



INCLUSIÓN TÍPICA DEL TRAVESTI EN LA CONDUCTA DE FEMINICIDIO EN COLOMBIA

Trabajo Presentado Por:

ZONIA NOHEMÍ HERNÁNDEZ GAMBOA C.C. 24.049.657.

Trabajo de grado presentado como requisito para optar por título de
Especialización en Derecho Penal y Procesal Penal.

Director:

Dr. Simón Eduardo Martínez Escandón.

Especialización en investigación criminal y juzgamiento en el sistema penal
acusatorio; Especialización en instituciones jurídico-penales y maestría en derecho
penal.

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS. FACULTAD DE DERECHO.

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.

TUNJA, BOYACÁ.

2021.

AUTORIDADES ACADÉMICAS.

Fray JOSÉ GABRIEL MESA ANGULO, O.P.

Rector General.

Fray EDUARDO GONZÁLEZ GIL, O.P.

Vicerrector académico general.

Fray ÁLVARO JOSÉ ARANGO RESTREPO, O.P.

Rector Seccional Tunja.

Fray OMAR ORLANDO SÁNCHEZ SUÁREZ, O.P.

Vicerrector Académico Seccional Tunja.

Dra. NUBIA LORENA DAZA LÓPEZ.

Decana Facultad de Derecho – Seccional Tunja.

Dra. CATHERINE DEL PILAR DIAZ SANABRIA.

Directora de Postgrados Facultad de Derecho.

GLOSARIO.

Sexo: Se refiere a las diferencias biológicas y fisiológicas entre mujeres y hombres. (C-484, 2017)

Género: Se refiere a los estereotipos, su rol social, condición y posición adquirida, comportamientos, actividades y atributos apropiados que cada sociedad en particular construye y asigna a hombres y mujeres. (T-450A, 2013)

Sexualidad: Capacidad del individuo para sentir, compartir, recibir y dar amor, afecto y placer. En esa medida los seres humanos son seres sexuales desde su nacimiento. (C-819, 2006)

Violencia de género: Esta se presenta cuando una mujer es la víctima de un crimen que se ha cometido por su condición femenina como una y principal motivación del criminal. (Montoya, 2017)

Violencia contra la mujer: Actos, basados en la identidad de género, que tienen, efectiva o potencialmente, como resultado la muerte, daño, afectación o sufrimiento para ella, así como las amenazas de causación de tales resultados, tanto en el ámbito público, como en el privado. (C-539, 2016)

Femicidio: Sanciona la circunstancia de haberse finalizado con la vida de la víctima por su propia condición de mujer o en razón a su identidad de género.

Orientación sexual. Abarca los deseos, sentimientos, y atracciones sexuales y emocionales que puedan darse frente a personas del mismo género, de diferente género o de diferentes géneros. (T - 099, 2015)

Identidad de género. Es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través

de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida). (T - 099, 2015)

Transgenerismo: No conformidad entre el sexo biológico de la persona con la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a este.

Travesti: Personas que expresan su identidad de género (de manera permanente o transitoria) mediante la utilización de las prendas de vestir y actitudes al género opuesto que socialmente y culturalmente se asigna a su sexo biológico, puede incluir modificaciones corporales

Tabla de contenido

Resumen	6
Abstract	6
Introducción.	7
Formulación del Problema	7
Planteamiento del Problema.	7
Justificación.	9
Hipótesis	11
Objetivos.	12
Metodología.	13
Capítulo I.	15
Estructura del delito de femicidio en la legislación colombiana.	15
Capítulo II.	19
La identidad de género como expresión del libre desarrollo de la personalidad y las diferentes expresiones sociales reales del género femenino incluidas las personas de condición travesti.	19
Capítulo III.	25
Razones del porque el femicidio como tipo penal abarca la tutela de los derechos de una persona travesti.	25

Resumen.

En el presente trabajo investigativo se mostrará la importancia de la aplicabilidad de ley 1761 del 06 de julio de 2015, frente a los casos de femicidio cuando el sujeto pasivo es un travesti, bajo la luz de principios y valores, consagrados en nuestra Constitución Nacional de 1991 y que siempre serán de suma relevancia en todo el procedimiento que tenga que ver con el actuar del ser humano.

Palabras claves: Femicidio, identidad de género, travesti, aplicabilidad de la ley, violencia de género.

ABSTRACT

In this research work will show the importance of the applicability of law 1761 of July 6, 2015, compared to cases of femicide when the taxpayer is a transvestite, under the light of principles and values, enshrined in our National Constitution of 1991 and that will always be of utmost importance in the whole procedure that has to do with the actions of the human being.

Word - keys: Femicide, gender identity, transvestite, law enforcement, gender violence.

Introducción.

Nuestro país atraviesa por serias crisis de legitimidad en muchos aspectos, económicos, políticos, sociales, culturales y de esta última segregación de grupos y personas a las que fatalmente se les margina. Nuestra sociedad no tolera la diferencia del ser humano, los patrones culturales y estereotipos de conducta tradicional asignan roles definidos a las personas, macho y hembra y solo le dan al individuo esa alternativa entre géneros al macho masculino y a la hembra femenino; no obstante, la realidad nos muestra otras cosas y de ahí la necesidad de ajustar la legislación a la diversidad, pro para ello debemos cambiar la forma de pensar.

El feminicidio es la muerte violenta de la mujer por esa condición de ser mujer, pero ¿qué se entiende por lo femenino? La simple concepción sexista debe ser superada para darle paso a la identidad de género que es comprensivo de la simple sexualidad, propongo la inclusión normativa en el tipo penal de feminicidio de aquella persona que asume el rol femenino pese a que la naturaleza no la seleccionó así, este artículo va orientado a ello, al travesti.

