

CAPÍTULO DÉCIMO

DERECHO A LA “IGUALDAD” DE GÉNERO EN BAJA CALIFORNIA A DIEZ AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Luz Berthila BURGUEÑO DUARTE*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Impacto de la reforma constitucional de 2011 a la “igualdad” de género.* III. *La “igualdad” de género en la normatividad de Baja California.* IV. *Tareas pendientes.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El paradigma de tutela a los derechos humanos se incrementó a raíz de la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución federal) de 2011, centrada en nuevas promesas dentro de sus artículos 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105, de los cuales destaca la amplitud a la tutela internacional de los derechos humanos derivado de la inclusión de los tratados internacionales a su artículo 1o., así como del cambio semántico del verbo “reconocer” en lugar del de “otorgar”, lo que refleja un *ius naturalismo racionalista*, “que entronca directamente con el pensamiento de John Locke y de los filósofos de la Ilustración, quienes concebían

* Profesora investigadora de tiempo completo, Facultad de Derecho Tijuana, Universidad Autónoma de Baja California (UABC); investigadora nivel I del Sistema Nacional de Investigadores, Conacyt; luz.burgueno@uabc.edu.mx.

a los derechos naturales como ínsitos en el hombre y anteriores a la propia comunidad política, misma que no los creaba, sino simplemente los reconocía”.¹

Esta reforma constitucional generó gran expectativa en el marco del reconocimiento y protección más amplia a los derechos de las mujeres; no obstante, en la desigualdad material existen dos problemas torales; uno emanado de la normatividad vigente en el estado de Baja California (BC) que resulta obsoleta y violatoria de estos derechos, y otro relativo a la falta de voluntad de parte de los operadores de justicia por estudiar y aplicar el principio pro persona y de interpretación conforme² a fin de otorgar la más amplia tutela a los derechos de las mujeres.

Por lo que, de manera breve, enunciaremos algunas de las violaciones a los derechos de las mujeres insertas en la normatividad del estado, a fin de resaltar la necesidad urgente de arribar a modificaciones de fondo y de forma, pues de lo contrario la igualdad de género seguirá siendo una promesa sin cumplir.

II. IMPACTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011 A LA “IGUALDAD” DE GÉNERO

A la vuelta de diez años de dichas reformas, nos cuestionamos si los paradigmas constitucionales se han convertido en un espejismo emanado de lo que en tantos sentidos se observa como letra muerta, o quizá sólo estamos frente a la innegable dicotomía

¹ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo. Como nuevo paradigma constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2013, p. 2.

² *Ibidem*, p. 9, sostiene que “La cláusula de interpretación conforme, además fortalece de manera muy vigorosa la doble protección que tienen los derechos humanos en nuestro país, la primera que es la esencial en el ámbito interno y otra subsidiaria y reglamentaria en el ámbito internacional. Virtud a esta doble tutela, se otorga el mismo nivel a los derechos reconocidos expresamente en nuestra ley fundamental, y que por tanto son de carácter supremo, con los establecidos por los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano”.

igualdad-desigualdad, en la que el ser humano se desenvuelve desde que se involucran dimensiones generalizadas que resaltan y afirman las distinciones, pues las generalizaciones son constructos sociales que no necesariamente reflejan las individualidades. Ya sostenía Montesquieu que “los hombres nacen en igualdad, pero no saben conservarla: la sociedad hace perder dicha igualdad que posteriormente se puede recuperar sólo mediante la ley”.³

En este contexto, los derechos de las mujeres han sido analizados desde la lucha por la “igualdad”, una igualdad centrada en la desigualdad entre los géneros, emanada principalmente de los roles de género establecidos por los diversos constructos sociales. De ello se destaca la confrontación que existe entre la igualdad formal expresada en el derecho y la desigualdad material manifiesta en la condición de hecho que circunda los roles de género basados en relaciones de poder y dominio de lo masculino sobre lo femenino. Estas desigualdades de hecho demandan más que una reforma constitucional, pues no basta con profesar conceptos kantianos que sostengan que todos somos iguales ante la ley cuando no existen los canales para materializar y exigir dichas máximas.

