

MATRIMONIO IGUALITARIO Y UNIÓN DE HECHO HOMOAFECTIVA EN CUBA. PANORAMA DE SU REGULACIÓN LEGAL EN EL CÓDIGO PENAL CUBANO

Equal marriage and homo-affective de facto union in Cuba. Overview of this legal regulation in the Cuban Penal Code

Lic. Amy Mae Hernández Espino

Profesora Adiestrada de Derecho Penal
Universidad de La Habana (Cuba)
<https://orcid.org/0000-0002-0589-8687>
amy.hernandez@lex.uh.cu

Dra. Iracema Gálvez Puebla

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de La Habana (Cuba)
<https://orcid.org/0000-0003-0022-6942>
iracema@lex.uh.cu

Resumen

El proceso de modificación por el que atraviesa el ordenamiento jurídico interno en la actualidad, a raíz de la promulgación de la Constitución de 2019, y la proliferación de las diversas tipologías familiares en el contexto social cubano exigen que el Derecho penal le ofrezca un tratamiento garantista a aquellas instituciones que se erigen como formas de organización familiar, entre las cuales se encuentran el matrimonio igualitario y la unión de hecho homoafectiva. El texto constitucional regula como derechos fundamentales la igualdad y no discriminación, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, cimentando las bases para el reconocimiento del matrimonio igualitario y la unión de hecho homoafectiva en el futuro Código de las Familias. Ello trasciende al ámbito del Derecho penal, que deberá ofrecer un tratamiento inclusivo a estas instituciones que supere las limitaciones del Código penal vigente, pues tanto los tipos penales que integran el título relativo a las familias, como otras figuras delictivas que atentan contra este bien jurídico indirectamente, circunscriben

su regulación esencialmente hacia la figura del cónyuge y determinados parientes consanguíneos, lo que responde a una concepción heteronormada de la familia y lacera las diversas tipologías familiares que imperan en la actualidad.

Palabras claves: matrimonio igualitario; unión de hecho homoafectiva; Derecho penal.

Abstract

The process of modification that the domestic legal system is currently undergoing as a result of the promulgation of the Constitution of 2019, and the proliferation of various family typologies in the Cuban social context require that the Criminal Law offers a guaranteeing treatment to those institutions that are established as forms of family organization, among which are egalitarian marriage and homoffective de facto union. The constitutional text regulates equality and non-discrimination, human dignity and the free development of personality as fundamental rights, laying the foundations for the recognition of egalitarian marriage and homoffective de facto unions in the future Family Code. This transcends to the field of Criminal Law, which should offer an inclusive treatment to these institutions that overcomes the limitations of the current Criminal Code, since both the criminal types that make up the title relating to families, as well as other criminal offenses that attack this legal property indirectly, circumscribe their regulation essentially to the figure of the spouse and certain blood relatives, which responds to a heteronormative conception of the family and damages the various family typologies that prevail at present.

Keywords: egalitarian marriage; homo-affective de facto union; Criminal Law.

Sumario:

1. Apuntes introductorios. 2. El matrimonio igualitario y la unión de hecho homoafectiva en el Derecho constitucional moderno y su impacto en el Derecho penal. 2.1. Los principios de igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana como punto de partida para la protección de los derechos de las personas que integran la comunidad LGBTIQ+ en Cuba. 2.2. Reconocimiento legal del matrimonio igualitario y la unión de hecho homoafectiva en la Constitución cubana de 2019. 3. El matrimonio igualitario y la unión de hecho homoafectiva como instituciones propias del Derecho familiar con trascendencia para el Derecho penal 4. El matrimonio igualitario y la unión de hecho homoafectiva en el Derecho penal sustantivo cubano de cara al proceso de actualización del ordenamiento jurídico interno. 4.1. El bien jurídico familia en el Derecho penal ante las

nuevas tipologías familiares, el matrimonio igualitario y la unión de hecho homoafectiva. 4.2. Perspectiva doctrinal y legal de las excusas legales absolutorias en el Derecho penal sustantivo cubano y su influencia en el matrimonio igualitario y la unión de hecho homoafectiva. 4.3. La circunstancia agravante del artículo 53 j) como variante para la protección de las relaciones conyugales. 4.4. Tipos penales que implican una vulneración de las relaciones familiares, el matrimonio y la unión de hecho afectiva. 5. Conclusiones. **Referencias bibliográficas.**

1. APUNTES INTRODUCTORIOS

Afirmar que la sexualidad y el género son construcciones sociales y culturales conlleva al reconocimiento de que la cultura otorga al género masculino más valor que al femenino, proporcionándole al mismo tiempo más valía a la sexualidad heterosexual que a la homosexual o bisexual. Ello explicaría el porqué de las posturas de rechazo respecto a la regulación del matrimonio igualitario y de la unión de hecho afectiva entre personas del mismo sexo que aún abundan en la actualidad.¹

El matrimonio igualitario se ha convertido en un tema crítico, donde convergen las luchas que buscan alcanzar la ampliación de los derechos sexuales en las diversas democracias industrializadas. Ello implica además la necesidad de realizar una nueva regulación de las relaciones sexuales, que sea asimilada por las estructuras que históricamente han ejercido mecanismos de dominación.² No obstante, existen otras instituciones en el Derecho familiar que ofrecen protección a los derechos que poseen las personas que mantienen una relación sentimental estable, cuando se trata de relaciones amorosas que no han sido formalizadas a través de matrimonio; una de ellas es la conocida unión de hecho, institución que por su importancia debe ser reconocida en parejas homosexuales, a fin de brindarle los mismos derechos que gozan las parejas heterosexuales.

La unión de hecho entre personas del mismo sexo constituye un derecho fundamentado en la determinación de que todo ser humano puede decidir con quién y cuándo unirse sentimentalmente y formar una familia; lo que a su vez le obliga a respetar y le legitima a ser respetado por la sociedad, sin tener en

¹ Vid. ROSAS SERRANO, Ramiro, "La instrumentación del matrimonio igualitario desde la perspectiva constitucional. El caso de Guerrero (2010-2018)", *Tesis en opción al grado científico de Maestro en Derecho*, p. 46.

² *Ibidem*, p. 54.

cuenta sus preferencias, decisiones, gustos o su orientación sexual, y a la vez, poder gozar de la totalidad de los derechos que el Estado reconoce dentro del ordenamiento jurídico, sin que se suscite una vulneración a la igualdad, ni ningún tipo de discriminación.³

En el contexto cubano, de acuerdo con PÉREZ GALLARDO, “la unión de hecho es otra de las fuentes de constitución de la familia y, hoy día, uno de los modelos familiares más comunes, en el entorno internacional. Las estadísticas demuestran que una parte importante de las personas en Cuba optan por ella, motivada por varias razones, entre ellas: por ser el proyecto de vida que se abraza, marcadamente intencional; por temor a todas las consecuencias que, en el orden patrimonial, el matrimonio importa; por la consiguiente tramitación en caso de un divorcio, con el viso de litigiosidad que suele llevar consigo; o, incluso en determinadas zonas rurales del país, por estereotipos sexistas discriminatorios contra la mujer, aun cuando esto último nos pueda resultar alarmante en esta época”⁴

Reconocer las relaciones que se establecen entre las personas del mismo sexo genera un cambio de paradigma en la concepción de familia heteronormada,⁵ que ha sido promovida y aceptada socialmente desde hace siglos, por tanto, constituye una vía para acabar con los estereotipos habituales de la familia tradicional que a día de hoy aún prolifera internacionalmente.

³ Vid. PERALTA AGUIRRE, Krystel Rosmery, “Falta de reconocimiento de la unión de hecho homosexual en el Código Civil y su vulneración al Derecho de Igualdad”, *Tesis en opción al título profesional de Abogado*, p. 1.

⁴ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Las familias en la Constitución cubana de 2019. Especial referencia al matrimonio y a la unión de hecho”, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, versión electrónica, *UH*, No. 289, enero-junio de 2020, p. 124.

⁵ La heteronormatividad refiere al sesgo que existe en la sociedad respecto a la heterosexualidad, donde solo las actitudes, las relaciones, los comportamientos y las expresiones heterosexuales son vistos de manera positiva y son aceptados como correctos, dándose así un rechazo hacia todo aquello que rompa y/o no se encuentre acorde con el patrón heterosexual. Además, la heteronormatividad está compuesta por aquellas reglas jurídicas, sociales y culturales que obligan a las personas a actuar conforme con patrones heterosexuales dominantes e imperantes. Vid. ABENSUR ZAMBRANO, Antonieta Lucía, “El derecho constitucional a la igualdad y su influencia en el matrimonio igualitario en el Sistema Jurídico Peruano”, *Tesis en opción al título profesional de Abogado*, p. 7. La heteronormatividad se presenta también como un problema de estatus de quienes no encajan en la heterosexualidad, la que ha sido asumida culturalmente como la sexualidad paradigmática, en la idea de que se trata de lo normal y natural. Vid. CANEDO CHÁVEZ, Ramiro Froilán, “Fundamentos jurídicos y sociales para instituir el matrimonio igualitario en Bolivia, como desarrollo del derecho fundamental a constituir familia sin discriminación”, *Tesis presentada en opción al grado de Magister en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales*, p. 71.

La violación de los derechos fundamentales a las personas con una orientación sexual diferente a la socialmente aceptada heterosexualidad, se ha esgrimido desde una postura homofóbica⁶ de rechazo. El arraigo que existe en la homofobia se encuentra en buena medida exponenciado por la masculinidad hegemónica tradicional, o mejor conocida como machismo,⁷ la cual fomenta ideas asociadas a lo que significa ser hombre y ser mujer, en donde lo masculino se posiciona por encima de todo lo demás y las identidades sexuales disidentes a la heterosexualidad masculina son vistas, por tanto, como una subordinación frente a esta. Las diferencias que los seres humanos manifiestan en torno a su orientación sexual y sus prácticas sexuales se han traducido socialmente en desigualdad, discriminación, estigmatización y, en ocasiones, linchamiento social y muerte.⁸

En este escenario, el Derecho se convierte en una herramienta fundamental en aras de combatir la realidad que aún se impone en la actualidad, tutelando y garantizando el respeto de los derechos que le asisten a todas las personas que integran la comunidad LGBTIQ+.⁹ Pero esta protección no puede limitarse al reconocimiento de tales derechos en sede Constitucional o Familiar, esta debe extenderse hacia todas las ramas afines del Derecho, entre las cuales se encuentra el Derecho penal, como rama de *ultima ratio* encargada de tutelar

⁶ La homofobia se presenta como una de las manifestaciones del fenómeno discriminatorio contra personas LGBTIQ+. Esta actitud negativa hacia las personas de la diversidad sexual viene de un bagaje histórico y se basa en formas de organización social heteronormadas. En distintas latitudes y de acuerdo con formas de organización locales, la homofobia ha llegado al grado de institucionalizarse como parte de una acción estatal, mientras que en otros Estados se ha lanzado una campaña integral para combatir cualquier tipo de discriminación motivada en prejuicios sexuales.

⁷ Según la Real Academia Española (RAE), machismo es la "actitud de prepotencia de los varones respecto de las mujeres, es la forma de sexismo caracterizada por la prevalencia del varón". Disponible en <https://dle.rae.es/machismo> [consultado el miércoles 28 de marzo de 2022, a las 05:28:19 p.m.].

⁸ Vid. ARIZA BARILE, Mauricio, "Discriminación y matrimonio igualitario", *Tesis en opción al grado científico de Maestro en Derechos Humanos*, p. 16.

⁹ El término LGBTIQ+ ha sido reconocido en distintas normativas y en la jurisprudencia, la que incluye a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de lo masculinos y femeninos e incluye los vocablos: Lesbiana, Gay, Bisexual, Trans o Transgénero, Intersexual y *Queers*. Este término incluye otras personas como son los asexuales y personas no binarias mediante el empleo del símbolo +. La palabra *Queers* significa "raro" en inglés y era empleado como insulto para los homosexuales, no obstante, fue reivindicada a finales de los años 80 y hoy se incorpora en las siglas, aunque no aparece aún en la mayor parte de las normas y jurisprudencia. Vid. HERRERA MONTENEGRO *et al.*, "Los derechos de las personas LGBTIQ+, agenda de género y las políticas de igualdad", *Revista de Ciencias Humanas, Teoría Social y Pensamiento Crítico*, No. 11, enero-julio de 2020, p. 11.

los bienes jurídicos de mayor relevancia para la sociedad y de castigar las conductas que atenten contra la seguridad de estos, en pos de la protección de las familias, el matrimonio y la unión de hecho, los cuales analizaremos *ut infra*.

2. EL MATRIMONIO IGUALITARIO Y LA UNIÓN DE HECHO HOMOAFFECTIVA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL MODERNO Y SU IMPACTO EN EL DERECHO PENAL

El Derecho constitucional, como rama rectora que agrupa las normas jurídicas orientadas a refrendar los principios de estructuración y organización de la sociedad y el Estado, tiene entre sus funciones esenciales la concesión, regulación y la garantía de los derechos humanos,¹⁰ que habrán de ser otorgados a todas las personas que sean reconocidas como sus ciudadanas, a través de la Constitución, la cual, como norma de rango superior, está orientada a tutelar y garantizar los derechos humanos esenciales en el desarrollo social.

