

1756



PODER LEGISLATIVO DEL ESTADO DE
BAJA CALIFORNIA
XXIV LEGISLATURA

DEPENDENCIA	PODER LEGISLATIVO DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA
SECCIÓN:	DIPUTADOS
No. DE OFICIO	CDECB-004-03-07-2023
ASUNTO	Registro de Iniciativa de Reforma al Código Penal para el Estado de Baja California.

DIP. MANUEL GUERRERO LUNA.
PRESIDENTE DE LA MESA DIRECTIVA DE LA XXIV
LEGISLATURA DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA
Presente.-.

Por este conducto me dirijo a usted, a fin de remitir INICIATIVA DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA con el propósito de que se enliste en el orden del día de la Sesión de Pleno a celebrarse el jueves 06 de julio del presente año, siendo esta la que se adjunta y detalla a continuación:

INICIATIVA DE REFORMA AL ARTÍCULO 177 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA mediante el que se propone sancionar penalmente a quien sin consentimiento se retire el preservativo en cópula.

Agradeciendo de antemano su atención, le reitero mis finas y distinguidas consideraciones

Mexicali, B.C. a 03 de julio de 2023.

ATENTAMENTE

DIP. DAYLÍN GARCÍA RUVALCABA
Movimiento Ciudadano

Integrante de la XXIV Legislatura del Estado de Baja California

DGR/RDL

H. Daylin Garcia
03 JUL 2023

PODER LEGISLATIVO DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA
DIPUTADOS
03 JUL 2023
COMISIÓN DE LEGISLACIÓN Y CONTROL LEGISLATIVO

“2023, Año de Concienciación de las personas con Trastorno de Espectro Autista”



**DIP. MANUEL GUERRERO LUNA.
PRESIDENTE DE LA MESA DIRECTIVA DE LA H. XXIV LEGISLATURA
CONSTITUCIONAL DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE BAJA CALIFORNIA
P R E S E N T E.-**

HONORABLE ASAMBLEA:

La suscrita integrante de la XXIV Legislatura Constitucional del Estado Libre y Soberano de Baja California, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 27 y 28, ambos en su fracción I, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, 110, 112, 115, 116, 117 y demás aplicables de la Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado de Baja California, me permito someter a la consideración de esta Honorable Soberanía, la presente **Iniciativa de reforma al artículo 177 del Código Penal para el Estado de Baja California**, al tenor de la siguiente:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La presente iniciativa tiene la intención de proteger a las personas en su libertad de decisión, su salud física y mental, al incluir en el delito de violación la conducta de retirarse el preservativo sin consentimiento de la otra persona durante la copula.

Antes de proseguir, es prudente recordar las bases y los elementos del delito de violación, como es la copula obligada con una persona de cualquier sexo en la que medie

algún tipo de violencia ya sea física o moral. Es de observarse que en este delito nunca rige el consentimiento y es esa parte en la cual basamos esta propuesta.

De acuerdo con la maestra Griselda Amuchategui el delito de violación es considerado como el más grave contra la libertad, la seguridad sexual y el desarrollo psicosexual; en opinión de algunas víctimas, se trata de un delito más grave que el propio homicidio, pues consideran, en un momento dado, perder la vida que ser objeto de tan humillante conducta. Este hecho deja además del daño directo de la violencia sexual, la afectación psicológica, que en muchas ocasiones dura toda la vida, sin contar las consecuencias para la propia familia; asimismo, no se debe perder de vista la conmoción social que ocasiona.

El tema del que habla la maestra se refiere al delito de violación, a ese acto violento donde la dignidad humana se vulnera de tal forma que en la gran mayoría de los casos el daño es irreparable, así como las consecuencias en los aspectos jurídico, social, psicológico, criminológico e incluso el económico.

Como sabemos la violencia en contra de las mujeres se puede materializar de diversas maneras, pero junto con el feminicidio, la violación es la peor expresión de odio y falta de interés en el cuidado de la dignidad humana. Ahora bien, el segundo delito se encuentra tipificado en nuestro Código Penal de una manera clara, pero en la actualidad hemos detectado nuevas maneras de vulnerar la intimidad sexual de las personas, primordialmente de las mujeres y esto se configura a través de la práctica del "stealthing" que consiste en la extracción unilateral y no consensuada del condón durante las relaciones sexuales.