III. LA “IGUALDAD” DE GÉNERO EN LA NORMATIVIDAD DE BAJA CALIFORNIA

La clara e insostenible desigualdad que existe entre hombres y mujeres, tanto en el ámbito de lo público como de lo privado, sigue lacerando los derechos más elementales de éstas: el derecho a vivir en paz y en salvaguarda de su dignidad humana. Tomemos en cuenta que “la vulnerabilidad de la mujer no es consustancial a su

³ Cfr. Giorgi, Raffaele de, *Los derechos fundamentales en la sociedad moderna*, “Modelos jurídicos de la igualdad y de la equidad”, México, Fontamara, 2015, p. 36. “El derecho por tanto, en cuanto razón positivizada, debía contener condiciones de igualdad: condiciones de accesibilidad general a la acción, requisitos generalizables de la autor-representación individual: en otros términos, el derecho debía contener las mismas condiciones de posibilidad de la acción social”.

posición jurídica dentro de la familia ni tampoco a sus condiciones personales, sino que es el resultado de una estrategia de dominación ejercida por el varón —al amparo de las pautas culturales dominantes— para mantenerla bajo su control absoluto.⁴

En aras de abatir esta desigualdad material, el artículo 4o. de la Constitución federal, desde la igualdad formal, sostiene que “la mujer y el hombre son iguales ante la ley”, lectura que ante la reforma constitucional de 2011 al artículo 1o. cobra mayor peso a la luz de compromisos internacionales asumidos por México, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que en su artículo 5o. exige a los Estados firmantes a “modificar los patrones socioculturales de conductas de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

Estos compromisos internacionales obligan a México a salvaguardar los derechos humanos de las mujeres mucho antes de las reformas constitucionales de 2011, dejando en claro la CEDAW, en su artículo 1o., que

...la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda la distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

A la par, tenemos los compromisos asumidos a la luz de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, centrada

⁴ Buompadre, Jorge Eduardo, *Violencia de género en la era digital. Modalidades mediante el uso de tecnología*, Buenos Aires-Bogotá, Astrea, 2016, p. 51.

en reconocer y garantizar el derecho de todas las mujeres a vivir una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, estableciendo en su artículo 7o. la obligación del Estado de “incluir en sus legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”.

Por ello, no basta que la tutela de los derechos de las mujeres se centre en la normatividad nacional, sino que se debe atender a la mayor protección, incluida la normatividad internacional aplicable, pues la suma de ambos niveles de protección permitirá nivelar los índices de discriminación que actualmente viven las mujeres. No obstante, observamos que dichos compromisos internacionales no se alcanzan en la normatividad vigente en el estado de Baja California (BC), y como ejemplo citaremos algunas de las últimas reformas a diversas legislaciones del estado, que se refieren a derechos de género, en base a las cuales las y los encargados de impartir justicia sustentan, o bien limitan, su actuar.

1. *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California*

Dedica sólo el artículo 7o. a la tutela de los derechos humanos, reconociendo en su primer párrafo la aplicación de los tratados internacionales, lo que deviene de la reforma constitucional de 2011 en que se centra el presente debate. No obstante, desde entonces hasta la última reforma a la Constitución de BC, del 6 de diciembre 2021, este artículo 7o. consagraba un segundo párrafo que establecía: “El Estado reconoce y protege la Institución del matrimonio como un derecho de la sociedad orientado a garantizar y salvaguardar la perpetuación de la especie y ayuda mutua entre los cónyuges, satisfaciéndose este solamente, mediante la unión de un hombre con una mujer”. Lo anterior no obstante que, de forma paradójica, en su apartado A reconoce a los tratados internacionales y al principio pro persona; en su apartado E reconoce y garantiza el derecho de las

víctimas, y en el apartado F garantiza el principio de paridad de género. Estas disposiciones hacían cuestionable, entre otros aspectos, los fines del matrimonio, y la evidente negación hacia los matrimonios cuyo fin es diverso al de la perpetuación de la especie y ayuda mutua, así como la franca vulneración de derechos hacia los matrimonios igualitarios.

