NORMATIVO DE LOS TIPOS PENALES VIOLACION Y PEDERASTIA CON VIOLENCIA VISTOS DESDE UN ENFOQUE DE GÉNERO.

2.1 La mujer como sujeto activo del delito de Violación.

La necesidad de superar las desigualdades de género no puede ser en la Cuba de hoy un eslogan a repetir carente de contenido, máxime si se pone en peligro valores y principios de una sociedad socialista como la nuestra que proclama a ultranza la igualdad, desdeñando por ende toda discriminación por motivo de raza, color de piel, sexo, etc. Este derecho le viene otorgado a nuestros ciudadanos a través de la Carta Magna de la República cubana.²²

El errado enfoque de género que hace gala en los “delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales”, encuentra su máxima expresión en los delitos de Violación y Pederastia con Violencia, lo que hace pensar que el legislador al redactar los artículos 298 y 299 del Código Penal, obvia el esfuerzo que desde el Triunfo Revolucionario de 1959 hace el Estado por crear las condiciones que proporcionen la eficacia del principio de igualdad.

Para comenzar este análisis sería válido señalar que la Violación puede verse desde dos perspectivas, una amplia y otra estricta, la primera, aquella en la que se admite que tanto sujeto activo como pasivo puedan ser de géneros iguales o diferentes (aceptando por ende las relaciones homosexuales), consiente además la introducción de objetos, incluso la *fellatio in ore*; por su parte la segunda no admite estas dos últimas modalidades y encuadra estas conductas solamente para las relaciones heterosexuales.

Contrario sensu a lo reflejado en la mayoría y casi unánime regulación de los códigos penales del mundo consultados por la autora²³, Cuba se acoge a la

²² Artículos del 40 al 44 de la Constitución de la República de Cuba

²³ Vid en este sentido los Códigos Penales de los países: Bolivia, Chile, Colombia, Cuba, Nicaragua, Perú, Venezuela, Costa Rica, Ecuador, Argentina, EL Salvador, Guatemala, Honduras Panamá, Paraguay, Uruguay, Brasil, República Dominicana, España y Alemania.

concepción estricta, debido a que el legislador solo previó expresamente la tipificación de tal delito para cuando la víctima fuese una mujer, ubicándola entonces como único sujeto pasivo y reservando la Pederastia con Violencia para la misma conducta esta vez cometida en detrimento de la libertad sexual masculina.

Haciendo referencia ahora al sujeto activo debemos hacer mención a un vocablo que consideramos punto medular de análisis pues este nos hará comprender quienes pueden o no ser penalmente responsables como autores en tal delito. Nos referimos entonces al término acceso carnal, es decir a “la penetración de los órganos genitales del sujeto activo en cualquiera de los esfínteres²⁴ del sujeto pasivo, el acceso carnal es, por tanto, sinónimo de coito, lo que supone un sujeto accedente y otro accedido.”²⁵

El ilustre profesor chileno Raúl Carnevali Rodríguez apunta²⁶ que el sujeto activo del delito en cuanto al término acceso carnal no es tan fácil como parece de dilucidar, para él quienes piensan que el hombre es el único que puede acceder carnalmente avizoran el fenómeno desde una visión formalista y adolecen de la realización de una interpretación teleológica, los cuales llenan de contenido el término a través de una superficial interpretación gramatical, pues reconoce que aún y cuando esta hace falta para desentrañar el contexto en que se sitúa el interprete de la norma, hay que adentrarse en el contenido y no realizar en análisis frío y superficial de la normativa si de veras queremos llenarla de significado. Para el insigne catedrático lo primero que tenemos que tener presente es qué es lo que se pretende descubrir con la interpretación: la voluntad del legislador (subjetiva) o la voluntad de la norma(objetiva), acogándose a esta última, por lo que alega que para este análisis es necesario reflexionar respecto a cual es el bien jurídico que se pretende tutelar.

²⁴ Músculo anular con que se abre y cierra el orificio de una cavidad del cuerpo para dar salida a algún excremento o secreción, o para retenerlos; p. ej., el de la vejiga de la orina o el del ano.

²⁵ GRILLO LONGORIA, José Antonio, Delitos en especies pág. 190-191 En virtud de ello Rega Ferrán ha aducido que son varias las definiciones que equiparan el acceso carnal a términos como yacer, contaminación corpórea, conjunción, coito *strictu sensu*; siendo esta última la asumida por el tipo penal, al escoger del término acceder la acepción de penetrar. Vid REGA FERRÁN, Elia Esther; Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales...ob.cit, p.125.

²⁶ Vid CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl: La mujer como sujeto activo del delito de violación. Un problema de interpretación teleológica, (versión digital).

Coincidimos con él en que en este caso es la "libertad sexual"²⁷ la cual se verá afectada ya sea por una mujer o por un hombre en caso de que se realice la conducta típica.

El análisis teleológico viene a jugar su verdadero rol en tanto acceso carnal no puede ser visto displicentemente como la actividad penetradora, sino que yendo a las honduras nos percatamos que lo que se pretende sancionar es el comportamiento que causa una penetración sin el consentimiento del sujeto pasivo. Este podría ser el caso de una mujer que obliga a través de una grave amenaza a un hombre para que la penetre. En este caso ¿se vulnera o no el bien jurídico libertad sexual?²⁸

Coincidimos plenamente con el prestigioso pedagogo, en tanto reconocemos que el análisis de la norma no debe hacerse solo de una forma meramente literal, pues de esta forma se obvia que el Derecho no es solo norma sino que detrás de la misma hay conjunto de principios, valores e incluso bienes jurídicos que requieren de protección y que pretenden hacerse valer a través de ella. Lo cierto es que aún y cuando una parte importante de la doctrina reconoce que el acceso carnal solamente puede ser realizado por el hombre, una parte significativa de ellos admite también que esta simple consideración trae lagunas imposibles de resolver por medio de otros tipos penales, es decir que ante un término de esta envergadura no queda más que realizar una correcta y clara interpretación.