Formulación del problema

¿La práctica de agredir el bien jurídico tutelado de la vida contra una persona travesti constituye el delito de feminicidio o por el contrario se trata de un homicidio enmarcado en la legislación colombiana en el marco del libre desarrollo de la personalidad?

Planteamiento del Problema.

El presente artículo titulado: **“Inclusión típica del travesti en la conducta de femicidio”**, pretende ello, incluir en el tipo penal de femicidio al travesti cuando sea sujeto pasivo y se le de muerte dada esa condición.

Para poder abordar el tema con mayor profundidad es necesario hacer la distinción entre sexo y género, constituyendo el primero las diferencias biológicas existentes entre Macho y Hembra más específicamente aquella conformación anatómica y fisiológica entre las cuales se puede distinguir la asignación cromosómica somática “XX” para las mujeres y “XY” para los hombres. El género abarca un concepto que alude a los significados dados, atribuidos y esperados por la sociedad, en los aspectos ideológicos y de comportamiento a cada uno de los sexos, este último se encuentra integrado por las actitudes, valores y expectativas sobre las formas de ser social del hombre y del ser social mujer, por lo tanto, se convierten en construcciones sociales basadas en modelo de masculinidad y de feminidad, (Cano, 2017).

Para la Corte Constitucional Colombiana el género se interpreta como aquella noción de carácter explicativo de la relación que se presenta entre los seres humanos por lo tanto no puede ser confundida con el sexo, pues este es referido a un espectro de aplicación limitada, mientras que el género se presenta como una categoría amplia que no puede ser restringida en “hombre” o “mujer” en tanto que abarca los roles de carácter socio-cultural que se asignan en sociedad a cada uno de los sexos por el hecho de nacer con atributos femeninos o masculinos (C - 862, 2012). Gustan de presentar un aspecto, mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes, considerados socialmente como propios de un género diferente al suyo.

En este orden de ideas, es importante destacar que a nivel internacional se ha venido presentado un incremento en la violencia de género en especial a minorías, que presentan una marginación y discriminación social en cuanto a su identidad o

expresión de género, dado esto en personas que la sociedad como cultura madre selecciona y margina, orientadas por ideologías como el machismo, de allí podremos abordar la procedencia nacional que se tiene debido a lo concretado por las altas cortes, la Corte Suprema De Justicia encaminada a la lucha por erradicar la violencia de género.

Justificación.

El reconocimiento expreso de derechos de la comunidad LGTBI en Colombia da paso a un amplio escenario de debate en el sentido de que grupos minoritarios puedan ejercer su derecho constitucional a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, teniendo en cuenta que dicha consideración es de gran relevancia para la sociedad, en primera medida porque es la primera vez que se tipifica en nuestro país, el homicidio de una persona trans como femicidio y se incorpora la noción del tipo penal a causa de la identidad de género de una mujer trans y como segunda medida porque genera controversia, toda vez que se ha llegado a considerar que por ser personas en condiciones distintas, no cuentan con las mismas garantías constitucionales.

El panorama para las personas de orientación sexual distinta, no es muy alentador, ya que este grupo sigue siendo objeto de discriminación en diferentes aspectos y espacios, a pesar de ser una realidad que debe ser enfrentada y aceptada como tal, bajo el entendido de que cualquier trato diferencial en cuestiones de género es contrario a los Tratados Internacionales, Derechos Humanos y la Legislación Nacional, además, la identidad de género y la orientación sexual son conceptos que se van transformando con el paso del tiempo.

Este proyecto de investigación se enfoca principalmente en determinar si existen o no mecanismos métodos o medidas en el país que nos permitan prevenir la discriminación de género en todas sus manifestaciones y analizar desde la

perspectiva jurídica que alternativas ha adoptado el Estado Colombiano para lograr que se presenten menos casos de segregación de este tipo por parte de las autoridades y sus ciudadanos y que estén encaminadas no sólo a sancionar sino a generar un cambio en la sociedad a través de la tipificación del delito de feminicidio aquellas personas de orientación sexual diferente.

Se asume el método cualitativo porque se busca a partir de la información legal y la realidad constitucional recoger discursos complejos de personas o sujetos, para llegar luego a la interpretación, analizando determinados aspectos tales como la cultura, para llevarlos luego al ámbito social.

Se busca describir ciertas cualidades de un fenómeno y abarcar gran parte de la realidad, siendo estos ciertos acontecimientos de la historia que podemos analizar, además permite al investigador desarrollar pautas y problemas centrales del trabajo durante el proceso de investigación.

El enfoque de esta investigación es de reflexión, el cual proporciona las herramientas necesarias para llevar a cabo un análisis profundo sobre la tipificación del delito de feminicidio que se encuentra contemplado en nuestro Código penal colombiano en su artículo 104 A y si este se aplica en los Travestis ya sean ocasionales o permanentes, Primeramente, se debe comprender la definición de Travesti, transgénero, transexual, etc., para así poder dar una perspectiva clara del tema a investigar.

Hipótesis.

Teniendo en cuenta que la violencia de género ha sido un problema social desde hace muchos años viene siendo un fenómeno histórico presente en gran parte de las culturas humanas sin límite de edad, clase social, raza, ideologías o religión. Esta realidad tan dramática, pero muchas veces ante la comunidad y la ley es invisible, y tiene mucho que ver con el tipo de sociedades en las cuales están ubicadas las personas transgéneras, **travestis**, lesbianas, homosexuales, etc. Los cuales están ubicados en una posición de inferioridad de rechazo, y por ello se cree que no tienen derechos, la corte constitucional ha desarrollado una amplia jurisprudencia que busca proteger y garantizar los derechos fundamentales de este sector poblacional que, al definir su identidad sexual, de género, a no ser discriminadas en razón de ella, a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la integridad física, al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía personal, a la igualdad y a la dignidad humana.