Este acto doloso vulnera la confianza de la pareja, pone en riesgo la salud de ambas partes e incluso alterar los planes de vida de una persona, ya sea por una paternidad no planeada, o el impedimento de desarrollarse en su campo laboral, escolar o personal.

Considerar este acto dentro del delito de violación pudiera parecer para algunos inadecuado porque como se establece en el tipo penal de la violación para su ejecución se requiere del uso de algún tipo de violencia, ya sea física por parte del sujeto activo al pasivo a través de la fuerza física como son los golpes, o sometimiento; así como la violencia psicológica en la cual se configuran amenazas hacia la persona o terceros, por parte del sujeto activo hacia el pasivo sin importar su género.

En ambos casos se actúa en contra de la voluntad de la persona agraviada por este ilícito, en consecuencia, se considera que la falta de consenso entre las partes es uno de los pilares en donde toma forma el delito de violación.

Este tema es el sustento de esta iniciativa y la problemática que busca sancionar, ya que una de las partes está actuando en contra de la voluntad del otro sujeto, al retirarse el preservativo de forma sigilosa, yendo en contra del acuerdo previo en el que se accedió a tener relaciones sexuales.

Recordemos en primer lugar la Conferencia sobre Población y Desarrollo, celebrada, en el año 1994, en El Cairo Egipto, en la cual se planteó que la noción de salud reproductiva, la cual refiere al estado general de bienestar físico, mental y social, y no a la mera ausencia de enfermedades o dolencias, relacionado con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de los individuos de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, así como de la libertad de procrear, o de decidir no hacerlo, considerando esto como parte de los derechos humanos fundamentales.¹

Dentro de lo acordado en la Conferencia se plasmó el derecho de varones y mujeres a obtener, conforme al marco de legalidad establecido al interior de cada nación, información y métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables para poder proceder a la planificación familiar, así como acceder a servicios adecuados de atención de la salud que permitan el desarrollo de embarazos y partos sin riesgos, tanto para las madres

como para sus bebés. Lo que claramente constituyó un avance en lo que al tratamiento de diversas cuestiones asociadas a la sexualidad humana refiere.

¹ Chávez K., Revista de Pensamiento Penal, Stealthing, nueva forma de agresión sexual (2021) Consultado el 08 de marzo de 2022. Sitio Web: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/89637-stealthing-nueva-forma-agresion-sexual>

que ha servido para la construcción de un cuerpo normativo sólido en favor de la libertad humana.

En la actualidad no resulta extraño constatar la progresiva preocupación de los organismos nacionales e internacionales por lograr la plena vigencia y el respeto de los derechos humanos. Es más, al interior de los Estados se han venido aprobando normas, implementando políticas públicas y creando una serie de instancias encargadas de velar por estos derechos. Tampoco resulta extraño encontrar dispositivos constitucionales que recogen explícitamente los derechos a la igualdad, a una vida libre de violencia y otros vinculados a la salud y los derechos en materia de reproducción.

Por otro lado, diversos estudios han develado que el avance en los derechos asociados a la libertad sexual no siempre se han sido acompañados por la mayoría de las personas respecto de los límites y responsabilidades que dicha libertad.

En este punto, vale destacar un fenómeno que en los últimos años ha comenzado a hacerse más notorio, aunque no por ello, deba considerarse que su aparición es reciente, el "stealthing" es el término utilizado para hacer referencia al acto por el cual un hombre, sexualmente activo, teniendo una relación sexual consentida desde el inicio bajo el uso de un preservativo, decide proceder a la remoción de dicha protección sin la anuencia de su pareja sexual.

De acuerdo con información de Katie Russell, portavoz de la organización "Rape Crisis", en los últimos años, el stealthing se ha convertido en un tema del que se escucha cada vez más, aunque se toma difícil saber si es porque este tipo de conductas se están

produciendo con mayor frecuencia o porque la gente es más consciente de lo que ello supone y está dispuesta a sacarlo a la luz.

Ahora este tema no se basa solo en los dichos de las víctimas, en la actualidad ya se cuenta con precedentes judiciales a nivel internacional. En julio de 2020, un Tribunal Penal Regional Superior Alemán, afirmó por primera vez que la práctica del llamado “stealththing” se puede castigar como agresión sexual. Este es un precedente muy importante, así como una sentencia de primera instancia suiza.²

En la Corte Suprema de Canadá se suscitó el caso “R vs. Hutchinson”³. En este precedente el Tribunal Supremo de Canadá, en el año 2014, condenó por “agresión sexual agravada” a un hombre que había realizado agujeros al condón sin el conocimiento de su pareja sexual. Aquí se utilizó el argumento del riesgo al daño físico para justificar el engaño que vició el consentimiento brindado en un principio. Esta justificación despertó fuertes críticas vinculadas a la forma de proceder en aquellos casos en que las parejas sexuales no pudieran quedar embarazadas o el acusado no tuviera una enfermedad de transmisión sexual, y por lo tanto tal riesgo al daño físico concreto no existe. Para estas críticas, este tipo de argumentos crean una suerte de estándares de víctimas, lo que resulta inadmisibles desde una perspectiva de derechos humanos.

En el caso N° 00155/2019,²⁸ el Juzgado de Instrucción N° 2 de Salamanca, España, se condenó al señor Juan F. por haber retirado el preservativo mientras mantenía relaciones sexuales con una mujer, con la que había acordado su utilización “en todo caso”. En la sentencia del 15 de abril de 2019, calificó los hechos como abuso sexual en los términos del apartado 1 del artículo 181 del Código Penal español que establece “el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o intimidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses”. Aclaró que “los hechos declarados probados constituyen la conducta denominada “stealththing”.⁴

² Caroli P. Revista Diritto Penal Contemporaneo “Progetto giustizia penale”, c/o Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze Giuridiche “C. Beccaria” - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157 ANNO 2021 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011. Impaginazione a cura di Chiara Pavesi https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Riv_Trim_1_2021_rivista.pdf#page=145

³ Tribunal Supremo de Canadá. “R. vs. Hutchinson”, sentencia del 7/3/2014, Caso N° 35176, disponible en <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13511/index.do>.

En suma y en uno de los primeros artículos académicos que tocaron este tema que fue altamente difundido en todo el mundo, lo realizó la investigadora estadounidense Alexandra Brodsky quien publicó en la revista de la Universidad de Columbia, un artículo titulado "Violación-adyacente: imaginando respuestas legales a la remoción no consensual del condón"⁵. En ese trabajo de investigación del año 2017 analizó los relatos de diferentes mujeres que fueron víctimas de "stealthing", y por el otro consideró los dichos de aquellos hombres que en diversos foros web alentaban estas prácticas brindando consejos para poder llevarla a cabo, bajo el argumento de que se trata de un "derecho masculino natural" eyacular dentro de la vagina de mujeres.

Para Melissa Mari Blanco, en su artículo publicado en la revista jurídica de Pensilvania llamado "Sex Trend or Sexual Assault?: The Dangers of 'Stealthing' and the Concept of Conditional Consent", explica que el vínculo y la autonomía sexual, así como el consentimiento personal son la parte central de esta conducta. Ella expone que la autonomía corporal se define como el derecho al autogobierno sobre el propio cuerpo sin influencia externa o coacción de tercera persona, el stealthing innegablemente entraña una violación a dicho autogobierno.⁶

Para algunos juristas contemporáneos el stealthing se trata de una forma de sexo no consensuada, que constituye una forma de violación o agresión sexual y, por tanto, debe de aplicársele el cuadro normativo relacionado a este tipo de delitos. Mientras que otros tratadistas sostienen que el stealthing no supone la experimentación de una relación sexual, sino una conducta sexual no deseada, pero no por ello debería ser abarcada por el tratamiento penal.

Un breve sondeo de lo acontecido en los distintos países que se abocaron al tratamiento jurídico y doctrinario de este tipo de conductas permite vislumbrar la preminencia de la primera postura. Tras definir y considerar al uso del preservativo como un complemento

⁵ Brodsky, Alexandra, "Rape-adjacent: imagining legal responses to nonconsensual condom removal", *Columbia Journal of Gender and Law*, 32, 2, New York, Columbia University Libraries, 2017, pp. 183-210, disponible en <https://journals.library.columbia.edu/index.php/cjgl/index>