Celebramos que la Constitución de BC, vigente a partir de la reforma del 6 de diciembre de 2021, haya eliminado dichos preceptos altamente estereotipados, pero debemos estar atentos a la materialización efectiva de estas nuevas disposiciones normativas.

2. *Ley de la Familia para el Estado de Baja California* (reforma de diciembre de 2011)

En su artículo 19 se establece que “Toda persona tiene derecho en la elección de su estado de vida; a conocer el alcance de los derechos y las obligaciones inherentes al matrimonio, que permita al hombre y a la mujer asumirlas con pleno conocimiento, con madurez y responsabilidad”.

El artículo 20 señala que “el Estado, a través de las autoridades competentes, establecerá campañas permanentes de información y sensibilización dirigidas a las familias sobre planificación familiar, así como el conocimiento de los métodos naturales de reconocimiento de la fertilidad; los cónyuges decidirán de manera conjunta sobre los mismos”, mientras que el artículo 21 salvaguarda el “derecho de los padres a decidir el orden de los apellidos, pudiendo ser en forma indistinta el paterno o materno de ambos padres, que recibirán sus hijos”.

Como se observa, persiste el concepto de matrimonio cisgénero, enfatizándose en concepciones de familia socioculturales e incluso de índole religiosa que vulneran el carácter general que debe prevalecer en toda norma; es insostenible que el estado pretenda normar las formas de planificar la familia, lo cual está en franca vulneración del derecho consagrado en el artículo 4o. constitucional

que en su segundo párrafo sostiene que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”. Esto es, el Estado no tiene derecho a determinar como válidos sus métodos naturales, lo que sea que esto signifique.

Por otro lado, esta legislación deja de lado que existen diversas formas de familia,⁵ centrándose sólo en la planificación familiar derivada del matrimonio, a la par de coartar el derecho de la mujer a decidir de forma unilateral sobre el espaciamiento de sus hijos al ser su cuerpo el que estará expuesto a la procreación y, atento a los roles de género, más comprometido su proyecto de vida.

3. *Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Estado de Baja California (reforma de 2012)*

Resulta loable y a la vez un llamado de buena voluntad el que sus artículos 11 y 12 exijan a las autoridades ceñirse a lo dispuesto por los instrumentos internacionales suscritos por México en materia de discriminación, enfatizando la aplicación del principio pro persona cuando se presenten diferentes interpretaciones en tutela de los derechos a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias. El punto es que este llamado no es congruente con la realidad, pues las autoridades del estado, en su mayoría, se limitan a lo que establece la normatividad estatal.

⁵ Correa, Raúl, “Cambios importantes de concepción. Hay 17 diferentes formas de familia”, *Gaceta UNAM*, 20 de mayo 2019, plantea cómo la concepción de la familia ha sufrido importantes variaciones en las últimas décadas. Hay al menos 17 diferentes formas o tipos de parentela identificadas, más las que se acumulen. “Y creo son pocos para los reacomodos que se van dando en la sociedad”, señaló Germán Palafox, director de la Facultad de Psicología. En ese sentido, Raúl Contreras Bustamante, titular de la Facultad de Derecho, planteó la necesidad de respetar la diversidad de las familias porque la sociedad cambió y hay que adecuar las concepciones jurídicas a las nuevas realidades, además de establecer una serie de políticas públicas para reconocer esto. Consultado el 22 de junio de 2021 en: <https://www.gaceta.unam.mx/hay-17-diferentes-formas-de-familia/>.