En Cuba, este acceso carnal se avizora de la manera menos feliz, la doctrina de forma mayoritaria y casi unánime alega que solamente puede el hombre cometerla de forma inmediata (18.1.2a), no prestándole demasiada importancia a la

²⁷Apreciada desde dos perspectivas, a saber, en cuanto a la capacidad de ejercer actualmente las facultades de autodeterminación sexual y también, en relación a la preservación de las condiciones fundamentales que permitan en el futuro ejercitar adecuadamente las facultades sexuales, esto es, impedir en el sujeto la vivencia de experiencias que lo puedan afectar en su desarrollo sexual posterior. Respecto de esta última esfera, más bien debe hablarse, como objeto de tutela, de la libertad sexual potencial o indemnidad sexual

²⁸Luego de realizada la encuesta (ver anexo) 36 de los encuestados aseguran que una mujer puede ser considerada sujeto activo del delito de violación, al preguntarles ejemplos de cómo podía ser esto posible se esgrimieron criterios como drogándolo, amenazándolo, introduciéndole objetos, haciéndolo ingerir pastillas que logren en él una erección y luego mantener relaciones en contra de su voluntad, o que la diferencia entre agresor y víctima sea notablemente considerable.

interpretación antes mencionada debido a que la regulación penal no deja otra brecha al intérprete.²⁹

Pero por desdicha no es esta la única dificultad que trae aparejada el mencionado delito sexual y su citado término, ya que encuadrar la Violación sencillamente a esta categoría “acceso carnal”, es una limitación que rompe con la perfección legislativa que debiese existir en una norma penal sustantiva, pues si bien es una expresión, a nuestro entender, aceptada aún y cuando puede o no ser bien interpretada, se vuelve insuficiente y permisora de vacíos normativos en tanto no está acompañada en el tipo penal, de otras conductas que puedan llenar a esta de contenido y que puedan permitir la comisión de este hecho tanto por hombres como por mujeres.

Nos estamos refiriendo específicamente a la introducción de objetos, no recogida desafortunadamente en nuestro Código Penal, puesto que como ya se expuso, el mismo defiende a la Violación desde su sentido estricto. La asimilación de tal categoría por el ordenamiento jurídico cubano no solo permitiría que Cuba se atemperase a las legislaciones modernas, sino que contribuiría a dar solución a vacíos existentes que en la actualidad los cuales se resuelven en muchas ocasiones haciendo una interpretación extensivísima de la norma, y llenaría de contenido la regulación correspondiente a los delitos sexuales en tanto no sería un problema mucho mayor el hecho de qué entender o no por acceso carnal y si este acepta o no las mencionada conductas lesionantes del bien jurídico aquí protegido, ello sin perder de vista además lo que a nuestro juicio goza de una importancia irrefutable: no se establecerían distinciones de género, en tanto es una conducta que *contrario sensu* a lo que sucede con el acceso carnal, puede ser cometido por uno u otro sexo.

2.1.1 Clasificación del sujeto activo del delito de Violación.

Dada la definición de acceso carnal expuesta en párrafos precedentes y la consiguiente interpretación que se ha hecho al respecto, el sujeto activo solamente podría ser un hombre, dejando a las mujeres entonces otras formas de participación

²⁹ Según la doctrina acceso carnal implica acceder y ello sólo puede hacerlo el varón que es el único sujeto activo posible. Queda, pues, reducido a relaciones heterosexuales, encontrando en cierto sector doctrinal resistencia para considerar a la mujer como sujeto activo del delito, que le denomina violación inversa, todo ello relacionado con el equivalente de violación en sentido estricto. Vid: REGA FERRÁN, Elia Esther; Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales...ob.cit, p.125.

como la autoría intelectual al organizar el plan del delito y su ejecución (18.1.2b), determinar a otro penalmente responsable a cometer el delito (18.1.2c), por cooperar en la ejecución del hecho delictivo por actos sin los cuales no hubiese podido cometerse (18.1.2ch), etc.; pero nunca la autoría directa o inmediata prevista en el artículo 18.1.2a de nuestra norma penal sustantiva. En este sentido es preciso argumentar que cuando hablamos de que la mujer sólo podría responder en calidad de partícipe del delito de violación lo hacemos partiendo de que tal y como se encuentra regulado el mismo en la ley penal cubana, su círculo de sujetos activos o autores *strictu sensu* se ve reducido a los hombres, quienes tienen *per se* la cualidad especial exigida por el tipo penal.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, podríamos inferir que según como está regulado el artículo de la Violación y teniendo en cuenta la redacción del artículo 18.1 del Código, que parco o no, reconoce a los partícipes también como autores³⁰, si bien una mujer no puede ser ejecutante del acceso carnal según la doctrina mayoritaria, sí puede responder por su participación en un delito de violación, tal y como habíamos expuesto *ab initio*.

Es por ello que podemos llegar a la conclusión, de que nos encontramos en presencia de un delito de sujeto especial propio como algunos suelen aseverar, y quienes así lo consideran apuntan que ello se debe a que el único capaz de acceder carnalmente es el hombre, y es cierto, de no ser así estaríamos en presencia de un delito de sujeto general. Ahora bien, los delitos de sujeto especial pueden ser propios o impropios y su distinción radica, según Quirós Pérez, en que: “los propios delitos de sujeto especial son aquellos en los cuales la cualidad especial del sujeto resulta determinante para la configuración del hecho como delito, de tal forma, que faltando ella, el hecho no sería delictivo, no existe, en consecuencia, correspondencia con un delito de sujeto general (...) - y – los impropios delitos de sujeto especial son aquellos en los cuales la cualidad especial del sujeto implica sólo la atenuación o agravación de la pena aplicable al autor, -existiendo- una

³⁰ A tenor de ello es preciso señalar que la regulación de la Autoría y la Participación en la ley penal cubana resulta inadecuada por cuanto dificulta en la práctica la calificación de las formas autorales y de participación delictiva en delitos cuyo círculo de autores *strictu sensu* es reducido, tal y como se aprecia en la violación. Es por ello que consideramos que el problema de la mujer como sujeto activo del delito tiene un primer escollo normativo en haber elevado a la categoría de autores legales a los partícipes en el Código penal; dígase el organizador, el inductor y el intelectual.

correspondencia factual con el delito de sujeto general”³¹Luego podemos aseverar que, según nuestro criterio, el delito de violación cumple con los requisitos del sujeto especial propio, pues si no es el hombre que tiene el acceso carnal, porque así lo exige la norma penal, no se tipificaría la figura delictiva en cuestión.