⁶ Blanco, Melissa Marie, "Sex Trend or Sexual Assault?: The Dangers of 'Stealthing' and the Concept of Conditional Consent", *Penn State Law Review*, 123, 1, Pennsylvania, Pennsylvania State University, 2018, pp. 217-246, disponible en <http://www.pennstatelawreview.org/print-issues/sex-trend-or-sexual-assault-the->

esencial y no accesorio o secundario del consentimiento, diversas naciones, tales como Reino Unido, Alemania, Canadá o España, han abordado el "stealththing" como un delito asociado a la integridad sexual y, por tanto, le han aplicado el tratamiento previsto en el Código Penal a este tipo de conductas

Para el derecho vigente en México es imperante realizar un análisis concreto de la conducta, no es suficiente detectar una situación que ya se comienza a tipificar en otras latitudes y solo por ello se importe un modelo sin tomar en cuenta la coyuntura nacional.

En el tipo penal de violación, la conducta típica consiste en la cópula, como describe el artículo 176 de nuestro Código Penal vigente en la Entidad. Este acto consiste en la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

La conducta de este ilícito tiene que ver con obligar al sujeto pasivo a sostener la copula bajo violencia, como se explico en un principio.

En lo referente a la tipicidad, para el derecho, la violación se presenta cuando el sujeto activo por medio de la violencia física o moral realice copula con persona de cualquier sexo; o cuando introduzca por vía anal o vaginal cualquier objeto distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere su sexo del ofendido.

La antijuricidad en este delito se ve claramente, en la falta de la voluntad y libertad de una persona para copular a otra.

Lo concerniente a la culpabilidad, en el ilícito de violación éste siempre es doloso, debido que para su ejecución requiere de la plena voluntad del agente; por consiguiente, no cabe la realización culposa, porque el sujeto activo coacciona a la víctima, utilizando la violencia física o moral para lograr su fin funesto.

Para la punibilidad, existen diversas penalidades para la violación en sus diferentes tipos de ejecución como es la genérica, equiparada, impropia y tumultuaria.

Una vez que analizamos los elementos del delito genérico de violación, debemos tener en cuenta el efecto que causa esta acción. Para la víctima de acuerdo con datos emitidos por el Dr. Erin G. Clifton de la Universidad de Michigan⁷ después de una violación, el comportamiento de la víctima puede ir desde la locuacidad, la tensión, el llanto y el temblor, hasta la conmoción, la incredulidad, la ausencia de emoción, la calma y la sonrisa.

Las víctimas de violación se suelen sentir también aterrorizadas, ansiosas e irritables.

Pueden sentirse furiosas, deprimidas, abochornadas, avergonzadas o culpables (incluso se preguntan si hicieron algo para provocar la violación o si hubieran podido evitarla). Su ira puede estar dirigida a ellos mismos o estar mal dirigida al personal del hospital o a los miembros de la familia.

Algunas víctimas desarrollan trastorno de estrés postraumático que incluyen volver a experimentar el acontecimiento traumático, evitar situaciones, pensamientos y sentimientos relacionados con el acontecimiento traumático, tener problemas cognitivos y del estado de ánimo, ser incapaz de recordar partes importantes del suceso, entre otros síntomas. Muchas víctimas que desarrollan trastorno de estrés postraumático también desarrollan depresión y/u otros trastornos de la salud mental, como el trastorno por consumo de sustancias.

Como vemos el impacto de una cópula sin conceso tiene amplias repercusiones, el tema de la salud física existen también los riesgos de infecciones como las enfermedades de transmisión sexual como la gonorrea, tricomoniasis, infección por clamidias, sífilis, hepatitis B, hepatitis C, vaginosis bacteriana y el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) que es particularmente preocupante.

⁷ Erin G. Clifton, Violación, Manual MSD, Salud Femenina Consultado en: <https://www.msdmanuals.com/es-mx/hogar/salud-femenina/violencia-dom%C3%A9stica-y-violaci%C3%B3n/violaci%C3%B3n#:~:text=que%20los%20%C3%ADsicos.-,Efectos%20inmediatos,vez%20indica%20falta%20de%20preocupaci%C3%B3n>.

Es por ello que se ha analizado que se genera una conducta equiparable a la violación cuando el sujeto activo se remueva de forma no consensuada el preservativo durante la cópula, Esta acción dolosa expone a las víctimas a riesgos físicos de embarazo y enfermedad, transformando el sexo consensuado en no consensual al no existir una transparencia total sobre la capacidad reproductiva y las infecciones de transmisión sexual.

Actualmente nuestra Legislación cuenta dentro del **TITULO CUARTO** "Delitos Contra la Libertad y Seguridad Sexual de las Personas", con el **CAPÍTULO I** relativo a la violación, el cual consta de cuatro artículos en los cuales se define que se entiende por violación, cópula, violación equiparada, violación impropia y elementos que agravan ésta conducta ilícita.

La nueva conducta del "stealthing", que vulnera la intimidad de las personas y pone en riesgo en su salud física y mental se encuadra dentro del delito de la violación. Si bien la cópula no se da en un principio bajo coerción física o moral, cuando el agresor decide retirarse sin avisar el preservativo se configura una nueva realidad.

Al realizar un comparativo entre la legislación vigente y la propuesta que aquí se vierte, los sujetos activo y pasivo siguen siendo los mismo, la conducta de copular sigue existiendo, pero lo que inicio como algo consensuado y acordado entre los participantes cambia cuando con dolo y premeditación el sujeto activo se retira el preservativo para continuar con el acto. El sujeto pasivo podría decir si desea continuar con la cópula o no, pero al no informar a éste que el acto sexual se está realizado sin protección, el segundo queda en un estado de indefensión quedando expuesto a algún riesgo de contagio o un embarazo no deseado.

En el último siglo y sobre todo en las últimas décadas se ha avanzado en favor de los derechos humanos, la promoción y cuidado de la libertad sexual y esta reforma busca fortalecer estos derechos al limitar conductas unilaterales que sí tiene consecuencias importantes en contra de terceros.

Atendiendo a un proceso de técnica legislativa se propone reformar el artículo 177 adicionando un segundo párrafo, con el que se propone hacer uso de éste para incluir esta conducta equiparable al delito de violación.

Argumentar que se equipara el delito, tiene que ver porque en un principio no existe una violencia para forzar la cópula, pero al momento de retirar el preservativo de forma unilateral por el sujeto activo se configura la falta de consenso para sostener la relación, cuestión que daña la dignidad humana, la libertad sexual y seguridad de las personas.

Lo tendiente a las sanciones y siguiendo el principio de mínima intervención por parte de la autoridad se ha determinado que la sanción no sea la misma que la se marca por la violación genérica, ya que en principio sí existe un consenso.

Finalmente, si en este momento la tendencia es legislar para permitir que las mujeres decidan sobre su cuerpo, protejámoslas y sancionemos al que actúa unilateralmente y pueda dañar su vida y su libertad. A continuación, se muestra un cuadro comparativo sobre la legislación vigente y nuestra propuesta de modificación:

TEXTO VIGENTE	TEXTO PROPUUESTO
ARTÍCULO 177.- Violación equiparada.- Al que tenga cópula con persona menor de catorce años de edad o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa; se le impondrá de doce a veintidós años de prisión y hasta quinientos días multa.	ARTÍCULO 177.- Violación equiparada... De igual manera se impondrá de cinco a diez años de prisión cuando el sujeto activo se retire de forma unilateral y sin el conocimiento del sujeto pasivo el preservativo durante la cópula aún cuando esta haya sido consensuada.

Por lo anteriormente expuesto y fundado, me permito someter a consideración de esta H. XXIV Legislatura Constitucional del Estado Libre y Soberano de Baja California, el presente:

ÚNICO. Se reforma el artículo 177 del Código Penal para el Estado de Baja California, para quedar como sigue:

ARTÍCULO 177.- Violación Equiparada.- ...

De igual manera se impondrá de cinco a diez años de prisión cuando el sujeto activo se retire de forma unilateral y sin el conocimiento del sujeto pasivo el preservativo durante la cópula aún cuando esta haya sido consensuada.

TRANSITORIOS

ÚNICO.- El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Periódico Oficial del Estado.

Dado en el Salón de Sesiones "Lic. Benito Juárez García" del Congreso del Estado en la ciudad de Mexicali, Baja California, a la fecha de su presentación.



Dip. Daylin García Ruvalcaba

**MOVIMIENTO CIUDADANO
INTEGRANTE DE LA XXIV LEGISLATURA CONSTITUCIONAL
DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE BAJA CALIFORNIA**