4. *Ley para la Igualdad de Trato y Oportunidades entre Mujeres y Hombres del Estado de Baja California (reforma de noviembre de 2015)*

Esta legislación tiene como objeto el proteger, fomentar y hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres mediante lineamientos y mecanismos institucionales que orienten hacia el cumplimiento de la misma, con base en los principios, políticas y objetivos que sobre igualdad entre mujeres y hombres prevé la Constitución y la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, centrándose en los principios de igualdad, no discriminación y respeto a la dignidad humana.

Cabe destacar que dicha normatividad se centra en el actuar de todos los poderes públicos del estado, organismos públicos descentralizados y municipios, a fin de que hagan efectivo el derecho a la igualdad, a la no discriminación y el respeto a la dignidad humana. Esto, en sentido estricto, implica que estas autoridades deben dejar de aplicar los añejos cánones de la Constitución del Estado (algunos ya expuestos con antelación) a fin de hacer válidos aquellos consagrados en la Constitución nacional, pues paradójicamente ambas Constituciones presentan problemas de colisión normativa.

5. *Ley de Víctimas para el Estado de Baja California (reforma de 2018)*

En el marco de su artículo 4o., sostiene una interpretación conforme a la Constitución federal, los tratados internacionales celebrados y ratificados por el Estado mexicano y la Ley General, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de los derechos de las personas, sustentándose en los principios de buena fe, progresividad, característicos de la tutela de los derechos humanos.

De nueva cuenta, vemos cómo desde la normatividad sí es pro-
teccionista; sin embargo, e insistimos, las autoridades de la entidad

no se han dado a la tarea de aplicar estos alcances internacionales ni federales a la tutela y salvaguarda de los derechos de las mujeres.

6. *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Estado de Baja California (vigente a partir de 2016)*

Cabe destacar que en sus reformas de 2020 incluye el tema de violencia política. Además, consagra el amplio espectro de las modalidades de la violencia al definirla en su concepción física, psicológica, patrimonial, económica, sexual, obstétrica, digital, mediática y cualquier análoga.

En sus reformas de 2019 destaca el surgimiento de la obligación a cargo de la entonces Procuraduría General de Justicia de crear una base de datos de violencia de género, capacitar a policías en atención a casos de violencia y diseñar una política transversal e integral en torno a delitos violentos contra las mujeres.

Estas obligaciones a cargo del estado distan mucho de acercarse a la realidad, en un sistema de impartición de justicia en donde se revictimiza a las mujeres que han sufrido violencia, por no disponer de los protocolos adecuados, instalaciones, personal capacitado, etcétera, lo que nos coloca entre los estados con mayores índices de delitos violentos contra las mujeres.

Sólo para darnos una idea, según datos del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, los presuntos delitos cometidos contra mujeres de enero a marzo de 2021 en Baja California son: trata de personas: 90% de las víctimas son mujeres; Tijuana es el quinto de 100 municipios con presuntos delitos de feminicidio; 715 homicidios dolosos a mujeres: BC es el primer lugar, con 99; 14,368 lesiones dolosas: BC es el sexto lugar, con 565; 359 mujeres víctimas por corrupción de menores: BC es el tercer lugar, con 40; 108 mujeres víctimas de trata de personas: BC, con 39; 59,313 denuncias por violencia familiar: BC es el séptimo lugar con 2,612; 4,808 violaciones sexuales: BC es el séptimo

lugar con 192 violaciones; 3,940,941 llamadas de emergencia al 911 por violencia y delitos sexuales contra mujeres: BC es el sexto lugar.

Son datos alarmantes que, aunados a la cifra negra de la no denuncia, del silencio y del miedo, nos hablan de una realidad que no está siendo alcanzada por el paradigma de la reforma constitucional de 2011, ya que en BC las mujeres viven expuestas a elevados índices de violencia, y las autoridades encargadas de tutelar y salvaguardar sus derechos han sido incompetentes, máxime frente a elevados escenarios de corrupción y del imperio de la delincuencia organizada, frente a lo cual se ha “aprendido” a vivir y sobrevivir en entornos de violencia e inseguridad.