En virtud de ello el sujeto especial propio es aquel, como ya apuntábamos *a priori*, que posee una serie de condiciones personales ya sean físicas o jurídicas reclamado por la figura básica o tipo penal, donde se exige que el autor se halle previamente en condiciones de realizar la figura, dicha condición debe ser anterior al hecho delictivo, en ella se constriñe, como es el caso del delito de Violación, la posibilidad de actuación a un cierto y limitado número de personas; lo cual pudiese parecer que estamos igualmente en presencia de un delito de los conocidos doctrinalmente como de propia mano. Estos delitos de propia mano, al decir del avezado penalista Quirós Pérez; “son aquellos que, por la naturaleza de la acción prohibida, sólo pueden ser cometidos por quien está en situación de ejecutar por sí mismo, de manera inmediata y personal, el hecho delictuoso.”³²Luego, si bien los delitos de sujeto especial propios y los de propia mano, tienen similitudes, igualmente se distinguen, pues la propia mano difiere en tanto no admite otro tipo de participación que no sea la autoría inmediata, negándose por lo tanto la concurrencia de la autoría mediata y la coautoría; lo cual no ocurre en los delitos de sujeto especial, que sí admiten las formas de autoría reconocidas doctrinalmente. En el caso de la violación podemos observar que la limitación impuesta es por la propia norma jurídica, que reduce al círculo de hombres la ejecución del tipo penal pero no viene limitado el delito en su autoría por la naturaleza de la acción pues el acceso carnal puede llevarse a cabo en las distintas formas de autoría.

En nuestra opinión, para que el delito de Violación goce de una perfecta técnica legislativa sería necesario admitir no solo al hombre como ejecutante del hecho por sí mismo, sino también a la mujer, no vista esta solamente como sujeto activo en la que se le reconocen ciertas formas de participación, sino también como autora directa inmediata del mismo.

³¹ Vid: QUIRÓS PIREZ, Renén: Manual de Derecho Penal I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, pp.242-243.

³² *Ibidem*, p.243.

Para argumentar esto no solo nos basamos en considerar lo pertinente o no de la interpretación teleológica que nos permita considerar a la mujer como comisora del hecho *per se*, sino también en el reconocimiento que se debería realizar por el ordenamiento jurídico cubano de la introducción de objetos u otras partes del cuerpo, los que darían la posibilidad y/o cobertura para que la mujer pueda ser merecedora de la aplicación del artículo 18.1.2a del Código Penal, y no solo esto, daría además cabida a eliminar ciertos vacíos que hasta ahora han venido a cubrir delitos como las lesiones y el abuso lascivo.

A tenor de ello consideramos que, con la interpretación realizada del delito de violación y los sujetos intervinientes, partiendo del deber-ser, no hay inconveniente para calificar a la mujer como sujeto activo del delito, y que, en consecuencia, sea el mismo considerado de sujeto general. Obviamente esta visión del fenómeno es la que sostenemos debe contribuir a que, en *lege ferenda*, el delito violación se regule adecuadamente con un correcto enfoque de género.

2.2 El sujeto pasivo en el delito de Violación. Necesidad de la exclusión del tipo penal “Pederastia con Violencia”

De la lectura del artículo 298 del Código Penal cubano referente a la Violación, se constata como de forma expresa el legislador nacional ha tomado como único capaz de constituir sujeto pasivo de tal delito a la mujer, esto tiene su fundamento en los argumentos dados con anterioridad, a decir: la adopción de la concepción estricta de la Violación y la carencia de un acertado enfoque de género, lo que se ve materializado en la creación por el legislador del tipo penal Pederastia con Violencia.

Con la inclusión del Delito de Pederastia con Violencia en el Código Penal cubano, el legislador ha querido sobresaltar las diferencias sexuales y de género entre el hombre y la mujer, a tal punto que excede incluso la manera en que esta es vista por la sociedad³³, reservando para las relaciones homosexuales realizadas mediante la

³³ Al preguntar en la encuesta (ver anexo) en qué consistía el delito de Pederastia con Violencia 42 personas alegan no saber, y 8 aseguran que se trata de delitos sexuales cometidos contra menores de edad.

violencia el delito de Pederastia, mientras que para las relaciones heterosexuales conserva el delito de Violación.

Consideramos que ha sido osado y bastante poco cauteloso el legislador cubano al incluir la Pederastia con Violencia como tipo penal, en primer lugar porque es un término para nada conteste con su sentido etimológico que como expresamos con anterioridad era “afición o amor a los niños”, en segundo lugar porque el vocablo goza de consenso en la doctrina mundial para designar los delitos que atentan contra la libertad sexual del infante, por lo que no consideramos prudente que si en todos los países del orbe se conoce esta categoría como tal, se le busque en nuestro país un nuevo significado carente por demás de fundamento histórico, filológico y cultural , máxime cuando dicha conducta puede encuadrarse dentro del tipo penal “Violación”, en tercero porque aún y cuando doctrinalmente en todo el mundo es llamado “Pederastia” se considera así solo de forma doctrinal, ya que este siempre lo encontraremos inserto dentro de otros tipos penales como por ejemplo la Violación y el estupro y no como tipo penal independiente, pues separarlo sería romper con la correcta sistemática que debería predominar en nuestra norma penal sustantiva; como cuarto elemento y válido a tener en cuenta, se encuentra el hecho de que la cultura jurídica de nuestro pueblo, ligado a su sentido común han acarreado que al referirse a esta conducta la identifiquen como propia del delito de Violación³⁴ al entender que no importa el género contra el cual se cometa sino la conducta lesionante de la libertad sexual y la autodeterminación; y como última cuestión e imprescindible a tener en cuenta pues constituye punto neurálgico en este trabajo está el hecho del mal tratamiento que del enfoque de género hace al establecer o diferenciar conductas para uno u otro sexo, pareciendo olvidar el legislador la proclamación a la igualdad de derechos existentes entre el hombre y la mujer en nuestro país.

Por las razones expuestas en este acápite consideramos que debería el delito de Pederastia con violencia ser excluido de nuestro Código Penal y pasar las conductas

³⁴ En encuesta realizada por la autora a 50 personas, el 100% de ellas afirman que el delito que comete un hombre que tiene sexo con otro sin que este ultimo así lo desee comete el delito de Violación.

en él recogidas a formar parte del delito Violación, tal y como se regula en todos los países del mundo y como irrefutablemente debió acogerse desde el inicio por nuestro Ordenamiento Jurídico Penal. Es esta la forma más fehaciente de demostrar que la protección y carácter tuitivo del Derecho Penal no conoce de enfoques con uno u otro matiz de género, sino que vela por la preservación de importantes bienes jurídicos, en este caso la libertad sexual, que se ve en uno u otro sexo igualmente afectada siendo ello de especial trascendencia para el normal desarrollo de las relaciones sexuales.

2.3 El delito de Violación, una mirada desde el Derecho Comparado.

Si bien es cierto que cada país debe tener particularidades en el ámbito legislativo de acuerdo a sus características, la comparación en aras del mejoramiento es la base del desarrollo jurídico penal, es la forma de mirarnos en el espejo de otros y poder ver desde aquello que nos funciona a las mil maravillas hasta lo que deberíamos regular de manera más eficaz; pero lo más importante, es que puede ser considerado una fuente perfecta para buscar soluciones a los fenómenos jurídicos penales a los que nos enfrentamos y muchas veces no tenemos solución.

Para este trabajo ha sido indispensable la consulta de legislación foránea, fundamentalmente porque las respuestas a nuestras interrogantes y el poder llenar de contenido el delito de Violación no lo hubiésemos podido realizar si no hubiese sido mediante el estudio de normas que también han sufrido cambios en este aspecto con tal de atemperarse a su realidad social.

Para este estudio se analizaron 20 legislaciones, donde quisimos examinar con especial énfasis las normas penales sustantivas de Latinoamérica, por lo que fueron consultadas 18 cuerpos legales de esta región, no solo por ser los países que se asemejan a nuestra patria en cuanto a sistema de Derecho, sino también porque comparten aspectos índole económicos, sociales y culturales que tienen una incidencia especial en su Ordenamiento Jurídico; y 2 países Europeos entre los que se encuentra Alemania y España, este último con el que compartimos grandes tradiciones jurídicas.

El mayor problema que se discute en la doctrina moderna radica en dilucidar quién puede ser sujeto activo del delito de Violación, aspecto en el que se encuentran dos posturas, la primera, aquella que asumen los que consideran que solo el hombre puede ser sujeto activo de tal delito, y los que consideran, como es el caso de la autora, que también pueden ser las mujeres, y que su no asimilación, sería crear importantes vacíos en esta figura. Es válido señalar, que del número de legislaciones ya mencionadas, una parte considerable y casi unánime establece para designar al sujeto activo la frase “*el que*”, expresión que como todos conocemos se utiliza para distinguir al sujeto general, pero no es este quien viene o no a imponer la limitación, sino los términos utilizados en las diferentes normativas para designar la conducta típica, tal es el caso de yacer, realizar el acto sexual, acto carnal, penetración sexual y acceso carnal, este último con una aceptación mayor por parte los legisladores de nuestro continente y que no ha suscitado pocas polémicas en el ámbito jurídico penal en torno a quien puede realizar tal conducta.

Sin hacer muchos énfasis en ello, pues forma parte de contenido de epígrafes anteriores, la práctica internacional ha acogido con gran consenso el hecho de considerar como autor solamente al hombre, no teniendo en cuenta por ende lo que la doctrina moderna ha tendido por llamar Violación inversa, pero admitiendo que es un tema que no encuentra luego respaldo jurídico cuando es cometido por una mujer.

En cuanto al sujeto pasivo no existe mayores dificultades, todos los textos legales aducen que puede ser tanto uno como otro sexo, encontrando esta postura resistencia en los Códigos Penales de Cuba y Guatemala, que solo admiten a la mujer de forma expresa como víctima en el delito de Violación. Como dato de interés tenemos entonces que el abuso sexual al hombre en nuestro país encuentra protección en el delito de Pederastia con Violencia como muestra de las diferencias de género que se establecen en el capítulo, mientras que en Guatemala se le brinda protección al hombre en el delito de “Abusos deshonestos violentos”, pero con la particularidad que solo será cuando sea este mediante la introducción de objetos e incluso la fellatio in ore, pues el tipo penal es muy claro cuando establece que debe ser “actos sexuales distintos al acceso carnal”, vemos pues, la desprotección existente en cuanto a este aspecto en la mencionada nación.

En relación a la admisión de la introducción de objetos como elemento a tener en cuenta en el delito de Violación sea este por vía anal o vaginal, son de destacar países como Nicaragua, Ecuador, Costa Rica, El Salvador, Panamá, República Dominicana y España, los cuales han tenido en cuenta que tales conductas son merecedoras también de sanción penal al representar un grave atentado al bien jurídico "libertad sexual".

En cuanto a la admisión de la *fellatio in ore*, pocos países la tienen recogida actualmente como integrante del delito en cuestión, tal es el caso de El Salvador, Panamá y España, consideramos que en una modificación futura del Código Penal Cubano, sería prudente la admisión de la misma, en tanto el sexo oral es constitutivo del acceso carnal al ser la boca una de las esfínteres por donde puede penetrar el sexo viril masculino.

2.4 Necesarias modificaciones en el delito de Violación. Propuesta para su redacción en *lege ferenda*.

Es importante, sin lugar a dudas, que desde la academia se establezcan cuáles son las principales deficiencias que hoy nos aquejan en materia legislativa penal, los motivos que la originan, así como sus consecuencias, pero todo ello carecería de sentido si no tratáramos de darle soluciones para erradicarlos o al menos aminorar sus efectos.