Al decir de ALVARADO TAPIA, “el sustento axiológico del constitucionalismo moderno, surgido a partir de la segunda postguerra, se asienta en la consagración, reconocimiento y preponderancia de principios y valores que fundamentan las cartas constitucionales, entre los que destacan principalmente la dignidad humana, los derechos fundamentales tales como la vida, la libertad, el libre desarrollo a la personalidad así mismo la justicia, la democracia y la tolerancia. Es en este sentido que se concibe a la Constitución como un documento político con inseparables implicancias preceptivas. Comprende un conjunto de valores, principios y normas que delimitan la convivencia política y aseguran la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico del Estado. A través de ella la nación, no sólo se organiza jurídicamente sino que declara en forma solemne los valores supremos en los que cree”.¹¹

¹⁰ Los derechos humanos sostienen como características esenciales en su configuración, que existen para la protección de todas las personas sin distinción alguna, les atañen a todos por la única y exclusiva condición de ser humano. No son más que aquellos sumamente necesarios para el desarrollo de una vida plena y digna, caracterizados como: inalienables, universales, indivisibles, imprescriptibles e intransferibles, alcanzados mediante consenso de la comunidad de naciones y positivados en instrumentos internacionales de obligatorio cumplimiento para los Estados. *Vid.* RODRÍGUEZ FEBLES, Javier y Dianet GARCÍA ÁLVAREZ, *Derechos humanos, derechos constitucionales y derechos fundamentales. Un análisis desde la doctrina científico-jurídica*, p. 1596.

¹¹ ALVARADO TAPIA, Katherine del Pilar, “El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España”, *Revista de Investigación Jurídica*, No. 10, p. 2.

La tutela de los derechos humanos compete no solo al Derecho constitucional o a la Constitución como norma de mayor rango, sino a todas aquellas ramas afines del Derecho, que deben garantizar el respeto de estos. Tal es el caso del Derecho penal, que teniendo en cuenta su función de hacer valer el *ius puniendi*¹² estatal, tiene la obligación de velar por la protección de aquellos bienes jurídicos de elevada relevancia para el desarrollo de la sociedad, los cuales pueden traducirse en derechos humanos fundamentales, por ejemplo, el derecho a la vida, el derecho a la indemnidad sexual, a la integridad corporal, entre otros. De ahí la importancia de fortalecer el tratamiento que a estos derechos humanos se les ofrece en sede penal a través de las normas penales, y que estas coadyuven a garantizar todos los derechos a todas las personas, así como a reprimir desde el Derecho penal aquellas conductas que puedan lesionar derechos constitucionalmente reconocidos como el derecho a formar una familia, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que trasciende a cuestiones de orientación sexual e identidad de género, entre otros.

La nueva Constitución amplía considerablemente el catálogo de los derechos que reconoce, tutela y garantiza a todas las personas, en relación con la regulación que de estos efectuó la otrora vigente Constitución de 1976.¹³ El diseño constitucional actual los agrupa esencialmente en el Título V,¹⁴ junto a los

¹² El *ius puniendi* se traduce en la facultad que tiene el Estado para prohibir ciertos hechos bajo la conminación de sancionar su transgresión con una pena; es el poder de punición estatal que posee determinados límites, tales como los principios de legalidad; humanidad de la pena y mínima intervención penal, carácter fragmentario del Derecho penal y *ultima ratio*; entre otros. Vid. OVALLE BAZÁN, Marcelo Ignacio, "La dignidad humana como límite al *ius puniendi*. La jurisprudencia del tribunal constitucional de Chile", *Dikaion. Revista de Fundamentación Jurídica*, vol. 28, No. 1, enero-junio de 2019, p. 48.

¹³ La Constitución cubana de 1976, promulgada en fecha 24 de febrero de ese año y reformada en 1978, 1992 y en 2002, constituyó para su época un considerable paso de avance en materia de regulación de los derechos humanos y sentó el punto de partida para la construcción posterior, que fue reflejo de las conquistas alcanzadas, de una sociedad con un alto nivel de homogeneidad social, de identificación de los intereses entre los grupos y sectores participantes y de sumisión consciente de los intereses individuales a los sociales. No obstante, en el catálogo de derechos reconocidos estuvo ausente el derecho a la vida, así como las garantías jurídicas que han de instrumentarse para la defensa de todos, tanto en colectivo o en su individualidad. Además se entremezclaban derechos sociales con las garantías materiales, o en algunos casos derechos individuales con principios de procesos legales, entre otras limitaciones que han sido subsanadas con la entrada en vigor de la nueva Constitución cubana de 2019. Vid. PRIETO VALDÉS, Martha, *Artículos sobre Cuba. Enfoque constitucional*, compilación, La Habana, 2016, Bibliografía digital de la Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

¹⁴ Cfr. Constitución de la República proclamada el 10 de abril de 2019, Título V, artículos 40-100, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 10 de abril de 2019.

capítulos dedicados a las familias,¹⁵ los deberes,¹⁶ entre otros. En materia de garantías constitucionales se instituye el acceso a los órganos judiciales¹⁷ a fin de obtener una tutela efectiva de los derechos reconocidos en la Carta Magna, lo cual constituye un paso de avance respecto a su predecesora, que no establecía mecanismo alguno para la defensa de estos.¹⁸

La Constitución de 2019 no reguló concretamente un catálogo de derechos sexuales, no obstante, resulta imposible negar la existencia implícita de estos. Los artículos 47¹⁹ y 48²⁰ son prueba irrefutable de ello, puesto que ofrecen tutela constitucional al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a su propia imagen y voz, cuya vinculación es evidente con el derecho a la libertad sexual y a la autonomía, integridad y seguridad sexuales.²¹

Tomar en cuenta la orientación sexual como criterio para distribuir derechos, recortar la autonomía individual, negar el reconocimiento y no adjudicar los derechos humanos a todas las personas constituye actualmente un mecanismo obsoleto empleado años atrás, que se aleja cada vez más de la realidad social de la mayoría de países a escala mundial, pues la comunidad LGBTIQ+ ha luchado por la adquisición de los derechos que le pertenecen, llegando a considerarse actualmente que negar su existencia equivaldría a negar el atributo de humanidad de muchos individuos que ejercen su sexualidad de

¹⁵ *Ibidem*, Título V, Capítulo III, artículos 81-89.

¹⁶ *Idem*, Título V, Capítulo IV, artículo 90.

¹⁷ Cfr. Constitución de la República proclamada el 10 de abril de 2019, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 10 de abril de 2019. Artículo 92.- *“El Estado garantiza, de conformidad con la ley, que las personas puedan acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Las decisiones judiciales son de obligatorio cumplimiento y su irrespeto deriva responsabilidad para quien las incumpla”*.

¹⁸ Vid. BERTOT TRIANA, Harold, “Comentario a la Constitución cubana de 2019. Notas a la luz de su entrada en vigor”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXIX, No. 274, mayo-agosto de 2019, p. 1036.

¹⁹ Cfr. Constitución de la República proclamada el 10 de abril de 2019, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 10 de abril de 2019. Artículo 47.- *“Las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y deben guardar entre sí una conducta de respeto, fraternidad y solidaridad”*.

²⁰ Cfr. Constitución de la República proclamada el 10 de abril de 2019, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 10 de abril de 2019. Artículo 48.- *“Todas las personas tienen derecho a que se les respete su intimidad personal y familiar, su propia imagen y voz, su honor e identidad personal”*.

²¹ Vid. VÁZQUEZ SEJIDO, Manuel, “Constitución en Cuba: una mirada a los derechos sexuales relativos a la orientación sexual e identidad de género”, *Revista Sexología y Sociedad*, p. 62.

manera distinta a la hegemónica heterosexualidad. En esta misión, sus miembros han contado con diversos instrumentos que, desde diferentes saberes o ciencias, se han esgrimido en pos de la conquista de estos derechos; dentro de estos han sido considerablemente efectivos los argumentos sostenidos sobre la base de los principios de igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y del principio de dignidad humana, reconocidos por nuestra Constitución vigente.²²

2.1. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y DIGNIDAD HUMANA COMO PUNTO DE PARTIDA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS QUE INTEGRAN LA COMUNIDAD LGBTIQ+ EN CUBA

La sistemática de la norma constitucional cubana en relación con la comunidad LGBTIQ+ reclama el compromiso de todo el andamiaje de instituciones que conforman el aparato estatal en la lucha por minimizar la discriminación que aún persiste.²³ La Constitución, por cuanto es expresión del nivel de desarrollo sociocultural alcanzado, está orientada a contribuir, a promover el respeto por las diferentes formas de manifestar la sexualidad, mediante una norma que establece derechos, conceptos y principios fundamentales. Otra de las funciones del nuevo texto constitucional en materia de tutela de derechos relativos a la orientación sexual y a la identidad de género va dirigida al diseño de mecanismos y políticas en el ámbito educativo, que coadyuven a fomentar el respeto por la diversidad sexual y la posibilidad de que los miembros de la comunidad LGBTIQ+ sean libres para expresarse y reconocerse tanto en las instituciones estatales como en la sociedad en general.²⁴

Examinar los argumentos que desde el punto de vista se pueden esgrimir a favor del matrimonio igualitario conduce inequívocamente al análisis de los

²² FERNÁNDEZ REVOREDO, María Soledad, *El peso de la igualdad en el debate sobre el reconocimiento de uniones afectivas entre personas del mismo sexo*, p. 307.

²³ La cultura machista y patriarcal aún latente en la sociedad cubana es indubitable. Una de sus manifestaciones más recientes tuvo lugar durante el proceso de consulta popular de la Constitución de 2019, pues la homofobia, la transfobia y la lesbofobia se apoderaron de los debates que con respecto a la posible aprobación del matrimonio igualitario se suscitaron, lo que trajo como resultado que, como veremos *ut infra*, el precepto que lo regulaba prescindiera de su definición.

²⁴ Vid. LORIE TAPIA, Lilibet, "Igualdad y comunidad LGBTI en el discurso constitucional cubano. Una aproximación a las posibilidades de la Constitución de 2019", *Revista de Cultura Jurídica*, Institución Fernando el Católico, vol. 22, p. 267.

principios de dignidad humana, igualdad y no discriminación y libre desarrollo de la personalidad. Si bien los tres constituyen sólidos argumentos, consideramos que el más idóneo para abordar este escenario es el principio de igualdad y no discriminación, puesto que se desprende del principio de dignidad humana, surgiendo entre ellos una relación de género-especie, lo cual convierte al principio de igualdad en un fundamento más concreto y consistente, derivado de un principio rector, que es la dignidad humana, a fin de enarbolar la igualdad de derechos para todas las personas.²⁵

- El principio de igualdad y no discriminación en la Constitución cubana de 2019

La igualdad es uno de los pilares del constitucionalismo moderno y un ícono de la cultura jurídica. La concepción que sobre la igualdad se ha tenido permitió una evolución conforme con el desarrollo sociojurídico alcanzado hasta nuestros días. En materia de reconocimiento de los derechos de las personas pertenecientes a la comunidad LGBTIQ+, es preciso apuntar que no fue hasta finales del pasado siglo que comenzó a ser escuchado el reclamo de los grupos sociales que históricamente habían sido víctimas de discriminación y abusos por razón de su orientación sexual o identidad de género. La reivindicación de los derechos de estas personas perseguía como fin que no se diseñara, a partir de la igualdad, una sociedad igualitaria preconfigurada, sino una sociedad en la que diferentes subconjuntos fueran acreedores de diferentes tratamientos, dando paso así a la fase sustancial de la igualdad civil.²⁶

Un elemento fundamental dentro del principio de igualdad es la no discriminación, la cual constituye el derecho que poseen todas las personas a ser tratadas de forma homogénea, sin distinciones, exclusiones o restricciones arbitrarias, de modo tal que propicie el ejercicio y aprovechamiento de sus derechos y libertades fundamentales y el libre acceso a las oportunidades socialmente disponibles. Tal protección debe interpretarse como una serie de medidas de corte legal, dirigidas a tratar a todas las personas de la misma manera, independientemente de sus atributos o características como la edad, la orientación sexual, la identidad de género, la raza o etnia, la discapacidad, entre otras.²⁷

El elemento de la no discriminación guarda estrecha relación con el principio de humanización de la pena, el cual, a su vez, trasciende para el Derecho penal, por

²⁵ Vid. FERNÁNDEZ REVOREDO, María Soledad, *La igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú*, p. 39.

²⁶ Vid. LORIE TAPIA, Lilibet, "Igualdad y comunidad LGBTI...", ob. cit., p. 252.

²⁷ Vid. RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, "Definición y concepto de la no discriminación", *El Cotidiano*, p. 28.

su significativo impacto en la prohibición de los actos de tortura o tratos crueles y degradantes a las personas que se encuentran en situación de detención o privación de libertad, especialmente cuando estas conductas lesivas de la dignidad humana se cometen por motivos discriminatorios de diversa índole, dentro de los cuales se encuentran la orientación sexual y la identidad de género, razón por la cual el principio de igualdad en sede penal parte del tratamiento igual para los iguales y desigual para los desiguales, de forma tal que no pueden efectuarse diferenciaciones por razones de género bajo el imperio de este principio en el Derecho penal, toda vez que se trata de un principio limitativo del *ius puniendi* estatal.

El principio de igualdad y no discriminación, contenido en el artículo 41 de la Constitución cubana de 2019, y desarrollado con mayor profundidad en el artículo 42 de dicha norma, reconoce la igualdad de todas las personas ante la ley y garantiza que estas serán protegidas y tratadas en un plano de igualdad por las autoridades, reconociendo pues que gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades e incorporando las categorías género, orientación sexual e identidad de género como causales de discriminación previstas taxativamente; lo cual configura además límites en el ejercicio de los derechos de terceros y en la actuación de funcionarios públicos en consonancia con el carácter limitador de la potestad de punición estatal que en sede penal ostenta este principio.²⁸

- El principio de libre desarrollo de la personalidad en la Constitución cubana de 2019, su reflejo en el Derecho penal

El libre desarrollo de la personalidad no es un mero ideal social jurídicamente irrelevante, sino que constituye una fórmula jurídica reconocida habitualmente a nivel constitucional, que como derecho humano concedido a todas las personas por el simple hecho de serlo, irradia el conjunto del ordenamiento jurídico, proyectando su acción sobre el Derecho en su totalidad, pues el desarrollo de la personalidad alcanza diferentes aristas en la vida del ser humano y por tanto puede incidir en disímiles ramas del Derecho, como son el Derecho civil,²⁹ el Derecho familiar e incluso en el Derecho penal.³⁰

²⁸ Vid. VÁZQUEZ SEJIDO, Manuel, "Constitución en Cuba: una mirada a los derechos...", ob. cit., p. 62.