7. Código Civil de Baja California

En su artículo 22 establece que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, y agrega que desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el Código. Esto lleva a análisis diversos a los alcanzados en materia penal, como veremos en el apartado siguiente.

No obstante el derogado artículo 144, cabe resaltar que hasta el 14 de septiembre de 2021 esta normatividad sostenía que “cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta”; postura contraria a la libre determinación del individuo, que al abrogarse elimina estas barreras normativas que forjan el constructo social. No obstante, la mentalidad de una sociedad conservadora no se cambia con una reforma; en ello hay mucho trabajo por hacer y camino que recorrer.

Esta concepción progresiva deriva en gran parte de la aprobación al Dictamen 59, emitido por el Congreso del Estado de BC el pasado 16 de junio de 2021, de acuerdo con el cual se aprobaron los matrimonios igualitarios en el estado, instruyéndose a armonizar

la normatividad relativa. Esto llevó al Poder Legislativo de Baja California a reformar, el 14 de septiembre de 2021, el artículo 143 de su Código Civil y definir al matrimonio como “la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambas se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua”.

Se superó así la visión de matrimonio y de familia cisgénero, así como la valía única del matrimonio en torno a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua, lo que evidentemente violentaba los derechos consagrados en el artículo 4o. constitucional.

Lo anterior, sin duda, abre una importante área hacia la tutela y salvaguarda de los derechos de las personas que han determinado construir sus vidas desde su propia identidad sexual.

8. *Código Penal de Baja California*

En el ámbito penal es altamente notoria la vulneración a los derechos de las mujeres víctimas del menoscabo a bienes jurídicos básicos, como la vida, la salud, la paz, la dignidad, la libertad sexual, tema en el cual hay mucho análisis por hacer, y por el momento nos centraremos en algunos tipos penales que resaltan en su involución.

Tenemos el caso del tipo penal de *feminicidio*, consagrado en el artículo 129, el cual hasta antes de la reforma de noviembre de 2020 tenía una punibilidad de 20 a 50 años, lo que implicaba una sanción menor a la del homicidio calificado, por lo que se modificó en concordancia con el Código Penal Federal para ser de 35 a 60 años.

Al destacarse la falta de eficacia en la investigación y persecución de estos delitos, cobra importancia señalar el proteccionismo hacia los servidores públicos que de manera culposa (esto es, negligente, indiferente, incompetente) retardan o entorpecen la administración de justicia, pues el artículo 323 de este ordenamiento, en su fracción VII, establece una responsabilidad penal para los servidores públicos que dolosamente retarden o entorpezcan la administración

de justicia. Esto es, sólo cuando la voluntad final del sujeto activo está dirigida a la producción del resultado contrario a la norma es que se les podrá sancionar, pero en todos aquellos casos en que dicha violación al derecho de acceso a la justicia “no sea dolosa”, no podrá ser imputada el servidor público, siendo la víctima quien asumirá el coste: la violación a su derecho humano.

El tema del *aborto* se encuentra en constante evolución a la luz de los derechos de las mujeres, lo que se evidencia en la última reforma al Código Penal de Baja California (CPBC) del 12 de noviembre de 2021, logrando evolucionar el elemento normativo del tipo penal de aborto, entendido antes de la reforma como “la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez” (artículo 132), para quedar abrogado por la siguiente definición: “Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación. Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio”. Con ello se deja a salvo el derecho de la mujer a decidir, y se define el inicio del bien jurídico de la vida a partir de la implantación del embrión en el endometrio, periodo que la ciencia médica ha sostenido se da a partir de la semana doce de gestación. Esto ha permitido terminar con el debate que sostenía la anterior definición de aborto: la vida a partir de la concepción.