Se trata no solo de criticar lo que está incorrecto o lo que debió haber consignado el legislador en lugar de lo existente, sino demostrar que toda obra humana es perfectible y susceptible de mejoras, siempre y cuando sean estas para eliminar vacíos legislativos o incongruencias que afecten la correcta sistemática jurídico penal. Es por ello que nos propusimos como uno de nuestros objetivos específicos recomendar, de *lege ferenda*, como debería ser regulado el delito de Violación desde una concepción amplia visto a través de un enfoque de género.

Con la exclusión de la Pederastia con Violencia como tipo penal, no creemos que se desproteja bien jurídico alguno que luego no vaya a tener cabida en el delito de Violación, máxime si recordamos que ambos hacen alusión a la misma conducta, diferenciándose solo en el sujeto pasivo, donde en el primero únicamente puede ser

el hombre mientras que en el segundo de forma expresa solo se le concede esta cualidad a la mujer. Cumpliríamos con el objetivo por ende si lográramos que tanto uno como otro sean protegidos de igual forma por la norma sustantiva, sin querer diferenciarlos a través de tipos penales por pensar que puede tener mayor trascendencia la Violación a la libertad sexual de una persona en correspondencia con uno u otro sexo. .

Es por ello también que consideramos atinado a la hora de realizar modificaciones al artículo 298.1 detenernos en el marco penal, donde se establece para la Violación una marco sancionador de 4 a 10 años y en el caso de la Pederastia de 7 a 15 años. Al fusionar ambas figuras como pretendemos, creemos prudente, al tener que tomar uno de los dos marcos penales, no desdeñar el que se halla en el delito de Pederastia considerándolo proporcional con la conducta narrada en el tipo, sí lo haríamos entonces en el delito de Violación propiamente dicho, en el que consideramos que se ha sido flexible y bastante poco riguroso con aquellos ciudadanos que se convierten en sujetos activos de tal delito.

Al realizar la encuesta y preguntar a los investigados cual creían que debería ser la sanción a imponer al que cometiera un delito de Violación constatamos la repulsión que en la población de manera general le ocasiona tal conducta, encontrando criterios que incluso consideramos bastante severos, de 50 encuestados, 8 afirman que debería ser una sanción de 20 años de privación de libertad, 4 preguntan cuánto es el máximo de años que se le puede imponer a una persona y aseguran que debe ser esa, 11 aseveran que cadena perpetua, 18 insisten en que debería aplicársele la pena de muerte y 9 expresan de forma muy convencida que a estas personas deberían torturarse y/o castrarse.

Es válido señalar que aunque la Violación es una conducta extremadamente aborrecible que no ha encontrado pena a la altura de ella en el código patrio, no podemos perder de vista el principio de proporcionalidad que debe reinar en nuestra normativa, por lo que aún y cuando lo consideremos un hecho totalmente diabólico debemos regular nuestras leyes de acuerdo a tal principio, no obviando tampoco que si bien el sujeto activo de tal delito debe responder severamente como tal, también es un ser humano que merece una pena consecuente con el hecho sin que se le

sean negados derechos inherentes a la personalidad tales como el derecho a la vida y a la integridad corporal.

Es por ello que como consignamos en párrafos anteriores el marco ideal sería el que correspondiese actualmente a la Pederastia con Violencia, es decir, de 7 a 15 años de privación de libertad, estaríamos, a nuestra opinión consolidando el marco ahora existente de 4 a 10 años el cual no es representativo de tal hecho. Tomando este marco penal como modificación del existente, si bien parecemos un poco rígidos con respecto a algunos códigos actuales que a nuestro modo de ver son demasiado flexibles, (tal es el ejemplo de Panamá (de 3 a 10) ó España(de 1 a 4 años) ,no estaríamos en contradicción con otros Códigos Penales, como es el caso de Brasil (de 6 a 10años), Colombia (de 8 a 20 años), Perú (de 8 a 15 años), Costa Rica (de 10 a 16 años), Guatemala (de 6 a 12 años) y México (de 8 a 14 años).

Importante sería señalar el hecho del ya mencionado acceso carnal. Con anterioridad apuntábamos que si bien el término era aceptado, se consideraba errada su interpretación, la cual se debería hacer desde una perspectiva teleológica, para así poder entender que lo importante no es quien penetre o se haga penetrar, sino de quien se vulnera la libertad sexual. Al no quedar claro esto y ser punto de divergencia en la actualidad consideramos prudente que debería existir en la modificación del artículo la frase “se haga acceder” en aras de evitar vacíos normativos por cuestiones interpretativas.

En correspondencia a lo que sí se entiende en el resto del mundo como Pederastia,³⁵ nuestra normativa penal vigente, así como los Códigos foráneos, brindan una especial protección a menores que sufren estos abusos sexuales, al prever en la mayoría de los casos una sanción más severa para quienes cometen estos delitos, que sin duda alguna afectan el normal desarrollo de las relaciones sexuales presentes y futuras del sujeto pasivo al no estar aún su organismo biológicamente preparado para consumir una relación sexual y mucho menos si esta se realiza de manera forzosa, lo cual puede traer secuelas no solo físicas sino también psicológicas para el menor.

³⁵ Se le conoce a las relaciones sexuales con menores con o sin consentimiento del mismo.

Algo resulta sorprendente en este aspecto, y es que ni la verdadera pederastia fue capaz de librarse de las diferencias de género que están presente en la normativa penal sustantiva, lo cual se evidencia en la diferenciación que hace el legislador al prever sanciones iguales tanto para niñas como para niños (de 8 a 20 años) en los delitos de Violación y Pederastia con Violencia respectivamente, pero establece edades distintas para ellos, considerando que para que se cometan actos de índole sexual contra un menor aún y cuando no concurren las circunstancias previstas para tales delitos, debe ser contra la niña menor de 12 y frente al niño menor de 14, manifestando una vez más la protección diferenciada y hasta preferencial por el sexo masculino sobre el femenino en cuanto reconocimiento de su derecho a la libertad sexual.