²⁹ Desde la perspectiva del Derecho civil, existe una estrecha relación entre los derechos inherentes a la personalidad y los derechos humanos fundamentales, dentro de los cuales se incluye, indudablemente, el libre desarrollo de la personalidad. Entre ambas categorías debe fluir una constante interconexión, una recíproca influencia, por cuanto ambos pretenden proteger los bienes supremos del ser humano. Vid. VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, "Comentarios al artículo 38", en *Comentarios al Código Civil cubano*, t. I – *Disposiciones preliminares*, Libro Primero – *Relación jurídica*, vol. II (artículos del 38 al 80), p. 6.

³⁰ Vid. SANTANA RAMOS, Emilia, "Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, p. 100.

Desarrollar la personalidad es desplegar las condiciones propias del ser humano, las notas que definen precisamente su condición humana; lo que conllevaría a la existencia de una íntima conexión entre las ideas que representan los conceptos constitucionales de dignidad personal, de derechos humanos y de libre desarrollo de la personalidad. La dignidad personal es un atributo inherente a la naturaleza del ser humano y, de tal modo, no admite en principio ninguna forma de variabilidad, de ahí que posea un carácter irrenunciable, aunque en determinados casos su titular pueda privarse del ejercicio de esta, pero no de la titularidad que, *per se*, le pertenece a todas las personas. La dignidad, por cuanto atributo de la personalidad, se traduce en el libre desarrollo de la personalidad, lo que implica que el sujeto posea la capacidad para disponer por sí mismo y sin interferencias ajenas de todas aquellas cuestiones que le afecten directamente su esfera de intereses.³¹

El libre desarrollo de la personalidad, reconocido en la Constitución de 2019 en el supracitado artículo 47, conlleva, implícitamente, al derecho que tienen todas las personas de fundar una nueva familia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 81 del propio texto, empleando para tal fin el modelo que elija y que responda a sus intereses y necesidades, según el proyecto de vida que se haya diseñado para sí.³² Se trata de la construcción de una sociedad sobre la base de la celebración de las diversidades, de la inclusividad, del respeto a las libertades ajenas y no de la tolerancia a la diferencia, donde todas las facetas del comportamiento humano puedan cohabitar y dialogar sin demeritarse, agredirse o discriminarse.³³

No obstante lo anterior, el Derecho penal establece determinados límites al libre desarrollo de la personalidad, puesto que existen conductas que en la actualidad son inconcebibles en la sociedad cubana, dentro de ellas se encuentra la poligamia y la bigamia, siendo la primera una forma de concepción del matrimonio muy común en las sociedades orientales regidas por otras costumbres diferentes a las occidentales, donde este tiene un fuerte carácter monogámico. Por su parte, como analizaremos *ut infra*, la bigamia es reconocida en el vigente Código penal cubano como una figura delictiva que afecta el “normal desarrollo de la familia”, aspecto que fundamenta la imposibilidad de contraer y mantener dos matrimonios legalmente en nuestro país bajo el escudo del libre desarrollo de la personalidad.

³¹ *Ibidem*, pp. 102-103.

³² *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Las familias en la Constitución cubana de 2019...”, *ob. cit.*, p. 114.

³³ *Cit pos.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Las familias en la Constitución cubana de 2019”..., *ob. cit.*, p. 114.

- *El principio de dignidad humana en la Constitución cubana de 2019*

La dignidad humana constituye la esencia y el rasgo más intrínseco y propio de la persona. Por este motivo resulta trascendente su protección por el Derecho, a través de las diversas ramas y legislaciones, pues es esta tutela legal la que garantiza su efectiva observancia y respeto. Es un concepto unificador, y al ser este uno de sus grandes méritos existe por tanto consenso en que debe ser protegida y garantizada por los ordenamientos jurídicos en general. Inclusive, puede entenderse como la finalidad de todo derecho y, si se trata de Estados constitucionales, como su esencia.³⁴ Es el fundamento de todos los derechos, es el elemento que permite la concepción común de estos, consecuente en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inherentes a todos los miembros de la familia, pese a los diversos sistemas culturales, económicos, políticos, sociales y religiosos que dividen al mundo.³⁵

El artículo 1³⁶ de la actual Constitución cubana ofrece tutela expresa a la dignidad humana, la igualdad, la equidad y la libertad, principios que se pueden apreciar de forma transversal en el propio texto constitucional. Ejemplo de ello lo constituye la regulación del artículo 13, inciso f,³⁷ el cual prescribe que entre los fines esenciales del Estado se encuentra *“garantizar la dignidad plena de las personas y su desarrollo integral”*. Se reconocen estos principios además en el artículo 40,³⁸ cuando sostiene que *“la dignidad humana es el valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados*

³⁴ MOLINA BERTRÁN, Angélica María y Gretcher LAMAS BERTRÁN, “La dignidad humana: propuestas de protección jurídica”, *Revista Jurídica Pielagus*, vol. 17, No. 2, p. 12.

³⁵ Vid. MARROQUÍN NASAMUES, Lady Johanna y Yuly Marcela QUICENO MEZA, “La dignidad humana como valor y principio constitucional frente a la inclusión laboral de las personas con diversidad funcional motriz en el sector privado de la ciudad de Santiago de Cali”, *Tesis presentada en opción al grado científico de abogado*, p. 43.

³⁶ Cfr. Constitución de la República proclamada el 10 de abril de 2019, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 10 de abril de 2019. Artículo 1.- *“Cuba es un Estado socialista de derecho y justicia social, democrático, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos como república unitaria e indivisible, fundada en el trabajo, la dignidad, el humanismo y la ética de sus ciudadanos para el disfrute de la libertad, la equidad, la igualdad, la solidaridad, el bienestar y la prosperidad individual y colectiva”*.

³⁷ *Ibidem*. Artículo 13.- *“El Estado tiene como fines esenciales los siguientes:*
[...]

f) *garantizar la dignidad plena de las personas y su desarrollo integral; [...]*

³⁸ *Idem*. Artículo 40.- *“La dignidad humana es el valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, los tratados y las leyes”*.

en la Carta Magna"; y en el artículo 41³⁹ al aseverar que "el Estado cubano reconoce y garantiza a las personas el ejercicio de los derechos humanos, en correspondencia con los principios de progresividad, igualdad y no discriminación".⁴⁰ De esa manera se identifica a la dignidad humana como un principio matriz del cual dimanarán los otros principios positivados, con el fin de convertirse en derechos humanos, dentro de los cuales, en sede penal puede destacarse el principio de humanización de la pena, reconocido como limitativo del derecho de punición del Estado y como uno de las máximas esenciales del Derecho de ejecución penal, tanto a escala internacional como nacional.

La dignidad humana es un importante límite al *ius puniendi* estatal, no reconocerla como tal traería como resultado el sometimiento del ser humano a un Estado omnipotente. Esta situación ha sido superada a partir del surgimiento del constitucionalismo y su ideal de limitación del poder y de aseguramiento del respeto de los derechos y las libertades de las personas. La dignidad humana al avanzar lo hace en contra del sistema penal; incluso, es dable aseverar que la humanidad ha avanzado históricamente en pugna contra este. Por ello es que la relevancia de los límites al *ius puniendi* reside en el hecho de que las normas penales tienen dentro de sus finalidades moderar la potestad de punición estatal, de manera que las sanciones que no respetan el ideal democrático o transgreden los límites que impuestos, como la dignidad humana, tienden a sucumbir el orden social interno.⁴¹

El matrimonio igualitario y la unión de hecho homoafectiva fortalecen la dignidad de la persona porque amplían su libertad para decidir la forma de organización familiar o marital que puede entablar, la cual debe ser reconocida, aceptada y respetada por la sociedad y protegida desde el Derecho por sus diferentes ramas, entre las cuales se encuentran el Derecho familiar, el Derecho constitucional y el Derecho penal, entre otros.⁴²

³⁹ *Idem.* Artículo 41.- "El Estado cubano reconoce y garantiza a la persona el goce y el ejercicio irrenunciable, imprescriptible, indivisible, universal e interdependiente de los derechos humanos, en correspondencia con los principios de progresividad, igualdad y no discriminación. Su respeto y garantía es de obligatorio cumplimiento para todos".

⁴⁰ Vid. VÁZQUEZ SEJIDO, Manuel, "Constitución en Cuba: una mirada a los derechos...", ob. cit., pp. 61-62.

⁴¹ Vid. OVALLE BAZÁN, Marcelo Ignacio, "La dignidad humana como límite...", ob. cit., p. 8.

⁴² Vid. SALINAS HERNÁNDEZ, Héctor Miguel, "Matrimonio igualitario en la ciudad de México. ¿Por qué quieren casarse los gays?", p. 164.

2.2. RECONOCIMIENTO LEGAL DEL MATRIMONIO IGUALITARIO Y LA UNIÓN DE HECHO HOMOAFECTIVA EN LA CONSTITUCIÓN CUBANA DE 2019

Desde el punto de vista constitucional, la entrada en vigor de la Constitución de 2019 supone un salto cualitativo en relación con el Derecho familiar. La norma suprema actual hace referencia ya no a familia en sentido singular, como lo hiciera la otrora Constitución de 1976, sino a familias, lo que se traduce en un concepto más amplio, que posibilita extender la protección jurídica hacia las disímiles tipologías familiares que existen actualmente. De acuerdo con su artículo 81,⁴³ estas constituyen la célula fundamental de la sociedad. Dentro de este nuevo modo de concebir a las familias, el matrimonio se erige como una institución fundamental en su estructuración, toda vez que es definido por el propio texto constitucional como una de las formas de organización familiar, basada en el libre consentimiento y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges, siguiendo la letra del artículo 82 de la norma.

De acuerdo con VÁZQUEZ SEJIDO, "el reconocimiento de la diversidad familiar que opera en el artículo 81, es uno de los asideros para el disfrute del derecho a la libre asociación sexual y a la toma de decisiones reproductivas. Este artículo constitucional asestó un golpe mortal y desarticuló el modelo heteropatriarcal respecto a la configuración familiar en Cuba, a la vez que institucionalizó el afecto como elemento constitutivo de las familias".⁴⁴ La relevancia jurídica de dicho precepto trasciende además por la aseveración que efectúa la norma cuando dispone la obligación del Estado a reconocer y proteger a las familias, independientemente de su forma de organización.

El derecho humano a acceder al matrimonio igualitario o a la unión de hecho homoafectiva, así como el de formar una familia, no son postulados independientes, tampoco pueden ser estáticos, sino que constituyen derechos en acción interdependientes y progresivos, toda vez que se encuentran interrelacionados entre sí, robusteciéndose conjuntamente. De ahí que no pueda

⁴³ Cfr. Constitución de la República proclamada el 10 de abril de 2019, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 10 de abril de 2019. Artículo 81.- "Toda persona tiene derecho a fundar una familia. El Estado reconoce y protege a las familias, cualquiera sea su forma de organización, como célula fundamental de la sociedad y crea las condiciones para garantizar que se favorezca integralmente la consecución de sus fines.

"Se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho, de naturaleza afectiva, y se basan en la igualdad de derechos, deberes y oportunidades de sus integrantes.

"La protección jurídica de los diversos tipos de familias es regulada por la ley".

⁴⁴ VÁZQUEZ SEJIDO, Manuel, "Constitución en Cuba: una mirada a los derechos...", ob. cit., p. 62.

concebirse el derecho de acceso al matrimonio a las personas del mismo sexo cuando no se garantice el pleno derecho a formar una familia, puesto que estos derechos instauran relaciones recíprocas entre sí y no pueden ser analizados de forma aislada o individual, porque son indivisibles, constituyen un conjunto de derechos que deben ser garantizados a todas las personas partiendo de la Constitución como norma de mayor jerarquía normativa y culminando con las normas especiales intrínsecamente relacionadas con estos.⁴⁵

La fórmula jurídica empleada por el texto constitucional para la regulación del matrimonio suprime totalmente la referencia al género de los contrayentes, pues este particular debe quedar definido en el futuro Código de las Familias, disponiendo además que se trata de una institución fundada en el libre consentimiento y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges.⁴⁶ Si bien no da reconocimiento expreso al matrimonio igualitario, tal como sucede en el caso de Argentina⁴⁷ y Uruguay,⁴⁸ países de nuestra región geográfica pioneros en el reconocimiento de esta institución mediante la promulgación de leyes ordinarias, es indudable que nuestro texto constitucional allanó el camino para que el venidero Código de las Familias lo regule.

Con respecto a la labor del legislador del futuro Código de las Familias, en relación con la formulación de los preceptos relacionados con el matrimonio y su constitución, suscribimos la postura asumida por PÉREZ GALLARDO cuando asevera que “se deja al legislador infraconstitucional la misión –nada fácil, por cierto– de regular la forma en que se constituye el matrimonio, determinar los sujetos entre los cuales puede contraerse, y su número, la autoridad competente para su formalización, impedimentos matrimoniales, documentos a aportar, y demás presupuestos o requisitos para su formalización y efectos jurídicos, según el dictado del artículo 82, párrafo segundo.”⁴⁹

En cuanto a la unión de hecho, resulta imposible no resaltar que esta es una de las instituciones que ha recibido un revolucionario tratamiento en sede cons-

⁴⁵ Vid. CONTRERAS GONZÁLEZ, Hidrael, *Matrimonio igualitario y reproducción asistida en México: hacia una sociedad incluyente*, p. 39.