Cabe destacar que de la reforma penal en comento se deroga el anterior artículo 136 y lo hace evolucionar de manera importante; se dejan atrás los anacrónicos requisitos que se establecían para el caso de aborto producto de violación o inseminación artificial no consentida, los cuales se centaban en la decisión del agente del Ministerio Público, siempre que: 1) se denunciara, 2) que el MP lo autorizara dentro de los primeros 90 días de gestación, 3) que se acreditara el hecho. Esto significaba que en esos 90 días a partir de la violación se tenía que acreditar el hecho, situación que a la luz del artículo 2o. del Código Nacional de Procedimientos Penales implicaba acreditar el “hecho que la ley señala como delito”, que no obstante que no sea este el espacio para tal análisis, sostenemos que este

planteamiento abarca la conducta típica, antijurídica y culpable del sujeto activo, lo que evidentemente no se alcanzaba en ese plazo. Pues bien, la reforma del 12 de noviembre de 2021 ha abrogado dichos requisitos, debiendo ahora prevalecer el principio de buena fe a favor de la víctima.

A su vez, resaltamos la inclusión de la fracción IV del artículo 136 del CPBC que señala: “Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada”, lo que salvaguarda el derecho de la mujer a decidir sobre la calidad de vida que espera ofrecer a dicho producto. Este paso evolutivo de la norma aún tiene tareas pendientes relevantes, como lo son los canales para la debida exigibilidad del derecho en comento, pues hemos identificado el desconocimiento de parte del sector salud sobre esta reforma penal, lo que hace evidente la falta de protocolos, lineamientos o políticas públicas que de manera efectiva brinden el apoyo necesario a la mujer que solicite la asistencia médica para efectos de dicha interrupción del embarazo. Otra tarea pendiente es la armonización con el artículo 7o. de la Constitución de BC, primer párrafo, que aún establece que “esta norma fundamental tutela el derecho a la vida, desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida”. Esto implica una preocupante antinomia con la reforma penal en cuestión, y hace vulnerable la materialización del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

Por otra parte, el tipo penal de *estupro* genera una ociosa carga de la prueba hacia la víctima mujer menor de edad, al tipificarlo, en su artículo 182, como “al que realice cópula con persona mayor de 14 años y menor de 18, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción y engaño”; es necesario integrar el tipo penal con uno de los dos medios comisivos que se instauran como elementos

objetivos del tipo penal: la seducción y el engaño. Estos elementos, de algún modo, son parte intrínseca a la dinámica de pareja en la que se centraría esta cópula consentida, en donde resulta revictimizante someter a la víctima a reconstruir los elementos que permitan acreditar que hubo seducción o engaño, pues de lo contrario la conducta del sujeto activo será atípica. Esto resulta ocioso y absurdo, pues más allá de la existencia de estos medios comisivos o no, lo relevante es el consentimiento de la víctima menor de edad en un plano de consentimiento “no válido”, precisamente porque en su minoría de edad se considera que no ha alcanzado su desarrollo sexual pleno como para determinarse por dicho bien jurídico de manera libre y consciente; ante ello, resulta innecesario someterla a la revictimización de tener que “acreditar” escenas personales y, por qué no, incómodas en la dinámica de la narrativa en las instituciones de impartición de justicia.

Es evidente cómo los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, a pesar de algunas reformas importantes, se violentan desde la supuesta igualdad formal establecida en la normatividad que hemos citado, lo que desencadena una desigualdad material en temas centrales para el sano desarrollo de todo individuo, como lo es la libertad sexual, tema álgido en cuanto a los delitos de que es víctima la mujer, sin duda de forma exponencial a la victimización que presentan los varones. Ante ello, debemos tener en cuenta que

...la libertad sexual como bien jurídico penalmente protegido importa un segmento o una parcela de un bien jurídico más general: la libertad personal, entendida en su realización específica como el derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad o no verse involucrado sin su consentimiento en una relación sexual. Así, la libertad sexual se manifiesta como el derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de su sexualidad.⁶

En este contexto, como sostiene Habermas,

⁶ Buompadre, *op. cit.*, p. 93.