Consideramos que ambos deberían tener una misma sanción penal, la cual no debería ser tan alta como la de 14 años, máxime si tenemos en cuenta que estudios realizados por especialistas en el tema sexual apuntan que cada vez son más precoces el comienzo de las relaciones sexuales, y recordando que para configurar tal delito no es necesario que concurren las circunstancias de fuerza e intimidación, sino solo que se realice la conducta típica (acceder carnalmente), motivos por los cuales creemos poco objetivo y sensato establecer un término mayor que el de 12 años. En este sentido creemos loable realizar un análisis sobre otra de las cuestiones problemáticas y es lo referido al apartado 2 inciso c del artículo que analizamos. En virtud de este se sanciona la Violación cuando la víctima es mayor de 12 y menor de 14 años de edad; lo cual trae consigo la desprotección a los niños que cuenten con la edad de 12 años específicamente; a ello súmesele que el apartado 4 del artículo 298 a quien protege es a la víctima menor de 12 años cuando en el hecho no concurren las circunstancias previstas para este delito, acrecentándose así la desprotección antes aludida.

En cuanto a la frase “*contra natura*” que utiliza nuestro Código Penal para designar la penetración anal, existen no pocos criterios en contra, entre ellos se encuentra el de la doctora Goite Pierre³⁶, la cual alega que el mismo es un término que se refiere a la relación sexual que se realiza por lugar distinto a aquel para el que fue

³⁶ Este criterio fue aducido como ya se explicó por la profesora Mayda Goite en las conferencias de Derecho Penal Especial del curso 2010-2011.

concebido. Obvia el legislador, como bien apuntara la mencionada catedrática en una de sus conferencias, que el sexo es tal en toda su magnitud, por lo que circunscribirlo solamente a la introducción del miembro viril masculino por la vía vaginal no es acertado y considerar la vía anal como “contra natura” bien pudiese ser una concepción correspondiente a una época distinta a la que se avizora en la actualidad; razón por la cual en *lege ferenda* debería ser sustituido el término por el de sexo anal, expresión que además es utilizada para designar tal conducta en todos los países del mundo.

En virtud de lo antes expuesto y luego de realizar un pormenorizado estudio, consideramos atinado recomendar la exclusión de la Pederastia con Violencia y vislumbrar cómo debería quedar redactado en *lege ferenda* este artículo:

CAPITULO I

DELITOS CONTRA EL NORMAL DESARROLLO DE LAS RELACIONES SEXUALES

SECCION PRIMERA

Violación

ARTICULO 298.1. Se sanciona con privación de libertad de siete a quince años al que se haga acceder o tenga acceso carnal ya sea por vía oral, vaginal o anal, con persona de uno u otro sexo, siempre que en el hecho concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Usar el culpable de fuerza o intimidación suficiente para conseguir su propósito;***
- b) hallarse la víctima en estado de enajenación mental o de trastorno mental transitorio, o privada de razón o de sentido por cualquier causa, o incapacitada para resistir, o carente de la facultad de comprender el alcance de su acción o de dirigir su conducta.***

2. En igual sanción incurre el que, vulnerando la libertad sexual de otro, introduzca por vía vaginal o anal objetos u otras partes del cuerpo concurriendo las circunstancias del apartado 1.

3. La sanción es de privación de libertad de ocho a veinte años:

- a) **Si el hecho se ejecuta con el concurso de dos o más personas;**
- b) **si el culpable, para facilitar la ejecución del hecho, se presenta vistiendo uniforme militar o aparentando ser funcionario público;**
- c) **si la víctima se encuentra entre los 12 y 14 años de edad.**

4. La sanción es de privación de libertad de quince a treinta años o muerte:

- a) **Si la víctima es menor de 12 años de edad, aún y cuando no concurren en el hecho las circunstancias del apartado 1.**
- b) **si, como consecuencia del hecho, resultan lesiones o enfermedad graves.**
- c) **si el hecho se ejecuta por una persona que con anterioridad ha sido sancionada por el mismo delito.**

CONCLUSIONES

Una vez abordado el tema de nuestra investigación y *grosso modo* estudiar lo relativo a dos figuras delictivas de notable importancia, tanto para los operadores del Derecho como para la sociedad en sentido general, consideramos, como todo acercamiento teórico y normativo a cuestiones polémicas que tienen su base en prolegómenos jurídicos, que resulta necesario establecer determinadas consideraciones finales. Para ello hemos de partir del elemento que, a nuestro juicio, le imprime el carácter de novedoso al asunto tratado; y es precisamente el enfoque de género en los delitos de violación y pederastia con violencia. A tenor de ello, y para ser consecuentes con los criterios aducidos *ab initio* de la investigación, arribamos a las siguientes conclusiones:

- Los delitos de violación y pederastia con violencia requieren para un análisis coherente, objetivo y adecuado, de un tratamiento a partir de la perspectiva historicista para hurgar en sus aspectos esenciales establecidos a lo largo de su evolución histórica; díganse las conductas que tipificaban dichas figuras en las distintas regulaciones y criterios doctrinales, los sujetos intervinientes en dichos tipos penales y las cuestiones relativas a los elementos caracterizadores de las formas de culpabilidad, adecuación de la pena, problemas de participación etc.
- En este sentido un análisis de la violación y la pederastia con violencia ha de realizarse teniendo en cuenta las dos perspectivas del conocimiento, materializadas en la doxa y la alethia, debido a su necesaria asimilación iusfilosófica que nos permita desentrañar la esencia de figuras como estas, con una incidencia social tan fuerte por el bien jurídico que protegen. A tenor de ello, desde una mirada holística, se han de tratar ambos delitos a partir del enfoque de género que no admita, consecuentemente, criterios o posturas discriminatorias a la hora de tipificar conductas de esta naturaleza.
- Los delitos de violación y pederastia con violencia son tipos penales que atacan y dañan el normal desarrollo de las relaciones sexuales, considerando que es este el bien jurídico idóneo al no reducirlo a la libertad sexual cuando existen sujetos que por su incapacidad carecen de la misma (protegiéndose

en estos casos la llamada indemnidad sexual). Que en este sentido la norma penal sustantiva actual en Cuba recoge ambas figuras como independientes una de la otra, con elementos de tipicidad similares y diferentes, lo cual afecta la función sistémica de los bienes jurídicos pues resulta ilógico que existan dos figuras que regulen conductas muy similares en cuanto a la acción típica del delito, la culpabilidad del sujeto comisor, el propio bien jurídico, la finalidad que se persigue con las mismas así como el resultado; y sólo exista un cambio, por demás discriminatorio a tenor del enfoque de género, en cuanto al sujeto pasivo del delito.

- Que el delito de violación debe ser analizado desde una concepción amplia, que no restrinja su perpetración a los hombres como sujetos activos del mismo, que los incorpore a su vez como sujetos también pasivos y que se incorporen formas de comisión hasta ahora no previstas por el legislador revolucionario tales como la introducción de objetos violentando la libertad e indemnidad sexuales así como la asimilación del acceso carnal también por vía oral o *fellatio in ore*.
- Que en virtud de nuestras consideraciones somos del criterio que el delito de violación resulta ser una figura delictiva de sujeto general, visto esto desde una concepción amplia y a tono totalmente con un enfoque de género adecuado y atemperado a la realidad cubana y mundial. Que tal y como hoy está regulado el delito de violación se clasifica atendiendo al sujeto y su cualidad como de sujeto especial propio, aunque hay autores que aducen que lo es de propia mano.
- Que la pederastia con violencia debe, de *lege ferenda*, desaparecer como tipo penal independiente atendiendo a que su inclusión dentro del delito de violación superaría los vacíos legislativos que hoy existen, y en consecuencia, se estaría aplicando una adecuada y coherente perspectiva de género.

RECOMENDACIONES

En el orden académico:

- Que se profundice en los estudios de pregrado de la carrera de Licenciatura en Derecho, a través de una asignatura optativa, la temática relativa a los problemas de participación en los delitos de sujeto especial y delitos de propia mano, haciendo énfasis concretamente en los delitos de Violación y Pederastia con Violencia.

En el orden legislativo

- Que el delito de Violación se regule de acuerdo la propuesta formulada de cómo debiera ser regulado el delito de violación de *lege ferenda*.
- Que el tipo penal pederastia con violencia debe desaparecer, por no estar a tono con la realidad que se vive y responder a un atraso que en el orden de la creación del Derecho hemos tenido.
- Que ambas propuestas deben ser analizadas desde la perspectiva de género en aras de superar las deficiencias que tienen ambas figuras (Violación y Pederastia) de *lege data*.

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS

- 1-Antón Oneca, J. y Rodríguez Muñoz, J.A.: Derecho Penal, Parte Especial. Tomo II, Madrid, España, 1949.
- 2- Bodanelly, Pedro: Delitos sexuales. Edit. Bibliográfica. Argentina, Buenos Aires, 1958.
- 3- Boyer D, Fine: Sexual abuse as a factor in adolescent pregnancy. Family Planning Perspectives, 1992.
- 4- Cárcamo Olmos, Juan Carlos: Modificaciones legales a los delitos de la conducta sexual, en Revista de Derecho – Universidad católica de la Santísima Concepción – Vol. 6, (6), 1998, pp. 191-196.
5. -Carnevali Rodríguez, Raúl: La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica, en Gaceta Jurídica, (250), (abril), 2001, pp. 13-18.
- 6.-Cuello Calón, Eugenio: Derecho penal. Tomo II, Parte Especial, Volumen segundo, 14º, edición, Bosch. Casa Editorial Barcelona, España, 1975.
- 7- Cugat, Miriam: La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación, "Jueces para la Democracia. Información y Debate", De. De Jueces para la Democracia, Madrid, 1993, nº20, p. 76.
- 8- Edwards, Carlos E.: Garantías constitucionales en materia pena. Bs. As.- Astrea, 1996.
- 9- Estrella, Osear A. - Godoy Lemos, Roberto: Código Penal. Parte especial. De los Delitos en particular. Bs. As., Hammurabi, 1994.
- 10- Family Care Internacional, (1995): Compromisos para la Salud y los derechos sexuales y reproductivos de Todos.
- 11- Gómez, Eusebio: Tratado de derecho penal, Bs. As., Cía. Argentina de Editores, 1939-1942.
- 12- Grillo Longoria, J.A.: Derecho Penal. Parte Especial, Tomo IV. 1998.Ley de Procedimiento Penal, Colección Jurídica, 1999.
- 13- Instituto Interamericano de derechos Humanos, (2004): Los Derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional.

- 14- Lamas, Marta (compiladora): El género, la construcción cultural de la diferencia sexual. México, 2000.
- 15- Muñoz Conde, Francisco: Derecho Penal, Parte especial, 13a edición. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001
- 16- Noguera Ramos, Iván: Los Delitos contra la Libertad Sexual. Edit. Jurídica Portocarrero. Lima Perú. Pág. 50.
- 17- Palacios Ortega, Yusuam: Cuestiones teóricas generales sobre el Objeto del Proceso Penal. Tesis presentada en opción al grado científico de Licenciado en Derecho. La Habana, 2011.
- 18- Quirós Pérez, Renén: Manual de Derecho Penal I y II, Ciencias Jurídicas, La Habana, 2002.
- 19- Rega Ferrán, Elia Esther: Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud; en Colectivo de Autores, Derecho Penal Especial. Tomo II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- 20- Rodríguez Collado, Luis: Delitos sexuales. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.
- 21- Silva Silva, Hernán: Criminalidad sexual y la reforma al Código penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, (206), (julio-diciembre), 1999.