Con la aplicación de la ley 1761 del 06 de julio de 2015, que trata del femicidio raíz del caso de “Rosa Elvira Cely” se contemplan las penas y sanciones a imponer, y demás aspectos importantes para tener en cuenta acerca de este delito en el momento de su aplicabilidad.

El Femicidio en Colombia se ha ido incrementando notoriamente como lo podemos observar en los medios de comunicación, por las redes sociales, periódicos, revistas etc. En donde dan a conocer los altos índices de este delito. Este crimen se refiere al maltrato hacia la mujer por el solo hecho de ser mujer, de ahí mi interés por investigar si los travestis que se visten, actúan y se sienten como mujer se puede aplicar este delito por solo hecho de ser mujer o peor aún por parecer a una mujer.

En los últimos debates en torno al femicidio y la violencia de género han cobrado una gran importancia en la esfera pública, tanto en Colombia como en otros países gracias a la polémica acerca de la incorporación de esta ley al momento de un Juez dictar sentencia y prueba de ello son los testimonios de las mismas víctimas.

Lo anterior Máxime cuando estas personas se encuentran ejerciendo su derecho al libre desarrollo de la personalidad en el momento en que son sujetos pasivos de este hecho punible. Pues si bien genéticamente no se le ha asignado el cromosoma XX, bajo una ideología de género se sienten identificadas con la denominación femenina así sea ésta de forma transitoria haciendo suyo tal concepto, por el cual se ejerce en ellos la conducta punible, es decir se violenta el bien jurídico tutelado de la vida por el hecho de su ideología de género.

Objetivos.

Objetivo general:

Determinar si la práctica de agredir el bien jurídico tutelado de la vida contra una persona travesti constituye una modalidad de femicidio

Objetivos específicos:

Identificar la estructura del delito de femicidio en la legislación colombiana.

Identificar bajo una lectura constitucional la identidad de género como expresión del libre desarrollo de la personalidad y las diferentes expresiones sociales reales del género femenino incluidas las personas de condición travesti.

Precisar las razones del porque el femicidio como tipo penal abarca la tutela de los derechos de una persona travesti

Metodología.

Tipo de investigación.

La presente investigación es de carácter teórico, debido a que la misma tiene como fin ampliar el conocimiento jurídico ante el comportamiento desplegado por un sujeto indeterminado sobre un sujeto determinado, siendo éste una persona Travesti, con el fin de causar la muerte a este último, tipificando bajo el delito de femicidio.

Enfoque de la investigación.

El enfoque de la presente investigación es de carácter cualitativo, en razón a que a partir de conceptos de índole teórica se arribará a una probable solución del problema jurídico abordado, lo anterior bajo una perspectiva de género.

Método de la Investigación.

El método utilizado en la presente investigación es inductivo- deductivo, debido a que se partirá de la identidad de género en cabeza de las personas que asumen la condición de travestis y de esta se deducirá si típicamente se adecua el delito de femicidio cuando en razón a dicha identidad de género se causa la muerte de la persona travesti.

Técnica de recolección de datos.

Inclusión típica del travesti en la Conducta de Femicidio en Colombia.

En la presente se utilizará investigación de carácter bibliográfico, esto es análisis documentos.

Fuente primaria: Ordenamiento Jurídico Colombiano, Constitución Política, Leyes Penales y Jurisprudencia.

Fuente secundaria: Doctrina.

Capítulo I.

Estructura del delito de femicidio en la legislación colombiana.

Es menester antes de introducirnos en el tema en particular referir a que el término que hoy utilizamos “femicidio” fue introducido en el debate político por la socióloga feminista Diana Russell, en el año de 1976 en el Tribunal Internacional de crímenes

contra la mujer y este se concretó por medio de la publicación de un libro en 1992, el cual tendría como fin visibilizar el asesinato misógino de mujeres por parte de los hombres, el término misógino se es utilizado para enmarcar la motivación de la conducta punible que es enmarcada bajo el odio, el desprecio o el sentimiento de posesión hacia las mujeres.

El delito de femicidio en la legislación colombiana, se encuentra regulado en el artículo 104 A de Código Penal Colombiano, en la definición dada en el primer inciso la descripción de la conducta dice:

“Quién causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer **o por motivos de su identidad de género** o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión”.

La disposición antes expuesta en especial la que se encuentra subrayada le otorga autonomía normativa y le permite diferenciarlo de la muerte que se le cause a una mujer por otros motivos o finalidades, es decir el femicidio precede una motivación, el móvil que lleva al agente a terminar con la existencia de una mujer se desprende de un acto de sujeción y dominación, mientras que en el homicidio simple no requiere motivación alguna. (C-539, 2016).