...los jueces han de apelar a la dignidad humana en casos de violación de libertades individuales o de derechos de poblaciones pobres y marginalizadas, así como en casos de desigualdad entre géneros, racial, étnica o religiosa. Por lo tanto, se convierte en un argumento sustantivo para fundamentar tanto la universalización de derechos como la introducción de nuevos.⁷

Este concepto de dignidad debe prevalecer en la aplicación e interpretación de la normatividad nacional e internacional.

IV. TAREAS PENDIENTES

Para el derecho internacional, los principios de universalidad de los derechos humanos y de no discriminación se instauran como piedra angular, al ser inherentes a todos los seres humanos sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición, frente a lo cual todos los Estados tienen el deber de promover y proteger todos los derechos humanos.

Emanado del bloque de constitucionalidad que deriva de las reformas que nos ocupan, este interés internacional es parte de nuestro ordenamiento nacional, por lo que nos encontramos frente a paradigmas que parecen inalcanzables cuando falta voluntad y capacidad de parte de sus ejecutores, lo que no implica la anuencia para dejar de aplicar la máxima protección a los derechos humanos, ya que "la garantía no consiste en poner un derecho en la Constitución sino en asegurar los medios para la tutela de las disposiciones constitucionales".⁸ En este sentido, la normatividad del estado de BC,

⁷ Chabaneau, Lucía Pérez y Silvera Rivero, Patricia, "*Desigualdades y justicia social en Brasil y Uruguay*", *Contribuciones sociológicas para pensar los derechos humanos*, 2018, DOI: <http://dx.doi.org/10.26489/rvs.v32i44.4>, p. 87.

⁸ García Castillo, Tonatiuh, "La reforma constitucional mexicana de 2011 en materia de derechos humanos. Una lectura desde el derecho internacional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad de México, vol. 48, núm. 143, mayo-agosto de 2015.

como se ha analizado, tiene mucho trabajo por hacer a fin de estar acorde a los nuevos paradigmas, ya que

...la reforma tenderá a reducir las demandas en contra del Estado mexicano ante órganos internacionales, ya que el hecho de que los derechos humanos contenidos en dichos instrumentos sean constitucionalizados, aportará un fundamento para su protección interna (aunque no lo garantiza). Lo que hoy termina resolviéndose a nivel internacional, podrá ser resuelto previamente a nivel nacional.⁹

Frente a las realidades expuestas, resulta necesario cuestionarnos la impunidad y la recurrente violación al derecho de acceso a la justicia de las víctimas, a fin de replantearnos el sentido de la pena en el derecho penal; nos permitimos hacer una reflexión desde una postura funcionalista sistémica, a la luz de las teorías de Günther Jakobs, quien reputa al delito en el marco del Estado moderno como una mera “irritación” o “desliz reparable” mediante la pena, “cuando el autor a pesar de su hecho ofrezca garantía de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico”; distingue, para ello, entre persona e individuo, en donde la persona se orienta en función de lo lícito y lo ilícito, en tanto que el individuo se orienta en función de la satisfacción y la insatisfacción.¹⁰ En donde los delinquentes “se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del derecho”, lo que en clave del funcionamiento sistémico equivale a decir que “no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona”.¹¹

Coincidimos con Gimbernat Ordeig sobre la imperiosa necesidad de atender los derechos de género en el ámbito del derecho

⁹ *Idem.*

¹⁰ Niño, Luis Fernando y Matus Acuña, Jean Pierre, *Dogmática jurídica y ejercicio del poder. Riesgos del vasallaje cultural en la doctrina penal latinoamericana*, Buenos Aires-Bogotá, Astrea, 2016, p. 29.