CUERPOS LEGALES

1. Constitución de la República de Cuba
2. LEY 1249 Código Penal Cubano 1973
3. LEY 21 Código Penal Cubano 1979
4. LEY 62, Código Penal Cubano, 1987
5. Código Penal de Alemania
6. Código Penal de Argentina
7. Código Penal de Bolivia
8. Código Penal de Brasil
9. Código Penal de Colombia
10. Código Penal de Costa Rica
11. Código Penal de Chile.
12. Código Penal de Ecuador

13. Código Penal de El Salvador
14. Código Penal de España
15. Código Penal de Guatemala
16. Código Penal de Honduras
17. Código Penal de México
18. Código Penal de Nicaragua
19. Código Penal de Panamá
20. Código Penal de Paraguay
21. Código Penal de Perú.
22. Código Penal de República Dominicana.
23. Código Penal de Uruguay
24. Código Penal de Venezuela
25. Código de la niñez y la juventud, MINJUS, 1999
- 26 Convención Iberoamericana de Derechos de la Juventud
- 27 Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas)
- 28 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

SITIOS WEB

1-DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género. (2 de enero de 2012; 3:00pm)

<http://www.google.com.cu/search?client=firefox-a&rls=org.mozilla%3Aes>

2- Enfoque de género (www.e-mexico.gob.mx/wb2/eMex/eMex_El_principio_o_erase_una_vez) (28 de enero de 2012, 9:17am.)

3- CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica. (2 de enero de 2012; 3:00pm)

http://www.google.com/search?hl=es&biw=1024&bih=598&q=sujeto+pasivo+en+el+delito+de+violacion&oq=sujeto+pasivo+en+el+delito+de+violacion&aq=f&aqi=&aql=&gs_sm=3&gs_upl=36912641101130121431371101010191911152417.3.5.2.10.3.313310.

4- CARRILLO BARRIOS, Miguel Ángel. El delito de Violación, un arma de doble filo contra los varones. (2 de enero de 2012; 3:05pm)

<http://chisperopolitico.blogspot.com/2011/01/el-delito-de-violacion-un-arma-de-doble.html>

5- CARRASCO JIMENEZ, Edison. El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales REVISTA IUS ET PRAXIS - AÑO 13 - N° 2 137(28 de enero de 2012, 9:20am.)

http://www.google.com/search?hl=es&biw=1024&bih=598&q=delito+de+violacion&oq=delito+de+violacion&aq=f&aqi=&aql=&gs_sm=3&gs_upl=1671013043510130681125121141010131501311598511.1.1.3.3.8-2.211310

6- CHERO MEDINA, Félix. El delito de violación de la libertad sexual. (14 de febrero de 2012,9:10am)

<http://www.monografias.com/trabajos64/delito-violacion-libertad-sexual/delito-violacion-libertad-sexual.shtml>

7- El Economista 23 de abril de 2009

<http://eleconomista.com.mx/politica/2009/04/23/tipifican-primer-vez-delito-pederastia-mexico>.

8- Ley contra la pornografía infantil la prostitución en internet. Argentina (28 de enero de 2012, 9:30am.)

http://www.google.com/search?hl=es&biw=1024&bih=581&q=INCONSTITUCIONALIDAD+DE+LOS+DELITOS+SEXUALES&oq=INCONSTITUCIONALIDAD+DE+LOS+DELITOS+SEXUALES&aq=f&aqi=&aql=&gs_sm=3&gs_upl=4107121882101221651751511210101015721934013.14.8.1.4.513810.

9- MALO CAMACHOM, Gustavo. Los Códigos Penales europeos.

http://www.google.com/search?hl=es&biw=1024&bih=598&q=codigos+penales+europeos&oq=codigos+penales+europeos&aq=f&aqi=&aql=&gs_sm=3&gs_upl=365121181012424181710101010101010

10- Marco Histórico del delito de Violación. (14 de febrero de 2012,9:10am)

<http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/030316154012.html>.

11- Medidas contra la Violación. (14 de febrero de 2012,9:16am)

<http://primatecuasisapiens.blogspot.com/2008/08/medidas-contr-la-violacin-y-dems.html>

12- NADER, Alejandra Andrea. Delitos contra la integridad sexual. Revista científica de ciencias jurídicas y notariales.: Inconstitucionalidad de la escala penal prevista en el párrafo cuarto del artículo 119 delo código Penal. Proporcionalidad y razonabilidad de la pena. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba. (14 de febrero de 2012,9:10am)

(<http://www.google.com/search?q=PEDERASTIA+EN+LOS+DELITOS+SEXUALES&hl=es&prmd=imvnsu&ei=2lQ5T5GRA8Hw0gHv5u3WAg&start=90&sa=N&biw=1024&bih=581>)

ANEXO

Encuesta.

La misma fue realizada con una población global y una muestra de 50 personas, de ellos 22 mujeres y 28 hombres; de los encuestados 4 contaban con noveno grado de escolaridad, 9 técnico medio, 28 doce grado; 5 graduados universitarios y los otros 4 eran estudiantes de nuestra Facultad de Derecho que se encuentran cursando el 1ero y 2do año de la carrera; la edad promedio entre todos fue de 37 años.

Esta encuesta tenía como objetivo evaluar el conocimiento de la sociedad con respecto a los delitos de Violación y Pederastia con Violencia, argumentos que nos servirían para plantear a posteriori nuevos cambios en nuestra normativa penal vigente, teniendo en cuenta además los elementos expuestos a lo largo del trabajo.

La encuesta se realizó de forma oral, contenía 5 preguntas las cuales fueron las siguientes:

- 1- ¿Qué delito considera usted que comete el hombre que tiene sexo con otro hombre sin el consentimiento de este último?
- 2- ¿Cree usted que la introducción de objetos por vía anal o vaginal tanto al hombre como a la mujer en contra de su voluntad, tipifican algún delito en el Código Penal Cubano?
- 3- ¿Conoce usted en qué consiste el delito de Pederastia con Violencia?
- 4- ¿Cree usted que una mujer pueda ser capaz de violar a un hombre o a otra mujer? En caso de que la respuesta sea afirmativa ponga ejemplos de cómo esto puede ser posible.
- 5- Si a usted le diesen la posibilidad de establecer la pena correspondiente al delito de Violación ¿Cuál fuese?