⁴⁶ Vid. VÁZQUEZ SEJIDO, Manuel, “Constitución en Cuba: una mirada a los derechos...”, ob. cit., pp. 62-63.

⁴⁷ Cfr. Ley 26618 de 2010 de 15 de julio de 2010 y sus modificaciones, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26618-169608/normas-modifican>

⁴⁸ Cfr. Ley 19075 de 3 de mayo de 2013, disponible en <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp9459133.htm>

⁴⁹ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Las familias en la Constitución cubana de 2019...”, ob. cit., p. 118.

titucional. El artículo 82 de la Carta Magna cubana le brinda reconocimiento en su tercer párrafo, sin ahondar en cuestiones relativas a la orientación sexual o la identidad de género de las personas que la integren, tal y como ocurre en la regulación del matrimonio en el párrafo que le antecede, donde se prescinde de definiciones que serán abordadas en el Código de las Familias, pero estableciendo como requisitos indispensables para su constitución: la aptitud legal, la singularidad y la estabilidad.

El texto constitucional de 2019 regula la unión de hecho con un enfoque horizontal de las tipologías familiares, dicha horizontalidad viene dada por el hecho de que, para el constituyente, estas poseen igual valor y, por tanto, deben contar con una protección homogénea por el Derecho.⁵⁰ Esta intención del constituyente resulta un elemento de marcada connotación, pues desde el plural utilizado en el término 'familia' para recalcar que ya no se hace referencia como modelo a la clásica familia heteronormada, hasta la identificación del matrimonio como una de las formas de organización de las familias y no la única, se persigue un fin común, la inclusividad. Analicemos entonces el tratamiento que desde el Derecho familiar se ofrece al matrimonio igualitario y a la unión de hecho y cómo ello influye en el Derecho penal sustantivo cubano, a partir de la protección al bien jurídico familia, incluido en el Título XI, de los "Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud"⁵¹ y otras tipologías delictivas del vigente Código penal cubano, que si bien no lo lesionan directamente, presentan una repercusión que se precisa valorar.

3. EL MATRIMONIO IGUALITARIO Y LA UNIÓN DE HECHO HOMOAFECTIVA COMO INSTITUCIONES PROPIAS DEL DERECHO FAMILIAR CON TRASCENDENCIA PARA EL DERECHO PENAL

Establecer y proteger las relaciones jurídicas sobre las cuales se construyen y se organizan las familias constituye una misión fundamental para el Derecho familiar y eje central de las normas jurídicas que abordan cuestiones inherentes a esta rama del Derecho. Las familias pueden conformarse de diferentes formas, ya sea por medio de vínculos naturales o jurídicos, dentro de los cuales puede destacarse la adopción, la unión de hecho, la procreación de hijos biológicos,

⁵⁰ *Ibidem*, p. 127.

⁵¹ Cfr. Título XI, artículos 298-317, *Código Penal de la República de Cuba, Ley N° 62 de 1987*, 3ª ed., Ediciones ONBC, La Habana, 2017, p. 208.

el matrimonio, las familias unipersonales, entre otros, que deben ser regulados coherentemente de cara a garantizar la tutela de las relaciones familiares que estos generen.⁵²

Las relaciones familiares han ido mutando con el propio desarrollo del ser humano, trayendo como resultado que en la actualidad coexistan una variedad de nuevas construcciones familiares, las cuales forman parte del nuevo contexto social de gran parte del mundo y difieren o se alejan en cierta medida de “la familia tradicional”. El impacto social que ha generado la existencia de estas tipologías familiares conlleva a la necesidad de que estas sean reguladas por el Derecho, teniendo en consideración su importancia para el establecimiento del orden social y la protección de los derechos de los ciudadanos. Ello desempeña una función fundamental en aras de brindar seguridad jurídica⁵³ a estos ciudadanos, con el fin de reconocer sus derechos y establecer sus obligaciones, habida cuenta de su existencia en la sociedad.⁵⁴

En este escenario de cambios en cuanto a la concepción del término familia y de los elementos que este debería englobar, el matrimonio igualitario y la unión de hecho homoafectiva se erigen como instituciones fundamentales en aras de la consolidación de estas tipologías familiares en la sociedad, puesto que estas son una vía para la conformación de las familias, para lo cual, considerando que dichas instituciones se adscriben al Derecho familiar, resulta inminentemente necesario que estas sean tuteladas por esta rama del Derecho, cuestión que hasta la actualidad no ocurre en nuestro país y que debe cambiar en la cercana promulgación del nuevo Código de las Familias.⁵⁵

⁵² Vid. MEJÍA GALLEGO, Esteban y Cristian MESA RIVAS, *Materialización del derecho a la conformación de la familia en el marco del matrimonio igualitario en Colombia*, p. 17.

⁵³ La seguridad jurídica es la certeza que posee la sociedad de que su situación jurídica no podrá ser modificada fuera de los procedimientos regulares y establecidos previamente en la norma correspondiente. Vid. GÁLVEZ PUEBLA, Iracema, “El carácter expansionista del Derecho Penal. Sus retos y perspectivas para sostener la seguridad jurídica en pos de la seguridad ciudadana”, *Revista VLex*, versión electrónica.

⁵⁴ Vid. PÉREZ DUHARTE, Arlín del Pilar y Reynaldo Jorge LAM PEÑA, *La construcción jurídica de las nuevas formas de familias en la legislación penal sustantiva cubana actual*, p. 261.

⁵⁵ Con la entrada en vigor de la Constitución cubana de 2019 surge la necesidad de promulgación de un nuevo Código de las Familias que se atempere a la realidad sociofamiliar cubana imperante. Así, la política aprobada para la elaboración del nuevo Código responde a un mandato constitucional, específicamente a la Disposición Transitoria Decimoprimera, que indicó la necesidad de elaborarlo y aprobarlo a fin de que sea una norma coherente en relación con el texto constitucional vigente y los tratados internacionales ratificados por nuestro país. Disponible en <https://www.cubadebate.cu/no->

Empero, la nueva concepción sobre las familias deberá ser abordada y tutelada no solo desde el Derecho familiar o constitucional, sino que debe extenderse hacia todas las ramas afines, dentro de las cuales se encuentra el Derecho penal, que como rama del Derecho de *ultima ratio*⁵⁶ protege los bienes jurídicos de mayor relevancia para la sociedad, entre los cuales se encuentran, indiscutiblemente, las familias y las relaciones que entre estas se susciten con trascendencia para esta rama del Derecho. Es así que el Derecho penal debe proteger, además de las familias y las relaciones familiares como bien jurídico,⁵⁷ a aquellas relaciones amorosas que tengan relevancia para el Derecho, o sea, que se trate del matrimonio o de la unión de hecho, independientemente de si se trata de una relación homosexual o heterosexual, en las que alguno de sus miembros pueda resultar responsable penalmente,⁵⁸ brindándole protección a su pareja y ofreciéndole las garantías correspondientes, que serán analizadas con mayor profundidad *ut infra*.

[ticias/2021/05/19/un-codigo-de-las-familias-que-se-parezca-a-cuba-/amp/](#) [consultado el 16 de agosto de 2021 a las 02:32:21 p.m.].

⁵⁶ El Derecho Penal es de *ultima ratio*, pues, debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado cuando se carece de otros menos lesivos, lo que conlleva a que solo los bienes jurídicos de mayor relevancia e impacto social deberán ser protegidos por el Derecho penal. *Vid.* MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio, "El principio de intervención mínima o última ratio en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo", *Revista del Sector Inmobiliario*, No. 150, p. 34.

⁵⁷ En materia de relaciones familiares, el Código penal cubano vigente, Ley No. 62 de 1987, regula en el segundo capítulo del Título XI, los delitos contra el normal desarrollo de la familia. El bien jurídico protegido es la familia, en los diversos ámbitos que considera el legislador que pueden vulnerar su correcto funcionamiento, y para los cuales resulta necesaria la intervención del Derecho penal como *ultima ratio*. *Vid.* 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*, t. II, p. 391.

⁵⁸ El Código penal cubano vigente protege al matrimonio heterosexual debidamente formalizado y a determinadas relaciones familiares (ascendientes, descendientes o hermanos), cuando en su artículo 160, apartado tercero, exonera de responsabilidad penal a quien "*oculte o le facilite ocultarse o huir o altere o haga desaparecer indicios o pruebas que cree que puedan perjudicarla o en cualquier otra forma la ayude a eludir la investigación y a sustraerse de la persecución penal*". La justificación de esta determinación del legislador penal se basa en la existencia de una institución clásica del Derecho penal: las excusas legales absolutorias, las cuales constituyen causas personales, intransferibles, determinantes de la impunidad de un hecho antijurídico, cometido por un sujeto imputable y culpable. Cuando concurre una excusa legal absolutoria, no se impone al sujeto la pena, ha de afirmarse en el hecho de que existiendo delito con todas sus características, incluso la de la penalidad, en el caso concreto no se impone la sanción propia por razones político-penales de utilidad práctica. Ellas solo eliminan los efectos abstractamente previstos para la infracción. *Vid.* QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Manual de Derecho Penal*, t. I, p. 87.

El Proyecto de Código de las Familias cubano brinda un revolucionario tratamiento a la institución del matrimonio, cuando en su artículo 197⁵⁹ le define como la unión voluntariamente concertada entre dos personas, sin ahondar en cuestiones discriminatorias de orientación sexual o identidad de género y, por tanto, dando cabida a la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cual supone un paso fundamental en aras de la legitimación de los derechos de las personas que integran la comunidad LGBTIQ+. La letra del precepto objeto de análisis responde además a la sistemática inclusiva del texto constitucional cubano de 2019, ampliando así su abanico de derechos y garantías, que desde la Carta Magna se han venido reconociendo y que deben primar en todo el ordenamiento jurídico interno.

La preceptiva del Proyecto responde a una nueva visión del Derecho familiar, irradiada por nuevas concepciones en cuanto a la configuración de las diversas tipologías familiares y a su incidencia en el desarrollo social. En relación con la regulación del matrimonio, el texto marca un hito evolutivo fundamental, que trasciende más allá de la posibilidad de concertar el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, los cuales, *grosso modo*, pudieran sintetizarse en la posibilidad de seleccionar un régimen matrimonial distinto a la comunidad de bienes establecidos en el cuarto capítulo del Proyecto y el deber de cuidado familiar que poseen los cónyuges, prescrito en el artículo 206,⁶⁰ entre otros tantos avances que se traducen en nuevos retos para el perfeccionamiento de nuestro ordenamiento jurídico y para los aplicadores del Derecho.

La publicación del Proyecto de Código de las Familias cubano y la futura promulgación del Código de las Familias simboliza para el Derecho penal sustantivo vigente un pie forzado al cambio, a la atemperación del Código Penal vigente a una nueva forma de concebir las familias y el matrimonio, otorgándole

⁵⁹ Cfr. Proyecto de Código de las Familias cubano, versión electrónica, disponible en <https://www.cubadebate.cu/noticias/2021/09/15/disponible-proyecto-del-codigo-de-las-familias.pdf/> Artículo 197. 1.- *“El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de dos personas con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común, sobre la base del afecto, el amor y el respeto mutuo.*

2. *Constituye una de las formas de organización de las familias y se funda en el libre consentimiento y en la igualdad de derechos, deberes y capacidad legal de los cónyuges.*

3. *El matrimonio solo produce efectos legales cuando se formalice ante funcionario competente”.*

⁶⁰ *Ibidem.* Artículo 206.- *“Ambos cónyuges tienen la corresponsabilidad en el cumplimiento del deber de cuidar la familia que han creado y contribuir con la satisfacción de sus necesidades afectivas y espirituales, en la formación y educación de las hijas e hijos comunes, o los propios de cada uno de ellos, participan de conjunto en el gobierno del hogar y contribuyen a su mejor desenvolvimiento, en la medida de las capacidades o posibilidades de cada uno”.*

la responsabilidad de no proteger solamente al matrimonio heterosexual, sino al matrimonio, independientemente de la orientación sexual o identidad de género de sus contrayentes, lo cual habrá de verse reflejado en la venidera modificación de este, a fin de reconocer y garantizar los derechos del cónyuge de una persona que pueda resultar responsable penalmente.

El reconocimiento de las uniones de hecho, heterosexuales y homosexuales, como formas alternativas de familia establecidas mediante vínculos naturales, constituye una irrefutable realidad para la sociedad latinoamericana actual, pues un elemento que es común para la mayoría de los Estados que conforman esta región geográfica viene dado por el hecho de que estos han sido impactados por la marcada influencia de las legislaciones romanistas heredadas de los países conquistadores provenientes de la Península Ibérica. Los efectos jurídicos de este hecho son incuestionables, toda vez que inciden mucho más allá del ámbito exclusivamente familiar y social, involucrando varias ramas del Derecho además del propio Derecho familiar, entre las cuales se encuentran el Derecho penal y el Derecho Constitucional.⁶¹

La unión de hecho engloba un conjunto de múltiples y heterogéneas realidades humanas, las cuales poseen como elemento común el hecho de ser convivencias de tipo sexual o afectivo que no constituyen matrimonios *per se*. Las uniones de hecho se caracterizan, precisamente, por postergar, ignorar o, en algunos casos, rechazar el compromiso o el vínculo conyugal, el mismo que, tradicionalmente, ha tenido vocación de perpetuidad.⁶² La esencia misma de la unión de hecho, como realidad social más que como institución, no interpone el género de las personas que la integran como un requisito para su consolidación y legitimación; este elemento se ha arraigado como una cuestión meramente jurídica, reconocido en disímiles normas de determinados ordenamientos jurídicos, pero a nivel social resulta tan frecuente la existencia de las uniones de hecho compuestas por personas del mismo sexo como las uniones de hecho de parejas heterosexuales.

La importancia de tutelar y dar reconocimiento legal a la unión de hecho trasciende al Derecho penal de forma indubitable, pues en su misión de proteger las relaciones familiares como bien jurídico penal, esta rama del Derecho debe

⁶¹ Vid. SANTACRUZ LÓPEZ, Raúl y Jinyola BLANCO RODRÍGUEZ, "La protección penal de las uniones de hecho en Latinoamérica", *Universitas*, No. 130, p. 274.

⁶² Vid. TOCA QUIMBITA, Sonia Verónica, "La unión de hecho de homosexuales y su incidencia jurídica", *Tesis presentada en opción al título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador*, p. 27.

brindar resguardo a las diversas tipologías familiares que se instauran en la sociedad, así como a todas las formas de uniones afectivas que van más allá del matrimonio y pueden configurarse actualmente. Empero, el tratamiento eficaz de estas relaciones familiares por el Derecho penal dependerá en gran medida de la tutela que a estas ofrezca el Derecho familiar como eje central del desarrollo de estas relaciones, por lo que resulta imprescindible que la norma sustantiva en materia familiar aborde estas novedosas instituciones de la forma más precisa posible, referido a cómo se suscitan estas en la comunidad.

Una de las realidades sociales que ha sido eficientemente plasmada en el Proyecto de Código de las Familias cubano es la relativa a las uniones de hecho afectivas, las cuales aparecen reguladas a partir del artículo 302⁶³ del Proyecto y, al igual que la fórmula empleada en el precitado artículo 197 del proyecto respecto al matrimonio, da cabida a la concertación de la unión entre personas del mismo sexo que reúnan los requisitos que establece el precepto, superando así la regulación que en cuanto al reconocimiento judicial de unión matrimonial no formalizada efectuaba el Código de Familia de 1975, que solo permitía dicho reconocimiento en parejas heterosexuales, puesto que establecía para ello los mismos requisitos que para la concertación del matrimonio.

Un aspecto novedoso que destaca en cuanto a las uniones de hecho afectivas es el relativo a su constitución. Este particular lo prescribe el artículo 303 y siguientes del Proyecto e introduce la posibilidad de optar por una de las dos vías que establece para reconocer la unión, estas son la vía notarial⁶⁴ y

⁶³ Cfr. Proyecto de Código de las Familias cubano, ob. cit. Artículo 302.1.- *“Las disposiciones de este Título se aplican a las uniones de hecho afectivas entre dos personas con aptitud legal para ello, que comparten un proyecto de vida en común, de carácter singular, estable, notorio y durante al menos dos años.*

2. Para que gocen de tal protección se requiere su instrumentación notarial o reconocimiento judicial, según corresponda, y la debida inscripción en el registro correspondiente”.

⁶⁴ *Ibidem.* Artículo 305.1.- *“Los miembros de una unión de hecho afectiva pueden concurrir a la vía notarial a los fines de interesar su acreditación por acta de notoriedad, siempre que prueben todos los requisitos exigidos por este Código en el artículo anterior, para lo que deben emplear los medios de prueba establecidos en Derecho.*

2. Puede instrumentarse también en vía notarial la existencia de una unión de hecho afectiva ya extinguida, a los fines de ejercitar los derechos reconocidos en este Código, siempre que los miembros de la pareja, de común acuerdo, así lo soliciten y no hayan transcurrido cinco (5) años desde su extinción.

3. Desde el día siguiente al de su autorización, se expide de oficio en un plazo de tres (3) días al registro correspondiente, una copia del acta de notoriedad a los efectos de su inscripción”.

la vía judicial,⁶⁵ a diferencia del Código de Familia de 1975, que solo ofrece la vía judicial para reconocer una unión matrimonial no formalizada con carácter retroactivo. Esta disposición supone mayor agilidad y celeridad en el proceso de reconocimiento de la unión, pues como es sabido, la vía notarial resulta menos engorrosa que la judicial cuando media acuerdo de voluntades entre las partes, de lo contrario sería preciso acudir al tribunal competente para conocer del asunto.

La relevancia que el Proyecto de Código de las Familias cubano le imprime a la unión de hecho afectiva como una forma más de organización de las familias incide directamente en el Derecho penal sustantivo cubano, realidad que estará sujeta a cambios en futuras modificaciones de la norma penal sustantiva, puesto que, tal como hemos venido analizando, el Derecho penal, en su función de tutelar los bienes jurídicos de mayor relevancia, debe brindar resguardo a las familias y a las relaciones familiares, independientemente de la forma en que sean establecidas.

4. EL MATRIMONIO IGUALITARIO Y LA UNIÓN DE HECHO HOMOAFECTIVA EN EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO CUBANO DE CARA AL PROCESO DE ACTUALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

4.1. EL BIEN JURÍDICO FAMILIA EN EL DERECHO PENAL ANTE LAS NUEVAS TIPOLOGÍAS FAMILIARES, EL MATRIMONIO IGUALITARIO Y LA UNIÓN DE HECHO HOMOAFECTIVA

La esencia de los bienes jurídicos en sede penal tiene como fundamento la protección de aquellos intereses o valores que se consideran imprescindibles para que las personas alcancen la autorrealización personal, lo que vincula estrechamente a este concepto con los de dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, los cuales constituyen presupuestos esenciales para

⁶⁵ *Idem*. Artículo 309.1.-“De extinguirse la unión de hecho afectiva que no ha sido previamente instrumentada en vía notarial e inscripta en el registro correspondiente y no existir acuerdo para el ejercicio de los derechos reconocidos en este Código, cualquiera de sus miembros con interés legítimo y a tales fines, puede ejercitar la acción correspondiente para probar su existencia ante el tribunal competente a través del proceso que determine la ley.

2. La acción se ejercita por uno de ellos contra el otro en un plazo de caducidad de cinco (5) años, contado desde el día siguiente al que se extinguió la unión”.

garantizar el respeto de los derechos fundamentales que les asisten a todas las personas, sin que medien criterios discriminatorios relacionados con su orientación sexual, identidad de género, o cualquier otra razón lesiva para su integridad o su desenvolvimiento social.⁶⁶

Dentro de los principios que limitan el *ius puniendi* estatal y que imponen determinados requisitos que definen si un valor o interés será tutelado o no por el Derecho penal se encuentran: los principios de igualdad; legalidad; proporcionalidad de la pena; mínima intervención, subsidiariedad, carácter fragmentario y *ultima ratio*⁶⁷ y el principio de lesividad, entre otros.⁶⁸ Dicho interés ha de representar una derivación de los valores superiores constitucionalmente reconocidos y la protección de este debe ser de considerable relevancia para el desarrollo social, de ahí que el Derecho penal sea considerado como el último recurso controlador de la sociedad.⁶⁹

Si bien es incuestionable que las relaciones jurídicas que se circunscriben en el ámbito del Derecho familiar son de carácter privado, no puede obviarse que algunas de ellas, las de mayor relevancia y repercusión social, deben ser protegidas desde el Derecho penal, con el objetivo de brindar tutela a instituciones propias de esta rama del Derecho, como el matrimonio, así como a los miem-

⁶⁶ Vid. CHANG KCOMT, Romy, "Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: Un análisis a la luz de la Constitución", *Revista de Derecho Themis*, No. 67, p. 206.

⁶⁷ El principio de mínima intervención, subsidiariedad, carácter fragmentario y *ultima ratio* es un principio limitativo del *ius puniendi*, que guarda especial relación con la concepción del bien jurídico en el Derecho penal. Esta viene dada porque esta rama del Derecho debe seleccionar aquellos de mayor relevancia social y brindarles protección, la que debe ocurrir, al menos en principio, en casos en los que sea estrictamente necesario, evidenciando así la intervención mínima, cuando las otras ramas que integran el ordenamiento jurídico no sean capaces de ofrecer una respuesta más efectiva; esta selección permite deducir su carácter fragmentario. Vid. FIGUEREDO BEATÓN, Manuel, "Apuntes sobre la intervención mínima, legalidad y culpabilidad como límites al ejercicio del Derecho Penal por el Estado en la Constitución de Cuba del 2019", *Derecho y Cambio Social*, No. 59, enero-marzo de 2020, p. 187.

⁶⁸ El principio de lesividad puede ser entendido como la imposibilidad de cualquier derecho de legitimar una intervención punitiva cuando no exista un conflicto jurídico, entendido este último como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno. El concepto limitativo de bien jurídico afectado, como expresión dogmática del principio de lesividad, que requiere también una entidad mínima de afectación, sea por lesión o por peligro, excluye aquellas afectaciones que no son de gran lesividad para el entramado social. Vid. HERNÁN TORRES, Ariel, "La operatividad del principio de lesividad desde un enfoque constitucional", *Pensamiento Penal*, p. 1.

⁶⁹ Vid. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Marta, "El Derecho Penal desde una evaluación crítica", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 10, 2008.

bros más vulnerables de la unidad familiar, mediante la tipificación de las conductas delictivas que puedan atentar contra estos y lesionarlos.⁷⁰

El Derecho penal desempeña un rol fundamental cuando ciertos comportamientos revisten lesividad social en el marco familiar, expandiéndose en el ámbito de aplicación, ante lo cual inicia la protección desde la esfera penal de acuerdo con la importancia que posee para la sociedad el bien jurídico lesionado. De esta manera, según GÁLVEZ PUEBLA y PÉREZ DUHARTE, “comienza una interrelación entre estas dos materias, por la conexión que se establece al tutelar en el Derecho penal bienes jurídicos que por su propia naturaleza se encuentran recogidos en el Derecho de familia, este bien jurídico no desaparece, pero sí sufre cambios en dependencia del ámbito de protección.”⁷¹

El Derecho penal familiar, como binomio que regula las conductas habituales de las familias, que trascienden al ámbito del Derecho penal dada su lesividad, tiene como fin esencial la protección de estas, cuando, en su seno, sus miembros llevan a cabo conductas tipificadas como delito en las leyes penales, o cuando se suscitan ataques entre los integrantes del núcleo, alterando así los vínculos existentes, y poniéndolas en riesgo, ante lo cual, la poderosa alianza que existe entre ambas ramas se impone como vía fundamental para reprimir estas conductas delictivas sin afectar, aún más, el entramado familiar.⁷²

Como resultado de la búsqueda del equilibrio entre el valor de la familia y la inminente necesidad de protegerla, surge el Derecho penal familiar, el cual puede ser dividido de acuerdo con las partes metodológicas y normativas que identifican al Derecho penal, es decir, la Parte General y la Parte Especial.⁷³ La primera de ellas contiene aquellas instituciones propias de esta rama del Derecho que –de alguna manera– inciden directamente en el tratamiento a las relaciones familiares en sede penal; dentro de ellas se encuentran las circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad penal, las excusas legales absolutorias, entre otras, pero ello guardará estrecha relación con lo que respecto

⁷⁰ Vid. AA.VV., *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, p. 229.

⁷¹ GÁLVEZ PUEBLA, Iracema y Arlín del Pilar PÉREZ DUHARTE, “Familia y Derecho Penal. Una nueva visión de su relación: El Derecho Penal de Familia”, en Osvaldo Álvarez Torres e Isnel Martínez Montenegro (coords.), *Temas contemporáneos de Derecho de Familia*, p. 210.

⁷² Vid. ÁLVAREZ TORRES, Osvaldo Manuel, “Tutela penológica y procesal penal para la familia: un reto del derecho en la actualidad”, en Benjamín Apolinar Valencia, *et al.* (coords.), *Víctimas en perspectiva de derechos humanos*, pp. 246-247.

⁷³ Vid. GÁLVEZ PUEBLA, Iracema y Arlín del Pilar PÉREZ DUHARTE, “Familia y Derecho Penal...”, *ob. cit.*, p. 221.

a este particular disponga el Código penal del Estado de que se trate. Por su parte, la Parte Especial será destinada a tipificar los delitos que guarden relación directa o indirecta con las familias, los cuales pueden ser distribuidos en varios títulos o capítulos de la norma penal sustantiva, pues existen tipos penales que aunque su objeto directo no es la familia, su resultado formal, es decir, su lesión o amenaza al bien jurídico, pueden afectar el entramado familiar.

La protección a las familias dentro del Derecho penal adquiere diferentes matices, algunos dirigidos a excluir la punibilidad por razones de política penal a quien ha perpetrado el ilícito para proteger a un pariente; otros que revelan un mayor grado de lesividad del acto o del culpable, sin influir en la determinación de la definición legal de la figura; y otros a proscribir o DESPENALIZAR conductas que atenten contra las relaciones familiares, directa o indirectamente. Nos referimos pues, a las excusas legales absolutorias de carácter familiar; a las circunstancias agravantes que guardan relación con EL TEMA y a los delitos que pueden atentar contra las relaciones familiares que se encuentran contenidos en el Título XI del Código Penal cubano, y los que, sin formar parte de este, impliquen una vulneración de estas. Por tanto, a continuación analizaremos la relación y trascendencia de estos para la tutela de las familias en sede penal, especialmente en lo relativo al matrimonio y la unión de hecho como algunas de las formas de constitución de las familias, así como la regulación de estas instituciones en el Anteproyecto de Código Penal cubano,⁷⁴ norma que, de ser aprobada por la Asamblea Nacional del Poder Popular, sustituirá a la aún vigente Ley No. 62 de 1987.

4.2. PERSPECTIVA DOCTRINAL Y LEGAL DE LAS EXCUSAS LEGALES ABSOLUTORIAS EN EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO CUBANO Y SU INFLUENCIA EN EL MATRIMONIO IGUALITARIO Y LA UNIÓN DE HECHO HOMOAFECTIVA

Las excusas legales absolutorias impiden o excluyen la punibilidad, pues el hecho ha dejado de ser punible desde el propio momento de su comisión.

