

VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA, EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 5267/2014.

En sesión celebrada el nueve de marzo de dos mil dieciséis, los Ministros de la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvimos un asunto en el cual se impugnó la constitucionalidad de la agravante al tipo penal de homicidio cuando el sujeto pasivo fuera una mujer, previsto por el Código Penal de Chihuahua.

Coincido con el proyecto en el sentido de que la norma atenta contra el derecho a la no discriminación, al no prever que la privación de la vida sea perpetrada en razón de género. No obstante, creo que se deben hacer algunas precisiones en la aplicación del test de igualdad, así como en otros argumentos plasmados en la sentencia.

I. El test realizado en el proyecto.

En primer lugar, comparto plenamente que una distinción basada en el sexo amerita un escrutinio estricto de constitucionalidad. No obstante, como me he pronunciado consistentemente, creo que las particularidades del presente caso permiten preguntarnos si no hay una mejor metodología para determinar si la medida transgrede el principio de igualdad. En efecto, estamos hablando de una medida que no pretende ser neutral: **de una acción afirmativa**. Éstas son medidas que tienen como fin remediar injusticias de hecho al establecer ventajas en favor de un grupo.

Es cierto que, como concluye el proyecto, la medida legislativa termina por ser discriminatoria. Sin embargo, creo que no debe dejarse de lado que la medida pretendía equilibrar la situación de discriminación estructural que enfrentan las mujeres día con día, y que ha costado un sinnúmero de vidas. Así, el test propuesto no diferencia entre el objetivo que persigue la previsión de una agravante específicamente para sancionar la violencia contra las mujeres y una medida cualquiera.

En efecto, un juzgador se puede encontrar con medidas que pretenden combatir la discriminación- acciones afirmativas- y medidas que son simplemente discriminatorias. De igual forma, dentro de las acciones afirmativas, es posible identificar medidas que discriminen al grupo que pretenden proteger. Así, analizar las acciones afirmativas con la misma metodología e igual rigor con el que se analizan otras medidas que involucran una categoría sospechosa dificultaría la posibilidad de distinguir entre aquellas medidas que efectivamente contribuyen al combate de la discriminación, aquellas que no, y aquellas medidas que simplemente son discriminatorias. En ese sentido, no se puede analizar la medida sin tomar en consideración el contexto de discriminación y violencia que ha sufrido la mujer históricamente. Por lo anterior, considero que el análisis de una acción afirmativa debe estar enfocado en la finalidad que ésta persigue y en la relación entre la primera y la consecución de dicho fin. Esto implica dejar a un lado la necesidad y la proporcionalidad de la medida, siempre y cuando no se advierta una vulneración grave a los derechos de las personas.

Ahora bien, lo anterior no me impide llegar a la misma conclusión que el proyecto: la medida es discriminatoria. No obstante, también

considero necesario hacer algunas precisiones a la aplicación del test que hace la sentencia.

II. La finalidad y la razonabilidad de la medida

La finalidad de la norma consiste en garantizar el derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación **basada en género**. Lo anterior se distingue de los tipos penales de feminicidio, cuya finalidad es mucho más compleja. Así, la norma cumple con la primera grada del test, ya sea de escrutinio estricto o el test para acciones afirmativas que he reiterado en mis opiniones sobre este tema.

En cuanto a la idoneidad, difiero en las consideraciones de la sentencia. **La medida no es idónea no porque sea sobreinclusiva (que además lo es), sino porque agravar el delito de homicidio cuando la víctima sea del sexo femenino no tiende “sustancialmente” a satisfacer el propósito que pretende, éste es, disuadir la violencia en razón de género.** Por el contrario, la norma tal y como está prevista **invisibiliza** las razones de género que motivaron el homicidio, y convalida la situación de violencia como manifestación de la discriminación en contra de las mujeres.

Un elemento adicional es que no todas las acciones afirmativas contribuyen al combate de la discriminación. Para poder distinguir entre unas y otras, **es necesario analizar si la medida busca perpetuar un rol o una concepción de inferioridad del grupo vulnerable**. La sentencia retoma lo anterior; empero, de manera escueta. En el caso concreto, es necesario determinar si la acción de tipificar una agravante para el delito de homicidio en razón del sexo

perpetúa un rol o una concepción de la mujer como un ser débil o inferior. Lo anterior, por supuesto, debe contestarse afirmativamente. En efecto, la norma, al agravar al homicidio en contra de las mujeres en todos los casos, ubica a la mujer como un ser inferior que amerita una tutela especial.

En este sentido, el precepto impugnado es contrario al espíritu de la determinación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Campo Algodonero. Si bien es cierto que en dicho caso la Corte no se pudo pronunciar sobre la existencia o inexistencia de una “política integral, coordinada y de largo plazo para garantizar que los casos de violencia contra las mujeres sean prevenidos e investigados, los responsables procesados y sancionados, y las víctimas reparadas” por falta de elementos aportados por las partes, también considero que la falta de visibilización del problema desde la vía legislativa presenta uno de los obstáculos para implementación de una política de este tipo.

III. Sobre las consideraciones de la sentencia en relación con el contexto y la motivación del crimen.

Una última consideración de la sentencia sobre la cual debo pronunciarme es aquella relacionada con el contexto y la motivación de los crímenes por razón de género. Para lo anterior, me permito citar la sentencia:

*En este orden de ideas, para determinar si el homicidio de una mujer fue cometido en razón de género **no basta con identificar el sexo de la víctima, sino que se requiere conocer la motivación y el contexto del crimen**, para lo que puede ser orientador el tipo de violencia a la que fue sometida. Esta Primera Sala reconoce que tal reconstrucción no está exenta de dificultades probatorias, pero de dicha circunstancia no debiera derivarse sin más la presunción adversa de que todo daño infligido a una mujer tuvo como motivación*

su género o que se desarrolló en un contexto de dominación, pues la misma no es solamente epistemológicamente falsa sino constitucionalmente inadmisibile.

Falso es, también, el dilema que nos plantea el proyecto. Efectivamente, no creo que debamos someternos a ninguno de los extremos planteados por la sentencia. Lo anterior debido a que, bajo determinadas circunstancias, considero que podría presumirse el “contexto de dominación” del crimen. Afirmar lo contrario podría derivar en la imposición de un estándar demasiado gravoso para que, en casos futuros, una mujer pueda acreditar las razones de género detrás de la violencia de la que fue víctima. Considero que esto sería un retroceso importante en la protección que ha brindado esta Suprema Corte a las mujeres.

MINISTRO

ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA.

LA SECRETARIA DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA.

LIC. MARÍA DE LOS ÁNGELES GUTIÉRREZ GATICA.

AMIO/RLA