El delito de femicidio surgió con la creación de la ley Rosa Elvira Cely, 1761 de 2015, la Corte Constitucional, en el respectivo análisis de la norma en mención estableció que las razones de género refieren a los elementos asociados a la motivación criminal del agresor y que degenera en que el mismo ataque contra la humanidad de dicha persona, por considerar que la conducta materializada se aparta de los roles sociales establecidos como adecuados o normales. En razón a ello se debe conocer los referentes culturales del agresor que fueron utilizados para elaborar su decisión y desplegar la conducta. (C 297, 2016). En esta sentencia, la Corte Constitucional dijo: *“la finalidad de la tipificación del femicidio como delito responde a la protección, mediante el derecho penal, de diversos bienes jurídicos más allá de la vida de la mujer. Esto constituye una respuesta a condiciones de*

discriminación estructurales que hacen de su homicidio una consecuencia de patrones de desigualdad imbuidos en la sociedad. Dichos patrones se manifiestan en diversas formas de violencia, que pueden tener un carácter sistemático o no. Esta violencia se evidencia tanto en elementos de periodicidad como en tratos que suponen una visión de roles de género estereotipados o arraigados en la cultura que posicionan a la mujer como un objeto o una propiedad desechable con ciertas funciones que se ven inferiores a las del hombre. La realidad indica que las condiciones de discriminación que sufren las mujeres no siempre son abiertas, explícitas, y directas, no porque no estén presentes, sino porque hacen parte de dinámicas culturales que se han normalizado. Así, su identificación no es evidente, pues permea todos los niveles sociales, incluso los de la administración de la justicia. Un factor que devela esta realidad corresponde a los altos niveles de impunidad de la violencia contra las mujeres en todas sus formas, que comienza por la incapacidad del Estado de reconocerla y la falta de herramientas para investigarla y reaccionar de forma acorde para garantizar los derechos de las mujeres.”

Así las cosas este tipo penal se presenta como el homicidio a una mujer teniendo como razón su género, este se puede encontrar clasificado en directos e indirectos, los primeros incluyen aquellos como resultado de la violencia íntima o de pareja los homicidios de honor, los relacionados con el conflicto armado, con la dote, la identidad de género y la identidad sexual y los relacionados con la etnia o la identidad indígena y los segundos incluyen las muertes por abortos clandestinos o por prácticas dañinas como la mutilación genital femenina, la mortalidad materna, las muertes relacionadas con el tráfico humano, el crimen organizado y la activada por las pandillas, entre otros.

Es importante advertir que no todo homicidio en contra de una mujer se cataloga como femicidio ya que para definirlo de dicha forma debe tratarse de muertes violentas de mujeres que denotan una motivación especial o un contexto que se funda en una cultura de violencia y discriminación por razones de género.

En razón a lo anterior se puede clasificar el feminicidio en tres tipos:

El feminicidio íntimo o familiar cuyo elemento determinante en la intención del homicidio en razón al género corresponde al trato de la mujer como posesión.

El feminicidio sexual en el que la intención responde a que la mujer es un objeto para usar y desechar.

El feminicidio en el contexto de grupo que se refiere a los cometidos dentro de una relación grupal en la que, además de los factores socio-culturales del contexto en el que se forma el grupo, las relaciones entre el agresor y la víctima vienen determinadas por las referencias internas del propio grupo, la dinámica existente dentro de este y la relación particular del agresor con la víctima.

De este modo el feminicidio tiene como finalidad el visibilizar unas circunstancias de desigualdad donde el ejercicio de poder en contra de las mujeres culmina con su muerte, generalmente tras una violencia exacerbada, porque su vida tiene un lugar y valor social de última categoría. Por tanto, el elemento central del hecho punible, independientemente de cómo haya sido tipificado, responde al elemento subjetivo del tipo, que reconoce unas condiciones culturales discriminatorias como la motivación de su asesinato. (C- 297, 2016).

De tal suerte que el elemento que caracteriza el feminicidio y que lo diferencia del homicidio es que la privación de la vida se comete por razones de género, este puede ocurrir tanto en el ámbito público como privado. Lo que implica a los operadores de la justicia en términos probatorios, establecer las circunstancias de hecho objetivas que permitan presumir la existencia de razones de género que deberán ser entendidas desde un enfoque Inter seccional, desde un contexto y la comunidad, tanto de víctima como victimario, incluyendo las creencias de tipo cultural y religiosas, sin requerir el llegar a probar el estado mental o la motivación especial del agresor.

De allí que en este delito en particular el método de indagación resulte más especializado y con la verificación de ciertos patrones. Diferente esto al homicidio común precisamente por el deceso en un contexto de violencia, fruto de la discriminación en relación del género requiriendo el uso de protocolos dentro de la investigación¹.

Ahora bien si como resultado de la investigación se logra constatar que las diferentes circunstancias examinadas de forma conjunta, constituyen una forma de agresión que colocan en un estado vulnerable a la víctima frente al victimario, y que además de ello el fallecimiento tuvo como precedente alguno de los elementos indicadores del Artículo del Código Penal, esto quiere decir que el fondo de la muerte, guarda relación con la forma de violencia en un trato discriminatorio y desvalorizado del género femenino, será esto suficiente para encontrar probado que el homicidio se encuentra directamente relacionado por la condición de ser mujer.

Capítulo II.

La identidad de género como expresión del libre desarrollo de la personalidad y las diferentes expresiones sociales reales del género femenino incluidas las personas de condición travesti.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad, conforme lo ha reglado constitucionalmente la Corte Constitucional, se traduce, "*en el hecho consciente que tiene cada individuo para determinarse ante las opciones que ofrece la vida tanto*

¹*Modelo de Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*. elaborada por la Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) con el apoyo de la Oficina Regional para las Américas y el Caribe de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres) en el marco de la Campaña del secretario general de las Naciones Unidas UNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres. *A nivel local está el protocolo adoptado mediante resolución 01774 de 2016 de atención a víctimas de violencia sexual.*

*en lo privado como en lo público, y, en consecuencia, a diseñar autónomamente el plan como ser humano que pretende asumir dentro de la sociedad*². Con el libre desarrollo de la personalidad se refleja la autonomía individual, la independencia del individuo respecto de sus semejantes y la posibilidad de escoger su “plan de vida” sin intromisiones externas.