⁷⁴ Como parte del proceso de modificación y reforma que atraviesa el ordenamiento jurídico cubano en la actualidad, la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP) incluyó dentro de su cronograma legislativo la promulgación de un nuevo Código Penal a tono con la realidad cubana vigente, así como con las convenciones y tratados internacionales que en esta materia ha firmado y ratificado nuestro país, razón por la que se trabaja en la redacción de un Proyecto de norma penal sustantiva, el cual será sometido a análisis con respecto a las instituciones que guardan estrecha relación con el tema central de esta investigación, dado su impacto y trascendencia en la misma. Cfr. Proyecto de Código Penal de la República de Cuba, versión electrónica, disponible en <https://www.tsp.gob.cu/documentos/proyecto-de-codigo-penal> [consultado el 28 de marzo de 2022 a las 06:34 p.m.].

El Código Penal cubano, en su Libro segundo reconoce esta institución en el apartado tercero del artículo 160,⁷⁵ donde se excluye la punibilidad del delito de encubrimiento por razones de parentesco o matrimonio cuando se encuentran presentes el resto de elementos constitutivos del tipo penal, y en la primera Disposición complementaria para los delitos contra el patrimonio, contenida en el artículo 341.1,⁷⁶ que elimina la punibilidad cuando se trata de hurtos, estafas, apropiaciones indebidas y daños cometidos ente determinados parientes o entre cónyuges.⁷⁷

El artículo 160 del Código Penal cubano vigente tipifica en sus dos primeros apartados el delito de encubrimiento. El estudio del tercer apartado de la norma objeto de análisis arroja la existencia de una excusa legal absolutoria que posee un carácter general, excluyendo toda posibilidad de apreciación individualizadora respecto al caso concreto, o sea, que la propia norma obliga al juzgador a aplicarla inequívocamente en todos los casos donde se configure, siempre que el sujeto no haya intervenido en el delito, no se aproveche de los efectos de este y hubiere actuado para favorecer a los parientes que la norma taxativamente establece.

Profundizar en el análisis del tercer apartado de la norma en cuestión permite dilucidar la intención del legislador penal cubano de proteger al encubridor,

⁷⁵ Cfr. *Código Penal de la República de Cuba...*, ob. cit., p. 140. Artículo 160.1.-“*El que, con conocimiento de que una persona ha participado en la comisión de un delito o de que se le acusa de ello y, fuera de los casos de complicidad en el mismo, la oculte o le facilite ocultarse o huir o altere o haga desaparecer indicios o pruebas que cree que puedan perjudicarla o en cualquier otra forma la ayude a eludir la investigación y a sustraerse de la persecución penal, incurre en igual sanción que la establecida para el delito encubierto rebajados en la mitad sus límites mínimo y máximo.*

2. En igual sanción incurre el que, conociendo el acto ilícito o debiendo haberlo presumido, ayude al culpable a asegurar el producto del delito.

3. No se sanciona a quien realiza el hecho previsto en el apartado 1 para favorecer a sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos, siempre que no se aproveche de los efectos del delito”.

⁷⁶ Cfr. *Código Penal de la República de Cuba...*, ob. cit., p. 241. Artículo 341.1.- “*Están exentos de responsabilidad con arreglo a este Código, sujetos solamente a la civil, por los hurtos, estafas, apropiaciones indebidas o daños que recíprocamente se causen:*

a) Los cónyuges, ascendientes, descendientes o afines en la misma línea;

b) los hermanos y cuñados”.

⁷⁷ Vid. QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Manual de Derecho Penal*, t. I, ob. cit., p. 87.

excluyendo la punibilidad del delito que ha cometido cuando concurren los tres requisitos anteriormente descritos. Esta protección que brinda el legislador al sujeto activo del encubrimiento solo se tipifica cuando se trata de los ascendientes, descendientes, hermanos o del cónyuge,⁷⁸ por lo que la norma penal ha decidido priorizar y preservar ciertas relaciones que surgen en el seno familiar por encima de otras, como puede ser el parentesco por afinidad o los parientes colaterales.

Entre las relaciones familiares que el citado precepto resguarda se encuentra el matrimonio, lo cual evidencia la relevancia que tiene dicha institución para el Derecho penal. No obstante, consideramos que se debe reconfigurar su redacción en aras de ampliar la protección hacia todas las nuevas tipologías de familias reconocidas actualmente en nuestro país, como resultado del proceso de modificación y actualización del ordenamiento jurídico interno por el que atraviesa, a raíz de la entrada en vigor de la Constitución de 2019 y la reciente publicación del Proyecto de Código de las Familias que analizamos *ut supra*.

Ante la necesidad de atemperar la norma penal sustantiva con la realidad social que experimenta Cuba en la actualidad, y si el futuro Código de las Familias mantiene en su versión final (aprobada en referéndum), la fórmula que da cabida a la concertación del matrimonio entre personas del mismo sexo, así como la posibilidad de instaurar una unión de hecho afectiva en parejas, heterosexuales y homosexuales, que sea plenamente reconocida por el Derecho, se impone una nueva forma de concebir a la excusa legal absolutoria cuya causa de origen es el parentesco, pues será imprescindible proteger tanto a los cónyuges como a los unidos, cualquiera que sea la orientación sexual o la identidad de género de estos.

Otro elemento que a nuestro juicio debe variar en futuras modificaciones viene dado por la determinación de los sujetos que contarán con protección penal, porque según la letra del precepto en cuestión, se excluye de tal resguardo a los parientes colaterales, así como a aquellos miembros que pueden conformar las familias, vistas estas desde la perspectiva inclusiva que marcó la sistemática de la Constitución de 2019, como pueden ser padres, madres, hermanas y hermanos afines,⁷⁹ entre otros, ante lo cual consideramos más ati-

⁷⁸ *Ibidem*, p. 107.

⁷⁹ Los términos madre, padre o hermanos afines se emplean en la actualidad para referirse a lo que comúnmente se conoce como madrastra, padrastro o hermanastros. Estos cobran especial relevancia en el contexto de las familias reconstituidas o ensambladas, las cuales son una estructura en la que confluyen varios subsistemas familiares, en la medida en que

nado enmarcar tal protección de acuerdo con un criterio menos discriminatorio, como podría ser la convivencia, a fin de tener en cuenta la composición de cada familia según sea el caso en concreto.

Por su parte, el artículo 341.1 del vigente Código Penal regula la excusa legal absoluta propia de los delitos contra el patrimonio cuando media relación de parentesco entre los sujetos intervinientes, de ahí que esta relación parental sea, precisamente, el fundamento de la existencia de dicha institución. Según la propia letra del precepto objeto de análisis, los sujetos objeto directo de la exclusión de la punibilidad serán: los ascendientes, descendientes o afines en la misma línea, los hermanos, cuñados y los cónyuges.

La lectura a profundidad de esta norma conlleva a cuestionar varios de los elementos que constituyen el tipo penal. En primer lugar, mantenemos el análisis realizado previamente en relación con la sistemática del artículo 160.3 del Código Penal cubano, pues se hace imprescindible, de *lege ferenda*, contemplar dentro de esta figura a las personas que han instaurado una unión de hecho afectiva, así como a quienes, perteneciendo al mismo género, concierten matrimonio. Con respecto al criterio para establecer la protección penal, es decir, la exclusión de la punibilidad, consideramos un gran acierto del legislador cubano incluir a los parientes por afinidad, lo cual da cabida a la aplicación de esta institución a las diversas tipologías familiares.

La fórmula empleada en el Proyecto de Código Penal cubano en el artículo 203.3,⁸⁰ el cual constituye una excusa legal absoluta, se traduce en una amplia protección a los diversos entramados familiares que abundan en la sociedad cubana actual, pues el precepto objeto de análisis excluye la punibilidad del delito de encubrimiento cuando este se comete para favorecer a ascendientes, descendientes, cónyuge, pareja de hecho o hermanos, lo que es indubitablemente un gran acierto ya que responde a la realidad sociofamiliar que impera en nuestro país.

comprende los vínculos entre padres e hijos, aquel que detenta la guarda y el que no convive, la nueva pareja de cada uno de ellos, los hijos tenidos en la nueva unión, las respectivas familias de origen, entre otros. *Vid.* PUENTES GÓMEZ, Anabel, "Las familias ensambladas: un acercamiento desde el Derecho de Familia", *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, vol. 6, enero-diciembre de 2014, p. 61.

⁸⁰ Cfr. Proyecto de Código Penal de la República de Cuba..., ob. cit., p. 108. Artículo 203: [...]

3. No se sanciona a quien realiza el hecho previsto en el apartado 1 para favorecer a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, pareja de hecho o hermanos, siempre que no se aproveche de los efectos del delito".

4.3. LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 53 J) COMO VARIANTE PARA LA PROTECCIÓN DE LAS RELACIONES CONYUGALES

EL Código Penal cubano reconoce en su artículo 53 j)⁸¹ una circunstancia agravante relativa al parentesco y a las relaciones conyugales, que cuenta con tres limitaciones fundamentales para su aplicación. La primera de ellas en lo relativo al parentesco, pues este queda limitado hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. La segunda limitación viene dada por el tipo de delito que se haya cometido, ciñéndose exclusivamente a los delitos contra la vida y la integridad corporal previstos en el Título VIII del Libro II del Código Penal, o contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, contra la familia, la infancia y la juventud, previstos en el Título XI del Código Penal. La última de estas limitaciones dispone que la relación de parentesco deba mediar entre el ofensor y la víctima, es decir, entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.⁸²

Ahondar en los elementos que componen esta circunstancia agravante de la responsabilidad penal permite aseverar que el legislador cubano situó en un plano de igualdad las relaciones que surgen con la concertación del matrimonio con respecto a las que son resultado del parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad. Ello pudiera haber respondido a que este era percibido como la fuente fundamental de constitución de la familia, de ahí la importancia de equiparlo a esta, a fin de proteger a un cónyuge del otro cuando se configurase el supuesto que el precepto en cuestión regula. De acuerdo con este análisis se impone señalar que si el cónyuge fue reconocido como uno de los sujetos que pueden desempeñar las conductas que se narran en la norma, se debe ampliar la protección hacia el matrimonio igualitario, así como incluir entre estos sujetos a la persona que hubiere concertado una unión de hecho afectiva, heterosexual u homosexual, en consonancia con la posible admisión de ambas instituciones en el futuro Código de las Familias.

Esta realidad ha sido tratada de forma eficiente en el Proyecto de Código Penal cubano, el cual, en su artículo 80, relativo a las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal para las personas naturales, incluye la existencia de un vínculo amoroso, familiar o afectivo entre la víctima y el ofensor cuando se trate de delitos contra la vida, la integridad corporal, los derechos individuales, la libertad y la indemnidad sexual, la familia, la infancia y la juventud, el honor, la dignidad y los derechos patrimoniales. Los sujetos que la norma contem-

⁸¹ Cfr. *Código Penal de la República de Cuba...*, ob. cit, artículo 53 j).

⁸² Vid. QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Manual de Derecho Penal*, t. IV, p. 297.

pla son: el cónyuge o pareja de hecho (en tiempo presente o pretérito), los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y las personas vinculadas afectivamente, elemento este que representa un novedoso mecanismo de protección de los diversos entramados familiares y que responde al tratamiento que se le da a este en el proyecto de Código de las Familias analizado *ut supra*.

4.4. TIPOS PENALES QUE IMPLICAN UNA VULNERACIÓN DE LAS RELACIONES FAMILIARES, EL MATRIMONIO Y LA UNIÓN DE HECHO AFECTIVA

- *El delito de abusos lascivos:*

El delito de abusos lascivos presenta dos variantes, que han sido reconocidas en el Código Penal cubano en los artículos 300⁸³ y 301.⁸⁴ El segundo tipo penal establece un amplio grupo de personas que pueden convertirse en el sujeto pasivo de esta figura delictiva, determinados por una relación de subordinación respecto al sujeto activo, la cual viene dada por la condición de detenido, recluso, sancionado o custodiado; así como al cónyuge, hijo o hermano de la persona que se encuentre en la situación anteriormente descrita o al cónyuge de los hijos o hermanos de las personas que se encuentran en tal posición.

Analizar cuidadosamente las personas que el legislador cubano ha incluido dentro de este tipo penal en calidad de sujeto pasivo denota su incuestionable intención de brindar protección a los miembros de las familias y, dentro de estas, al cónyuge, puesto que el agente comisario de esta conducta pudiera aprovecharse de los lazos afectivos que unen a su víctima con la persona que se encuentra en situación de reclusión o custodia, para así acceder sexualmente a ella y ultimar su ilegítimo propósito. No obstante, ante la diversificación y proliferación de las disímiles tipologías familiares en el contexto social cubano actual, se impone ampliar esta protección que ofrece la norma objeto de análisis a otros miembros de las familias y a quienes mantienen una unión de hecho afectiva, independientemente de su orientación sexual o su identidad de género, así como a las personas del mismo sexo que a futuro puedan contraer matrimonio de cara a la venidera promulgación del nuevo Código de las Familias.

En materia de protección de los derechos sexuales, el Proyecto de Código Penal cubano hace una regulación más extensiva de los delitos que pueden atentar contra estos en relación con el tratamiento que se les brinda en la aún vigente

⁸³ Cfr. *Código Penal de la República de Cuba...*, ob. cit., p. 210. Artículo 300.1.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 210-211. Artículo 301.1.

Ley No. 62 de 1987. Así, en el delito de agresión sexual del artículo 395 del Anteproyecto se establecen como elementos constitutivos de la figura agravada en el apartado 4, inciso d), que el delito sea cometido por cualquier pariente de la víctima que no se encuentre comprendido en el apartado 5, inciso c), del mismo tipo penal, o bien cuando se trate de una persona allegada afectivamente a la víctima. Los sujetos que se establecen en el segundo caso son: los ascendientes, descendientes, hermanos o afines en igual grado, lo cual brinda un amplio tratamiento a las múltiples tipologías familiares que abundan en nuestra sociedad, pues otorga la posibilidad de reprimir esta conducta lesiva independientemente de las características del núcleo familiar en particular.

La fórmula anteriormente descrita también fue empleada en el Proyecto de Código Penal cubano para el delito de abusos sexuales, el cual, en sus apartados 2 y 3, remite a los apartados 4 y 5 del artículo 395, respectivamente, así como en otros tipos penales que se encuentran regulados dentro de este título, dentro de los cuales destaca el delito de acoso o ultraje sexual del artículo 398.1.

- Los delitos de bigamia y matrimonio ilegal

El Código Penal cubano reconoce en su artículo 306⁸⁵ el delito de bigamia y en el artículo 307⁸⁶ el delito de matrimonio ilegal. Ambos tipos penales se encuentran estrechamente conectados, dada la relación de género-especie que existe entre ellos, siendo el primero la especie dentro del género que constituye el segundo, pues este es un concepto abarcador que incluye a todos los matrimonios que hubieren sido formalizados contrario a lo dispuesto en una norma imperativa o de *ius cogens*,⁸⁷ como es el caso de los impedimentos dirimentes no dispensables, de ahí que pudiera considerarse a este tipo penal como un complemento de la bigamia. Su sujeto activo es indeterminado, puede ser uno o ambos contrayentes y el sujeto pasivo es la sociedad como conjunto. Esta figura delictiva es una norma penal en blanco, pues es imprescindible acudir al Código de Familia vigente para completar su contenido y señalar los elementos que la norma sustantiva familiar establece como impedimentos y que, por tanto, prohíben la formalización del matrimonio.⁸⁸

⁸⁵ *Idem*, p. 213. Artículo 306.

⁸⁶ *Idem*, p. 213. Artículo 307.

⁸⁷ *Vid.* LÓPEZ ROJAS, Dayán Gabriel, "El Derecho Penal Familiar. Visión desde el ordenamiento punitivo cubano", en Osvaldo Álvarez Torres e Isnel Martínez Montenegro (coords.), *Temas contemporáneos de Derecho de Familia*, p. 231.

⁸⁸ *Vid.* REGA FERRÁN, Elia Esther, "Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales...", *ob. cit.*, p. 394.

Los delitos de bigamia y matrimonio ilegal, de acuerdo con PÉREZ DUHARTE y LAM PEÑA, "castigan la formalización de una unión basada en el incumplimiento de prohibiciones legales existentes, lo que señala hacia un derecho penal de los extremos, pues tales conductas carecen de una significación social y, por lo tanto, deben quedar en la esfera del derecho civil con medidas legales de menor lesividad, no así el incesto ni la sustitución de un niño por otro, por el elevado daño que causan estas conductas".⁸⁹

Si bien en el contexto social cubano estos tipos penales han caído en desuso ante la proliferación de determinados factores sociales y jurídicos, es imprescindible señalar que en caso de que estas figuras mantengan un carácter delictivo,⁹⁰ se debe ampliar su alcance de cara al posible reconocimiento del matrimonio igualitario en Cuba, a raíz de la venidera entrada en vigor del futuro Código de las Familias, así como a la institución de la unión de hecho afectiva, independientemente de la orientación sexual o la identidad de género de sus contrayentes. Esta última, según la recién publicada versión 23 del Proyecto de la norma sustantiva familiar cubana, podrá ser formalizada ante notario público para que surta los efectos jurídicos fundamentales, según su artículo 305, razón por la cual podría constituirse una nueva variante de delito de bigamia cuando una persona pretenda formalizar ante el mencionado funcionario una segunda unión, previa existencia de una anterior que cuente con tal requisito, sin perjuicio de que el interesado deba acreditar dicho particular o declararlo bajo juramento.

- El delito de asesinato

El delito de asesinato en el Código Penal cubano vigente cuenta con una amplia regulación legal que incluye tres tipos penales, en los que se establecen indistintamente los disímiles elementos que, de estar presentes, dan cabida a su configuración. Así, el artículo 263⁹¹ establece una serie de supuestos basados esencialmente en ciertas particularidades del hecho o de

⁸⁹ PÉREZ DUHARTE, Arlín y Reynaldo Jorge LAM PEÑA, "Nuevas familias en el ordenamiento jurídico penal cubano", *Inventio*, año 14, No. 33, julio-octubre de 2018, p. 21.

⁹⁰ El Proyecto de Código Penal cubano, en su versión actual, no regula como delitos a la bigamia y el matrimonio ilegal, lo cual responde a la marcada tendencia internacional existente respecto a la despenalización de estas conductas. No obstante, dado que no se trata de una norma vigente, sino de un proyecto que constantemente puede presentar modificaciones, es preciso señalar que esta decisión del legislador puede variar, incluyendo estos tipos penales en la versión definitiva de la norma penal sustantiva en cuestión.

⁹¹ Cfr. *Código Penal de la República de Cuba...*, ob. cit., pp. 194-195. Artículo 263.

la forma de ejecución de este; mientras que los artículos 264.1⁹² y 264.2⁹³ van dirigidos esencialmente a tipificar, como elementos constitutivos del ilícito, determinadas relaciones entre sujeto activo y sujeto pasivo, las cuales pueden originarse por parentesco o relación conyugal, sea esta última formalizada o no.

El supuesto contenido en el artículo 264.1 es conocido en la doctrina como parricidio.⁹⁴ La respuesta penal que se le ha asignado a la comisión de este ilícito responde a la necesidad de reprimir y educar conductas que además de lesionar la vida como derecho supremo de todas las personas, afectan la existencia misma de la familia como célula fundamental de la sociedad.⁹⁵ Ello se evidencia cuando la norma no distingue entre matrimonio formalizado y no formalizado, a fin de sancionar dicha acción con una pena de tal severidad como la que implica esta figura delictiva, otorgándole primacía al vínculo existente entre sujeto activo y sujeto pasivo y no a su formalidad. De ahí que si la protección a las relaciones familiares y conyugales constituye la *ratio legislatoris*, esta debe extenderse hacia otras formas de familias, teniendo en cuenta la tutela que en sede constitucional se les brinda a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 2019, así como el hito evolutivo que en materia familiar supone la sistemática del Proyecto de Código de las Familias analizado *ut supra*.

El Proyecto de Código Penal cubano, como reflejo de las relaciones sociofamiliares que abundan en la Cuba actual, prevé en su artículo 345.1 a)⁹⁶ la configuración del delito de asesinato cuando el agente comisario, de propósito, dé muerte a un: ascendiente, descendiente, o a la persona con que mantiene o ha mantenido una relación conyugal o de pareja de hecho afectiva, lo cual brinda la posibilidad de reprimir esta conducta aun cuando no medie vínculo matrimonial legalmente formalizado entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

⁹² *Ibidem*, p. 195. Artículo 264.1.

⁹³ *Idem*. Artículo 264.2.

⁹⁴ Delito consistente en dar muerte a un ascendiente, descendiente o al cónyuge. Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, *Diccionario panhispánico del español jurídico*.

⁹⁵ *Vid.* LÓPEZ ROJAS, Dayán Gabriel, "El Derecho Penal Familiar...", *ob. cit.*, p. 233.

⁹⁶ Cfr. Proyecto de Código Penal de la República de Cuba..., *ob. cit.*, p. 157. Artículo 345. 1.- "Incurrir en las mismas sanciones previstas en el artículo anterior, aunque no concurra en el hecho alguna circunstancia de cualificación prevista en aquel, quien:

a) De propósito, mate a un ascendiente o descendiente, o a la persona con la que mantiene o ha mantenido una relación conyugal o de pareja de hecho afectiva; [...]"

- El delito de amenazas

El Código Penal cubano vigente reconoce la amenaza como un delito contra los derechos individuales, consagrado en su Título IX, para lo cual establece dos variantes que configuran este ilícito: la figura básica contenida en el artículo 284⁹⁷ y la derivada del artículo 285.⁹⁸ La segunda de ellas regula lo que la doctrina ha identificado como amenazas indirectas.⁹⁹ La alusión que hace la norma respecto a la divulgación de un hecho lesivo para el honor del sujeto pasivo, el de su cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano o cualquier otro familiar allegado implica una protección directa a las relaciones familiares y conyugales, lo cual responde a la necesidad de que estas sean tuteladas desde el Derecho penal. Resulta incuestionable que el empleo del término “familiar allegado” por parte del legislador da cabida a la protección de las diversas tipologías familiares, puesto que se trata de una fórmula inclusiva y apegada al contexto social cubano actual, razón por la cual se mantuvo esta fórmula en el Proyecto de Código Penal cubano en su artículo 378.1.¹⁰⁰

- El delito contra el derecho de igualdad

El Código Penal cubano reconoce en su artículo 295¹⁰¹ lo que el legislador designó como “Delito contra el Derecho de Igualdad”,¹⁰² el cual tiene entre sus

⁹⁷ Cfr. *Código Penal de la República de Cuba...*, ob. cit., pp. 202-203. Artículo 284.1.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 203. Artículo 285.1.

⁹⁹ Las amenazas indirectas son las que van dirigidas no a la persona que la recibe, sino a un familiar o allegado de este, de manera tal que, si bien no afectan directamente el honor de este, perjudica el de su pariente y, por tanto, le puede ocasionar un daño determinado. *Vid.* MALDONADO FUENTES, Francisco, “Amenazas y coacciones en el Derecho Penal Chileno”, *Política Criminal*, vol. 13, No. 25, julio de 2018, p. 19.

¹⁰⁰ Cfr. Proyecto de *Código Penal de la República de Cuba...*, ob. cit., p. 169. Artículo 378.1.- “*Quien, fuera del caso previsto en el Artículo 420, amenace a otra persona con divulgar un hecho lesivo para su dignidad o su prestigio público, o el de su cónyuge o pareja de hecho afectiva, pariente o persona allegada afectivamente, para imponerle una determinada conducta, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años [...]*”.

¹⁰¹ Cfr. *Código Penal de la República de Cuba...*, ob. cit., p. 206. Artículo 295.1.

¹⁰² Esta figura delictiva ha sido incluida también en el Proyecto de Código Penal cubano, que en su artículo 388.1 mantiene una sistemática similar a la empleada en la Ley No. 62 de 1987, pero agregando otras causales de discriminación como la orientación sexual y la identidad de género. Cfr. Proyecto de *Código Penal de la República de Cuba...*, ob. cit., p. 172. Artículo 388.1- “*Quien discrimine a otra persona o promueva o incite a la discriminación, sea con manifestaciones y ánimo ofensivo de su edad, sexo, género, orientación sexual, identidad de género, origen étnico, color de la piel, creencias religiosas, origen nacional o territorial o discapacidad, o cualquier otra lesiva a la dignidad humana, o con acciones para obstaculizarle o impedirle, por esos motivos, el ejercicio o disfrute de los derechos de igualdad*”.

elementos constitutivos esenciales que la conducta consista en discriminar, promover o incitar la discriminación sobre la base de razones de sexo, raza, color u origen nacional, o bien que el sujeto activo de este tipo penal lleve a cabo acciones tendentes a obstaculizar o impedir el ejercicio o disfrute de los derechos de igualdad constitucionalmente reconocidos, por los motivos anteriormente descritos.

La inclusión de este delito en el Código Penal cubano es un poderoso mecanismo para garantizar la protección del derecho a la igualdad y no discriminación a todas las personas, sin perjuicio de que se trate de una conducta que no se tipifica frecuentemente en el contexto cubano. La existencia de esta figura delictiva cobra singular importancia en el propósito de salvaguardar los derechos de los miembros de la comunidad LGBTIQ+ en sede penal, pues afianzar la supremacía de este principio constitucionalmente reconocido es un presupuesto esencial para avalar la tutela de otros derechos fundamentales que les pertenecen y que deben ser custodiados desde esta rama del Derecho. Ejemplo de lo anterior lo es el acceso al matrimonio sin tener en cuenta razones lesivas para la dignidad humana, tales como la orientación sexual o la identidad de género, y a otras formas de constitución de las familias o de las relaciones conyugales, dentro de las cuales se encuentra la unión de hecho afectiva, que igualmente debe estar desprovista de los elementos discriminatorios anteriormente enunciados.

- El delito de chantaje

El delito de chantaje, previsto en el artículo 332¹⁰³ del Código Penal cubano, se configura cuando el sujeto activo, que es de tipo general, obliga al sujeto pasivo a entregarle determinados bienes o a realizar ciertos actos o a abstenerse de hacerlos en menoscabo de su patrimonio, empleando como método para ello la amenaza de divulgar un hecho que lesione su honor o su prestigio público o el de su cónyuge y demás familiares que la norma establece.

Según la propia norma, existe una pluralidad de actores sobre los que se pueden efectuar las imputaciones, señalando al cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano o cualquier otro familiar allegado. La formulación de este precepto en materia de definición de los posibles afectados por la conducta del sujeto activo es, indudablemente, un gran acierto del legislador, ya que

establecidos en la ley, incurre en sanción de privación de libertad de seis meses a dos años o multa de doscientas a quinientas cuotas, o ambas [...]”.

¹⁰³ Cfr. *Código Penal de la República de Cuba...*, ob. cit., p. 232. Artículo 332.1.

con esta da cabida a la protección de las disímiles tipologías familiares que abundan en la sociedad cubana actual. El criterio escogido no resulta discriminatorio ni selectivo, enfatiza la importancia de dar prioridad al mero vínculo familiar o conyugal por encima del parentesco sanguíneo o la formalización del matrimonio, ampliando el abanico de protección hacia otros integrantes del núcleo familiar que habitualmente no han recibido tutela desde el Derecho penal. Esta fórmula se mantuvo en el Proyecto de Código Penal cubano, que en su artículo 420.1¹⁰⁴ solo agrega a la pareja de hecho como otro de los posibles afectados con la comisión de este ilícito.

5. CONCLUSIONES

- El reconocimiento del derecho al acceso al matrimonio igualitario y la unión de hecho homoafectiva en Cuba tiene como fundamento, desde la óptica constitucional, la presencia de los derechos a la igualdad y no discriminación, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad en la Carta Magna cubana de 2019, la cual, teniendo en consideración su condición de norma de carácter superior, debe irradiar a todo el ordenamiento jurídico.
- A partir del reconocimiento de las diversas tipologías familiares, del matrimonio igualitario y de la unión de hecho homoafectiva en la versión 23 del Proyecto de Código de las Familias cubano, el Código Penal debe efectuar un tratamiento amplio e inclusivo de estas, teniendo en cuenta el actual escenario sociofamiliar cubano, con apego a los principios de igualdad; legalidad; proporcionalidad de la pena; lesividad y al principio de mínima intervención penal, subsidiariedad, carácter fragmentario del Derecho penal y *ultima ratio*.
- El auge de las diversas tipologías familiares en el contexto social cubano impone la necesidad de que el Derecho penal les ofrezca un tratamiento garantista e inclusivo, teniendo en cuenta su carácter de célula fundamental de la sociedad, para lo cual es elemento indispensable la regulación del matrimonio igualitario y la unión de hecho homoafectiva desde esta rama del Derecho.

¹⁰⁴ Cfr. Proyecto de Código Penal de la República de Cuba..., ob. cit., p. 186. Artículo 420.1.- "Quien amenace a otra persona con divulgar un hecho, cierto o incierto, lesivo para su honor o prestigio público o el de su cónyuge o pareja de hecho, ascendiente, descendiente, hermano o cualquier otro pariente allegado, para obligarla a entregar dinero o bienes de cualquier clase o a realizar o abstenerse de realizar cualquier acto en detrimento de su patrimonio, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años [...]".

- El Código Penal cubano debe concebir a las familias dentro de un bien jurídico independiente que logre entrelazar bienes jurídicos individuales o concretos relacionados con la familia, no desde una perspectiva heteronormada como hoy se encuentra regulada, sino a partir de la concepción amplia de las familias que incorpora la nueva Constitución de 2019 y considerando el contexto sociofamiliar cubano actual.
- El Código Penal cubano regula la circunstancia agravante prevista en el artículo 53 j) y la excusa legal absolutoria prevista en el artículo 160.3, instituciones que se limitan a reconocer al cónyuge y a determinados parientes consanguíneos como sujetos activos, cuestión que resalta la necesidad de ofrecer un tratamiento inclusivo que englobe a todas las formas de familias, así como al matrimonio igualitario y la unión de hecho homoafectiva. La excusa legal absolutoria del artículo 341.1 sí pudiera aplicarse a las diversas tipologías familiares, pues en su fórmula incluye a los parientes por afinidad.
- Dentro de la parte especial del Código existen otros tipos penales que, sin formar parte del Título relativo a las familias, ofrecen un tratamiento indirecto a estas. Dichas figuras delictivas enmarcan su regulación esencialmente hacia la figura del cónyuge y los parientes consanguíneos más cercanos, lo cual actúa en detrimento de las diversas tipologías familiares, el matrimonio igualitario y la unión de hecho homoafectiva, a excepción de los delitos de chantaje y amenaza, previstos en los artículos 332 y 285, respectivamente, que dan cabida a la protección de estos, pues la fórmula empleada por el legislador en ellos incluye a los “familiares allegados”, lo cual constituye un criterio inclusivo y apegado al contexto social actual.
- El Proyecto de Código Penal cubano ubica a los miembros de una unión de hecho afectiva en el ámbito de protección de la ley penal, así como a otros miembros de los diversos entramados familiares que abundan en nuestra sociedad, ello se evidencia cuando en su cuerpo adiciona fórmulas que ofrecen la posibilidad de brindar tratamiento a estos sujetos, así como, en el hecho de mantener la sistemática que la aún vigente Ley No. 62 de 1987 empleaba para los delitos de chantaje y amenaza, la cual se traduce en inclusividad y protección.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA.VV., *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Dykinson, Universidad de Educación a Distancia de Madrid, España, 2015.

- ABENSUR ZAMBRANO, Antonieta Lucía, "El derecho constitucional a la igualdad y su influencia en el matrimonio igualitario en el Sistema Jurídico Peruano", *Tesis en opción al título profesional de Abogado*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Perú, 2020.
- ALVARADO TAPIA, Katherine del Pilar, "El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España", *Revista de Investigación Jurídica*, No. 10, Universidad Católica Santo Toribio de Montegrovejo, Perú, 2013.
- ÁLVAREZ TORRES, Osvaldo Manuel, "Tutela penológica y procesal penal para la familia: un reto del derecho en la actualidad", en Benjamín Apolinar Valencia, *et al.* (coord.), *Víctimas en perspectiva de derechos humanos*, 1ª ed., LXIII Legislatura de la H. Cámara de Diputados, México, 2018.
- ARIZA BARILE, Mauricio, "Discriminación y matrimonio igualitario", *Tesis en opción al grado científico de Maestro en Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana de Ciudad de México, México, 2019.
- BERTOT TRIANA, Harold, "Comentario a la Constitución cubana de 2019. Notas a la luz de su entrada en vigor", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXIX, No. 274, mayo-agosto de 2019, México, 2019.
- CANEDO CHÁVEZ, Ramiro Froilán, "Fundamentos jurídicos y sociales para instituir el matrimonio igualitario en Bolivia, como desarrollo del derecho fundamental a constituir familia sin discriminación", *Tesis presentada en opción al grado de Magister en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales*, Universidad Mayor de San Andrés, Bolivia, 2017.
- CHANG KCOMT, Romy, "Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: Un análisis a la luz de la Constitución", *Revista de Derecho Themis* N° 67, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2015.
- CONTRERAS GONZÁLEZ, Hidrael, *Matrimonio igualitario y reproducción asistida en México: hacia una sociedad incluyente*, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2017.
- FERNÁNDEZ REVOREDO, María Soledad, *El peso de la igualdad en el debate sobre el reconocimiento de uniones afectivas entre personas del mismo sexo*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2016.
- FERNÁNDEZ REVOREDO, María Soledad, *La igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2014.
- FIGUEREDO BEATÓN, Manuel, "Apuntes sobre la intervención mínima, legalidad y culpabilidad como límites al ejercicio del Derecho Penal por el Estado en la Constitución de Cuba del 2019", revista *Derecho y Cambio Social*, No. 59, enero-marzo de 2020, Universidad de Granma, Granma, 2020, pp. 185-187.

- GÁLVEZ PUEBLA, Iracema, "El carácter expansionista del Derecho Penal. Sus retos y perspectivas para sostener la seguridad jurídica en pos de la seguridad ciudadana", *Revista VLex*, versión electrónica, disponible en <https://cuba.vlex.com/vid/caracter-expansionista-derecho-penal-584770130>
- GÁLVEZ PUEBLA, Iracema, "El sistema penitenciario en Cuba. Realidades y perspectivas desde una visión criminológica", en AA.VV., *Criminología*, t. II, Félix Varela, La Habana, 2016.
- GÁLVEZ PUEBLA, Iracema y Arlín del Pilar PÉREZ DUHARTE, "Familia y Derecho Penal. Una nueva visión de su relación: El Derecho Penal de Familia", en Osvaldo Álvarez Torres e Isnel Martínez Montenegro (coords.), *Temas contemporáneos de Derecho de Familia*, UniJuris.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Marta, "El Derecho Penal desde una evaluación crítica", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 10, España, 2008, disponible en <https://biblioteca.cejamericas.org7bitstream/handle/2015/4949/recpc.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [consultado el 21 de octubre de 2021 a las 03:53:21 p.m.].
- HERRERA MONTENEGRO *et al.*, "Los derechos de las personas LGBTIQ+, agenda de género y las políticas de igualdad", *Revista de Ciencias Humanas, Teoría Social y Pensamiento Crítico*, No. 11, enero-julio de 2020, Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt, Venezuela, 2020.
- HERNÁN TORRES, Ariel, "La operatividad del principio de lesividad desde un enfoque constitucional", *Pensamiento Penal*, versión electrónica, Argentina, 2015.
- LÓPEZ ROJAS, Dayán Gabriel, "El Derecho Penal Familiar. Visión desde el ordenamiento punitivo cubano", en Osvaldo Álvarez Torres e Isnel Martínez Montenegro (coords.), *Temas contemporáneos de Derecho de Familia*, UniJuris.
- LORIE TAPIA, Lilisbet, "Igualdad y comunidad LGBTI en el discurso constitucional cubano. Una aproximación a las posibilidades de la Constitución de 2019", *Revista de Cultura Jurídica*, Institución Fernando el Católico, vol. 22, España, 2019.
- MALDONADO FUENTES, Francisco, "Amenazas y coacciones en el Derecho Penal Chileno", *Política Criminal*, vol. 13, No. 25, julio de 2018, Universidad de Talca, Chile, 2018.
- MARROQUÍN NASAMUES, Lady Johanna y Yuly Marcela QUICENO MEZA, "La dignidad humana como valor y principio constitucional frente a la inclusión laboral de las personas con diversidad funcional motriz en el sector privado de la ciudad de Santiago de Cali", *Tesis presentada en opción al grado científico de abogado*, Universidad Cooperativa de Colombia, Seccional Cali, Colombia, 2020.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio, "El principio de intervención mínima o última ratio en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo", *Revista del Sector Inmobiliario*, No. 150, España, 2015.

- MEJÍA GALLEGO, Esteban y Cristian MESA RIVAS, *Materialización del derecho a la conformación de la familia en el marco del matrimonio igualitario en Colombia*, Universidad de Antioquia, Colombia, 2019.
- MOLINA BERTRÁN, Angélica María y Gretcher LAMAS BERTRÁN, "La dignidad humana: propuestas de protección jurídica", *Revista Jurídica Pielagus*, vol. 17, No. 2, Colombia, 2018.
- OVALLE BAZÁN, Marcelo Ignacio, "La dignidad humana como límite al ius puniendi. La jurisprudencia del tribunal constitucional de Chile", *Dikaion. Revista de Fundamentación Jurídica*, vol. 28, No. 1, enero-junio de 2019, Universidad de la Sabana, Colombia, 2019.
- PERALTA AGUIRRE, Krystel Rosmary, "Falta de reconocimiento de la unión de hecho homosexual en el Código Civil y su vulneración al Derecho de Igualdad", *Tesis en opción al título profesional de Abogado*, Universidad César Vallejo, Perú, 2020.
- PÉREZ DUHARTE, Arlín del Pilar y Reynaldo Jorge LAM PEÑA, *La construcción jurídica de las nuevas formas de familias en la legislación penal sustantiva cubana actual*, Universidad Autónoma de Manizales, Colombia, 2018.
- PÉREZ DUHARTE, Arlín del Pilar y Reynaldo Jorge LAM PEÑA, "Nuevas familias en el ordenamiento jurídico penal cubano", *Inventio*, año 14, No. 33, julio-octubre de 2018, p. 20.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "Las familias en la Constitución cubana de 2019. Especial referencia al matrimonio y a la unión de hecho", Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, versión electrónica, *UH*, No. 289, enero-junio de 2020.
- PRIETO VALDÉS, Martha, *Artículos sobre Cuba. Enfoque constitucional*, compilación, La Habana, 2016, bibliografía digital de la Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.
- PUENTES GÓMEZ, Anabel, "Las familias ensambladas: un acercamiento desde el Derecho de Familia", *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, vol. 6, enero-diciembre de 2014, Universidad de Caldas, Colombia, 2014.
- QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Manual de Derecho Penal*, t. I, Félix Varela, La Habana, 2002.
- QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Manual de Derecho Penal*, t. IV, Félix Varela, La Habana, 2002.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2020, disponible en <https://dpej.rae.es/lema/parricidio> [consultado el 17 de octubre de 2021 a las 05:32:29 p.m.].
- 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*, t. II, Félix Varela, La Habana, 2005.

- RODRÍGUEZ FEBLES, Javier y Dianet GARCÍA ÁLVAREZ, *Derechos humanos, derechos constitucionales y derechos fundamentales. Un análisis desde la doctrina científico-jurídica*, Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez, Ciego de Ávila, 2019.
- RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, "Definición y concepto de la no discriminación", *El Cotidiano*, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, México, 2005.
- ROSAS SERRANO, Ramiro, "La instrumentación del matrimonio igualitario desde la perspectiva constitucional. El caso de Guerrero (2010-2018)", *Tesis en opción al grado científico de Maestro en Derecho*, Universidad Autónoma de Guerrero, México, 2018.
- SALINAS HERNÁNDEZ, Héctor Miguel, "Matrimonio igualitario en la ciudad de México. ¿Por qué quieren casarse los gays?", Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, México, 2013.
- SANTACRUZ LÓPEZ, Raúl y Jinyola BLANCO RODRÍGUEZ, "La protección penal de las uniones de hecho en Latinoamérica", *Universitas*, No. 130, Colombia, 2015.
- SANTANA RAMOS, Emilia, "Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España, 2014.
- TOCA QUIMBITA, Sonia Verónica, "La unión de hecho de homosexuales y su incidencia jurídica", *Tesis presentada en opción al título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador*, Universidad de Ciencias Administrativas y Humanísticas, Ecuador, 2010.
- VÁZQUEZ SEJIDO, Manuel, "Constitución en Cuba: una mirada a los derechos sexuales relativos a la orientación sexual e identidad de género", *Revista Sexología y Sociedad*, versión electrónica, Cuba, 2021.

Recibido: 3/2/2022
Aprobado: 11/3/2022

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative
Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International
(CC BY-NC 4.0)