¹¹ *Idem.*

de acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencia desde lo que este autor enuncia como “una aplicación segura y calculable del derecho penal”, con base en el cual

...se hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación; en cambio cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuando menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un derecho penal del que —por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico— se desconoce su alcance y su límite.¹²

V. CONCLUSIONES

Nos permitimos dejar como reflexión algunas manifestaciones que con gran sentido crítico expone Peter Häberle, quien sostiene que “la calidad de una Constitución en el Estado constitucional se mide por las *funciones* que aquélla debe desempeñar y por la posición y el valor reales y vividos que ha adquirido en una sociedad civil abierta”,¹³ ya que “la constitución no es solo un conjunto de reglas jurídicas, sino también una guía cultural para el ciudadano”,¹⁴ derivado de lo cual “las Constituciones tienen que crear posibilidades de identificación para el ciudadano”.¹⁵

Los paradigmas constitucionales, entonces, deben ser alcanzables, deben establecer el piso mínimo para la salvaguarda de los

¹² *Cif. Niño, op. cit.*, p. 54.

¹³ Häberle, Peter, *Conversaciones académicas con Peter Häberle*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídica, 2017, p. 167.

¹⁴ *Ibidem*, p. 168.

¹⁵ *Ibidem*, p. 177.

derechos de género, en atención a lo cual toda mujer viva en paz, en un entorno libre de violencia y en pleno ejercicio de su dignidad humana en aras de la construcción de su propio proyecto de vida. Esto se alcanzará sólo desde la igualdad formal sustentada en una normatividad vanguardista, progresista y garante de derechos humanos, que sea interpretada y aplicada por personas y órganos encargados de impartir justicia, comprometidos y con un alto espíritu de justicia. Este binomio constituye el urgente reto para el estado de Baja California, en donde actualmente los derechos de las mujeres se enfrentan a desigualdades formales y materiales.

Los derechos humanos son el “fundamento de las democracias liberales y tienen pretensión de universalidad, al no realizarse de forma homogénea, sus principios básicos son cuestionados y se alejan cada vez más de la defensa de los derechos humanos”.¹⁶ En este tenor, cuestionamos los resultados alcanzados a diez años de la reforma a la Constitución federal, al ser evidente que miles de mujeres siguen sin tener garantizado el pleno ejercicio de sus derechos humanos, lo que se evidencia en los altos índices de violencia que enfrentan las mujeres en el estado de Baja California; una realidad que demanda la materialización del bloque de constitucionalidad que tanto se nos ha prometido con dicha reforma.

Las marcadas desigualdades de género evidencian el tipo de sociedad en que vivimos; es urgente que ciudadanos y autoridades asumamos la responsabilidad horizontal que implica exigir el reconocimiento de nuestros derechos a la par de comprometernos profundamente hacia el respeto de los derechos de terceros. Es urgente luchar por una mejor sociedad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Violencia de género en la era digital. Modalidades mediante el uso de tecnología*, Buenos Aires-Bogotá, Astrea, 2016.

¹⁶ Chabaneau, *op. cit.*, p. 1.

- CHABANEAU, Lucía Pérez y SILVERA RIVERO, Patricia, “*Desigualdades y justicia social en Brasil y Uruguay*”, *Contribuciones sociológicas para pensar los derechos humanos*, 2018, DOI: <http://dx.doi.org/10.26489/rvs.v32i44.4>.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo. Como nuevo paradigma constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2013.
- GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh, “La reforma constitucional mexicana de 2011 en materia de derechos humanos. Una lectura desde el derecho internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad de México, vol. 48, núm. 143, mayo-agosto de 2015.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Seguridad y justicia: plan nacional y reforma constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, serie 05, 2019.
- GIORGI, Raffaele de, *Los derechos fundamentales en la sociedad moderna, “Modelos jurídicos de la igualdad y de la equidad”*, México, Fontamara, 2015.
- NIÑO, Luis Fernando y MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *Dogmática jurídica y ejercicio del poder. Riesgos del vasallaje cultural en la doctrina penal latinoamericana*, Buenos Aires-Bogotá, Astrea, 2016.
- VALADÉS, Diego (comp.), *Conversaciones Académicas con Peter Häberle*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.