Entiendo por género la manifestación externa de rasgos que permiten cultural y socialmente identificar a una persona como masculina o femenina, conforme a los patrones considerados propios y a los que se les asigna roles por una determinada sociedad en un momento en particular, con independencia de cómo a la persona se le identifique.

Por su parte, la identidad de género alude a la manera en que una persona se asume así misma, independientemente de cómo la perciben los demás, es un concepto subjetivo, no externo al sujeto. La identidad de género es el concepto que se tiene de uno mismo como ser sexual y de los sentimientos que esto conlleva, está íntimamente relacionada en la forma como vivimos y sentimos nuestro cuerpo desde la experiencia personal y cómo lo llevamos al ámbito público

En el plano judicial, se ha producido fallos significativos por la corte interamericana de derechos humanos en el tema³, así como por la Corte Constitucional y la Corte

²Sentencia T-314 de 2011.

³ Por ejemplo, en reciente del 28 de junio de 2021, Sentencia del Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que el Estado de Honduras era responsable por la muerte de Vicky Hernández, mujer trans, trabajadora sexual y reconocida activista dentro del “Colectivo Unidad Color Rosa” ocurrida en San Pedro Sula el 28 de junio de 2009. El resumen oficial de la Sentencia puede consultarse aquí y el texto íntegro de la Sentencia puede consultarse aquí. La noche del 28 de junio de 2009, Vicky Hernández se encontraba con dos compañeras en la vía pública de San Pedro Sula, durante la vigencia de un toque de queda que había sido decretado en el contexto del golpe de Estado de ese día. Una patrulla de policía habría intentado arrestar las por lo que se dieron a la fuga y se perdieron de vista. Al día siguiente Vicky Hernández fue hallada sin vida con heridas por arma de fuego. Hasta el día de hoy su muerte no ha sido aclarada por las autoridades y el caso permanece impune. En su Sentencia, la Corte constató que existían varios indicios de la participación de agentes estatales que apuntan a una responsabilidad del Estado por la violación al derecho a la vida y a la integridad de Vicky Hernández, ocurrida en un contexto de violencia contra las personas LGBTI, y en particular contra las mujeres trans trabajadoras sexuales. El Estado reconoció parcialmente su responsabilidad internacional, en el entendido que las autoridades no efectuaron con la debida diligencia la investigación por el homicidio de Vicky Hernández. La Corte señaló que, durante la

Suprema de Justicia orientando el pensamiento jurídico hacia la inclusión normativa y social, en una lucha constante y denodada encaminada a erradicar la violencia de género. La Corte Constitucional ha mostrado una línea definida de pensamiento respecto de abordar las diferentes expresiones del género incluidas las personas travestis, su distinción con las personas transexuales, transformistas y drag Queens. La defensoría del Pueblo para 2018 reportó 155 casos de violencia o discriminación a la comunidad LGTBI⁴ (dentro de esta minoría se encuentran vinculados los travestis), ante realidades evidentes de ataques a estas personas por su condición, el presente artículo busca esbozar si en razón a que dicha violencia presentada hacia las personas travestis se enmarca bajo la violencia de género es posible que en la estructura del delito de femicidio ello quede incluido cuando el legislador dice bajo el ingrediente normativo: “*por motivos de su identidad de género*” (artículo 104 a del Código Penal, 2000), buscando integrar de esta forma en la tipicidad penal a las personas travestis en razón de la identidad de género que asumen con lo femenino armonizando esa tipificación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Del lado propio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, surge el derecho a la identidad de género, que igualmente es definida como: “*la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de*

investigación, las autoridades no consideraron el contexto de discriminación y violencia policial contra las personas LGBTI y las mujeres trans trabajadoras sexuales. En otro orden, el Tribunal determinó que, al haber sido asesinada y durante la investigación del homicidio, así como por el marco jurídico general de discriminación; se vulneraron los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica y no discriminación y el derecho a la identidad de género de Vicky Hernández. A su vez, la Corte encontró que se vulnera el derecho a una vida libre de violencia para la víctima y sus familiares, considerando que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer se refiere también a situaciones de violencia basada en su género contra las mujeres trans. Consultado en https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_38_2021.pdf

⁴Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex

otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”⁵.

Por su parte, la orientación sexual es un concepto independiente al sexo biológico o la identidad de género y hace relación a aquella capacidad de las personas para sentir una atracción profunda en los ámbitos emocionales, afectivo y sexual, tema abordado por la Corte Constitucional en sentencia T – 804 del año 2014, que estableció las tres grandes tipologías de la orientación sexual:

(i). La heterosexualidad: Esta hace referencia a la capacidad que tiene una persona para sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por una persona que pertenece a un género diferente al suyo y a la capacidad de la misma de mantener relaciones íntimas y sexuales con esa persona.

(ii). La homosexualidad: Hace relación a la capacidad de una persona de sentir una atracción emocional, afectiva y sexual por personas que pertenecen al mismo género y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con éstas. Dentro de esta se hace el uso del término lesbiana para referirse a la homosexualidad femenina y gay para referirse a la homosexualidad masculina.

(iii). La bisexualidad: Esta es la capacidad en cabeza de una persona para sentir una atracción profunda de carácter emocional, afectivo y sexual por personas de un género diferente al suyo, como de personas de su mismo género.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de identidad de género ha señalado que, *“la identidad de género no guarda una relación necesaria con el nombre legal, ni con los documentos que reflejan dicho nombre, sino que son las personas quienes establecen su identidad a través de los elementos y acciones que estimen pertinentes y suficientes para ese propósito”⁶*, se ha basado para ello

⁵ Sentencia T-804 de 2014, reiterada en la sentencia T-099 de 2015.

⁶ Ver, corte constitucional sentencia de Tutela T 363 de 2016

en normas del bloque de constitucionalidad que ampara y recogen el tema, por Naciones Unidas⁷, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁸ e incluso los principios de Yogyakarta⁹.

Teniendo la precisión de estos conceptos, me centraré ahora en la identidad de género, siendo ésta la vivencia interna del género que experimenta cada persona, sin que esta corresponda de forma necesaria al sexo que se le fue asignado al nacer y que encuentra las variantes que se explicarán a continuación:

1. El transgenerismo: También denominadas personas trans, se utiliza para describir la no conformidad entre el sexo biológico de la persona con la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Esta persona puede construir su identidad con independencia a procedimientos quirúrgicos o algún tratamiento médico. Se pueden denominar mujeres trans a cuando el sexo biológico es de hombre, pero su identidad de género es femenina y hombres trans cuando el sexo biológico es femenino pero su identidad de género es masculina. Para la Corte Constitucional, el transgenerismo consiste en *“la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a este. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos. Existe un cierto consenso para referirse o auto referirse a las personas transgénero, como mujeres trans cuando el sexo biológico es de hombre y la identidad de género es femenina; hombres trans cuando el sexo biológico es de mujer y la identidad de género es masculina; o persona trans o trans, cuando no existe una convicción de*

⁷ Documento *“Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos”* suscrito por la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH-. Citado en la sentencia T-804 de 2014.

⁸ Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012. Citado en la sentencia T-804 de 2014.

⁹ Cfr. Concepto de transgénero derivado de los Principios de Yogyakarta citado en la sentencia T-099 de 2015, fundamento jurídico 38.

*identificarse dentro de la categorización binaria masculino-femenino. El transgenerismo se refiere exclusivamente a la identidad de género del individuo y no a su orientación sexual que por lo tanto puede ser heterosexual, homosexual o bisexual*¹⁰, por lo que se tiene como aceptado cultural y jurídicamente que las personas transo transgénero tienen una vivencia que no corresponde con el sexo asignado al momento de nacer, de modo que "cuando el sexo asignado al nacer es masculino y la vivencia de la persona, en los términos descritos es femenino, dicha persona generalmente se autor reconoce como una mujer trans", en tanto que "cuando el sexo asignado al nacer es femenino y la vivencia de la persona es masculina, dicha persona generalmente se autor reconoce como un hombre trans". (C-099, 2015).

2. Las personas Transexuales: Estas personas se sienten y se conciben así mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se le asigna a su sexo biológico y por ello optan por intervenciones quirúrgicas y médicas, para de esta forma concordar su apariencia física con su realidad psíquica. Esta es una subcategoría del transgenerismo.

3. Los travestis: Este término se utiliza para las personas que expresan su identidad de género (de manera permanente o transitoria) mediante la utilización de las prendas de vestir y actitudes al género opuesto que socialmente y culturalmente se asigna a su sexo biológico, puede incluir modificaciones corporales. Según lo señalado dispuesto por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia también se puede entender como travesti, "*personas que asumen una identidad atribuida socialmente al sexo opuesto, sobre el cual es pertinente precisar que algunas personas travestis intervienen sus cuerpos con hormonas y cirugías, pero*

¹⁰Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos. Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos - ACNUDH-, 20 de noviembre de 2013. Pág. 3. Citado en la sentencia T-804 de 2014.

no desean transformar quirúrgicamente sus genitales, advirtiendo que con alguna frecuencia este término adquiere connotación negativa asociada al prejuicio y el insulto” Es una sub categoría del transgenerismo.

4. Transformista: suelen ser generalmente hombres que adoptan identidades femeninas en contextos de noche, festivos o de espectáculo.

5. Drag Queens o Kings: quienes asumen una identidad transgresora de los géneros en contextos festivos, en ocasiones **exagerando rasgos** de masculinidad.

La intersexualidad. Este término integra a las personas que poseen unas características genéticas de hombres y mujeres, esta persona puede identificarse como hombre o como mujer o ninguno de los dos miembros.

Las personas cisgénero. Son aquellas que tienen una vivencia que se corresponde con el sexo asignado al nacer. Cuando el sexo asignado al nacer es masculino y la vivencia de la persona, en los términos descritos, es masculina, dicha persona es un hombre cisgénero. Cuando el sexo asignado al nacer es femenino, y la vivencia de la persona también es femenina, dicha persona es una mujer cisgénero. (T - 099, 2015), es una adecuación entre el sexo asignado, el género asumido y el comportamiento que la persona sume concordante si se quiere con el rol, en cambio el termino trans - denota contradicción, contrariedad entre el sexo asignado y el género asumido.

Si bien no se ha realizado un pronunciamiento expreso por parte de la Corte Constitucional a lo que respecta con la identidad de género en el tipo de feminicidio ésta es entendida por dicha entidad bajo los conceptos antes señalados y que por ende darían lugar a la aplicación de dicha normatividad, en el momento que dicha

conducta típica fuese desplegada contra un travesti por su identidad atribuida al género femenino y el motivo determinante para la realización de dicha conducta fuese su identidad de género.

En relación con la violencia de género entendida como todo acto de agresión psicológica o física ejercida sobre cualquier mujer, sin importar la posición social, la edad o la preparación académica, se presenta como un problema grave, estructural y de atención urgente. (Cruz, 2017)

Teniendo en cuenta la definición anterior es menester establecer que en lo que refiere a las mujeres trans y las mujeres cisgénero la Corte Constitucional ha sido enfática en la búsqueda de la protección de la identidad de género, estos conceptos no admiten una distinción alguna. Por tal sentido el término mujer es aplicable tanto para las mujeres trans como para las mujeres cisgenero. (C-584, 2015)

Se puede establecer entonces que esa agresión de carácter psicológico o físico ejercida contra las mujeres es aplicable bajo un concepto amplio enmarcado en la identidad de género y en la construcción personal del proyecto de vida y no desde un rasgo exclusivamente biológico. Lo que permite mayor protección en las garantías en cabeza de las personas que manifiestan su identidad de género ya sea de forma pública o privada o de una forma permanente o transitoria.

Así las cosas, la violencia de género, aplica a las mujeres que se identifican como tales y que realizan la manifestación de ese género femenino y a quien naturalmente por su sexo son machos pero por su desarrollo del género no se predica la identidad asignada con el mismo, el travesti es un sujeto de esta especial condición y la muerte que se le ocasione por esa razón debe estar enmarcada en el tipo penal de femicidio porque es una afrenta a la feminidad genérica y específica por esa condición que la persona tiene, máxime que no se establece por parte de la Jurisprudencia distinción alguna entre mujeres que manifiestan su identidad de género como tal y mujeres que biológicamente se les asigno un género equivocado al nacer.

Capítulo III.

Razones del porque el feminicidio como tipo penal abarca la tutela de los derechos de una persona travesti.

El feminicidio al ser tipificado, surge por ser es expresión de la violencia contra las mujeres por razón de género, violencia que se refleja en la multiplicidad de agresiones sistemáticas que enfrentan las mujeres y niñas, su interrelación y ocurrencia en diversos ámbitos públicos, privados y virtuales, pero también es ataque al género femenino.

La Asamblea General de las Naciones Unidas en la “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”, reconoció que: *“la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre, e impedido el adelanto pleno de la mujer y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”* (ONU, 1993).

En el artículo primero de dicha declaración, define lo que es la violencia contra las mujeres como *“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”* (ONU, 1993).

Por su parte en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW - Ley 051/81), allí se definió discriminación contra la mujer como, *“toda 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, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (ONU, 1981).

Hemos visto como en el plano externo el concepto de femicidio surge con el aporte de Diana Russell que lo llevó ante la ONU y prácticamente forzó la tipificación. Cuando la creadora del concepto se refiere al femicidio, lo expresa de la siguiente forma:

“El femicidio representa el extremo de un continuum de terror antifemenino que incluye una amplia variedad de abusos verbales y físicos, como: violación, tortura, esclavitud sexual (particularmente por prostitución), abuso sexual infantil incestuoso o extrafamiliar, golpizas físicas y emocionales, acoso sexual (por teléfono, en las calles, en la oficina o en el aula), mutilación genital, clitoridectomías, escisión o infibulaciones), operaciones ginecológicas innecesarias (histerectomías), heterosexualidad forzada, esterilización forzada, maternidad forzada (por la criminalización de la contracepción y del aborto), psicocirugía, negación de comida para mujeres en algunas culturas, cirugía plástica y otras mutilaciones en nombre del embellecimiento. Siempre que estas formas de terrorismo resultan en muerte, se convierten en femicidio” Para Russell (1992):

La expresión femicidio se refiere a los homicidios de mujeres por el hecho de ser tales en un contexto social y cultural que las ubica en posiciones, roles o funciones subordinadas, contexto que favorece y las expone a múltiples formas de violencia.

La noción de femicidio incluye tanto los crímenes cometidos dentro de la llamada esfera privada como pública, tal como lo hace la definición de violencia contra la mujer contenida en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). En su artículo 1°, la Convención señala que “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o

sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Ahora bien, para llegar al tipo de “femicidio travesti”, el punto de partida es el libre desarrollo de la personalidad y por ello como lo ha reiterado la Corte Constitucional en sus diversas jurisprudencias al respecto esta se concretiza en el derecho en cabeza de las personas para definir de forma autónoma la de identidad de su género, la cual se encuentra de la mano del respeto a la dignidad humana en sus tres manifestaciones, siendo estas las siguientes:

El derecho a vivir como uno quiere; entendida como la autonomía o aquella posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características. El derecho a vivir bien; como aquellas materias concretas de existencia. El derecho a vivir sin humillaciones; como aquellos bienes de carácter no patrimonial como lo son la integridad física e integridad moral.

Aquí podemos evidenciar que de acuerdo a lo anterior en el caso de una persona travesti que no encuentra una correspondencia entre la identidad sexual y la de género que asume la persona así sea esta de forma transitoria y la que expresa o exterioriza, por medio de su vestimenta, accesorios y demás elementos estéticos o ideológicos, el no permitirle implicaría el negarle una dimensión constitutiva de la autonomía personal esto es el vivir como uno quiera, lo cual generaría discriminación y lo convertiría en objeto de rechazo, lo cual trascendería a los otros dos aspectos señalados con anterioridad.

Así las cosas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad no tiene otras limitaciones que los derechos de los demás y los que impone el orden jurídico, comprende la facultad que tiene toda persona de realizar de manera autónoma su proyecto vital sin ningún tipo de coacción o de control injustificado, es entonces la no injerencia institucional en, materias de carácter subjetivo que no atentan contra la convivencia o la organización social.

Uno de los cambios relevantes que incorporó la Constitución Política de Colombia de 1991 fue la concepción de un Estado Social de Derecho el cual se funda entre otro principio el respeto a la dignidad humana. Lo anterior implica el reconocimiento de la persona como fin en sí mismo y no como medio para un determinado fin. Por lo anterior el Estado debe preservar la autonomía, libertad, integridad moral y física. Lo que resulta en la exclusión de tratos de carácter degradante, tanto en la vida personal y familiar como pública. Puesto que la dignidad humana implica el aceptar al individuo con sus rasgos característicos y sus diferencias específicas pues es lo que distingue a cada sujeto de la especie humana.

Con base a ello se desarrollan garantías fundamentales como los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, con los que se busca asegurar la independencia de todo ser humano respecto a los demás y la posibilidad de elegir el plan de vida sin interferencia de los ideales de existencia, de allí que la palabra libre sea entidad bajo el precepto de la imposibilidad de exigir determinados modelos de la personalidad admisibles frente a otros que se consideran inaceptables o impropios, lo que implica una libertad del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social(C-507, 1999).

Por tanto, se entiende que se vulnera este derecho cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia. (C-336, 2008), cuando el legislador penal usa la fórmula “o por razones de su identidad de género” el término es incluyente de esas formas de pensar el género, de comprender la vida y de asumirla, por ello sostengo que incluye a la persona trans y particularmente travesti que ha asumido su género femenino por encima del sexo asignado al nacer y su muerte dada esa condición se vuelve Transfóbico, acuñado como, ***la muerte de una mujer travesti, en la que el victimario (o los victimarios)***

Inclusión típica del travesti en la Conducta de Femicidio en Colombia.

la mata por su condición o identidad de género transexual, por odio o rechazo de la misma, ese es mi aporte.

CONCLUSIONES.

En relación con lo expuesto en el presente artículo de investigación se puede llegar a las siguientes conclusiones:

La identidad de género, es la vivencia interna del género que experimenta cada persona, sin que ésta corresponda de forma necesaria al sexo que se le fue asignado al nacer y que tiene variables como los transgeneristas, las personas travestis, los transformistas y los drags Queens entre otros.

El delito de femicidio es aplicable a las personas travestis ya sea ocasional o permanente, siempre y cuando la privación de la vida se cometiere por razones de género, es decir por su vivencia interna de género. De tal suerte el tipo penal cuando habla de razones de identidad de género, no se refiere exclusivamente a la mujer, sino que comprende la identidad que del género tiene la persona. Por lo expuesto es un problema de adecuación típica que se encuentra regulado bajo el artículo 104^a del C.P., el cual establece el femicidio dentro la posibilidad de su aplicación, en razón a motivos de identidad de género como determinante de la conducta. Encontrándose allí la consagración normativa del comportamiento reprochable sobre un sujeto pasivo, en razón a la identidad que este materializa por medio de su vestimenta.

Los operadores de la justicia en términos probatorios deben establecer las circunstancias de hecho objetivas que permitan presumir la existencia de razones de género que deberán ser entendidas desde un enfoque Inter seccional, a partir de un contexto y la comunidad, tanto de víctima como victimario, incluyendo las creencias de tipo cultural y religiosas, sin requerir el llegar aprobar el estado mental o la motivación especial del agresor.

La única limitante legítima para hacer cesar ese derecho a la libertad del individuo en la escogencia del libre desarrollo de la personalidad es el que no se le cause un perjuicio social a la sociedad y mientras esto no ocurra el estado debe garantizar la expresión de esa personalidad libre de discriminación y afectaciones a la dignidad humana estrechamente relacionada con este derecho constitucional.

De acuerdo con la sentencia T – 143 del año 2018, la identidad de género ha trascendido a diferentes ámbitos como lo son el académico, el laboral y el cultural, en especial, lo que refiere al ámbito de la materialización de dicho derecho por medio de la forma de vestir.

Referencias bibliográficas.

1. Cano, J, (2017), Los delitos de género, Medellín y Colombia, Librería Jurídica.
2. Corte Constitucional, Sala Plena. (25 de octubre de 2012) C-862. [MP. Alexei Julio Estrada].
3. <https://projusticiaydesarrollo.com/2017/09/01/los-derechos-de-las-personas-transgénero-en-Colombia/>
4. <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/primer-condena-por-femicidio-de-una-mujer-trans-en-Colombia-306288>
5. <https://www.nytimes.com/es/2018/12/19/colombia-femicidio/>

6. Ley 599 de 2000 y la Ley 1761 de 2015
7. C- 297, D-11027 (Corte Constitucional 08 de 06 de 2016).
8. C-336, D-6947 (Corte Constitucional. 16 de abril de 2008).
9. C-484, PE-046 (Corte Constitucional 26 de julio de 2017).
10. C-507, D-2254 (Corte Constitucional 14 de julio de 1999).
11. C-539, D-11293 (Corte Constitucional 05 de 10 de 2016).
12. C-819, D-6234 (Corte Constitucional 4 de octubre de 2006).
13. C-584, D-10.628 (Corte Constitucional. 8 de septiembre de 2015).
14. C - 862, PE-034 (Corte Constitucional 25 de octubre de 2012).
15. Cruz, C. (2017). Violencia de género y feminicidio - 1 a ed. En C. Cruz, Violencia de género y feminicidio - 1 a ed. (pág. 11). Panamá: Seguridad y Defensa.
16. Montoya, R. O. (2017). Feminicidio poder, desigualdad, subordinación e impunidad: no más invisibilidad. En R. O. Montoya, Feminicidio poder, desigualdad, subordinación e impunidad: no más invisibilidad (pág. 26). Medellín: FUNLAM.
17. T- 878, T-4.190.881 (Corte Constitucional 18 de 11 de 2014).
18. T - 099, T - 4.521.096 (Corte Constitucional. 10 de marzo de 2015).
19. T-314, T-2643229 (Corte Constitucional 4 de mayo de 2011).
20. T-450A, T-3.253.036. (Corte Constitucional 16 de julio de 2013).
21. Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio).