

Investigación

Feminicidio de mujeres trans y constitucionalismo feminista en Colombia¹

Femicide of Transgender Women and Feminist Constitutionalism in Colombia

Neider Gustavo Alegría Ruiz²

Recepción: 01/03/2023 • Aprobación: 23/05/2023 • Publicación: 15/09/2023

Para citar este artículo

Alegría Ruíz, N. G. (2023). Feminicidio de mujeres trans y constitucionalismo feminista en Colombia. *Dos mil tres mil*, 25, 1-17.
<https://doi.org/10.35707/dostresmil/25381>



¹ Este artículo es producto de la reflexión en torno al artículo denominado *Feminicidio: estudio comparado de las mujeres trans como sujetos pasivos del tipo penal de feminicidio* que consolidé con Brayan Guerrero Reyes, a quien le agradezco su generosidad de permitirme escribir estas líneas, las mismas que encauzan un trabajo de mayor envergadura y reflexión que hemos venido construyendo en conjunto.

² Investigador del Observatorio para la Equidad de las Mujeres (OEM), Universidad Icesi, Colombia. ORCID: 0000-0002-4578-0368. Correo electrónico: neideralegría@gmail.com

Resumen

Este artículo se propone mostrar que el asunto de la inclusión de las mujeres trans como sujetos pasivos del delito de feminicidio es una cuestión que debe leerse bajo el paradigma del feminismo constitucional. Lo hace, fundamentalmente, señalando la existencia de un fuerte y fértil desarrollo normativo que atiende las necesidades y particularidades del género (una interlocución constante entre el feminismo y el constitucionalismo). Así mismo, plantea que los debates jurídicos de la dogmática y jurisprudencia penal, de esta temática en el país, han acogido las consideraciones de la Corte Constitucional, las leyes y la Constitución, sobre el tránsito identitario y la categoría de mujer. De modo que la inclusión de las mujeres trans como sujetos pasivos del delito de feminicidio no es solo viable, sino legal y constitucionalmente protegida.

Palabras clave

Feminismo constitucionalista, mujeres transgénero, neoconstitucionalismo, Estado Social de Derecho.

Abstract

This article aims to demonstrate that the inclusion of transgender women as passive subjects of the crime of femicide is a matter that should be analyzed under the paradigm of constitutional feminism. It does so primarily by highlighting the existence of a strong and fertile normative development that addresses the needs and particularities of gender (a constant interplay between feminism and constitutionalism). Additionally, it argues that the legal debates in the dogmatic and penal jurisprudence on this subject in the country have embraced the considerations of the Constitutional Court, laws, and the Constitution regarding gender identity and the category of woman. Therefore, the inclusion of transgender women as passive subjects of the crime of femicide is not only viable but also legally and constitutionally protected.

Keywords

Constitutionalist Feminism, Transgender Women, Neoconstitutionalism, The Social Rule of Law.

1. Introducción

Las violencias basadas en género son un fenómeno asociado a roles, normas y formas de concebir los géneros y las funciones que sobre los mismos se crean en la sociedad. Sirven para mantener el orden heterosexual, machista, racista y patriarcal imperante en el mundo. Sus externalizaciones van desde el uso de la fuerza física, hasta el empleo de fuentes de órdenes psicológicos y simbólicos que impiden el acceso equitativo a recursos, a la realización personal y la libertad de decisiones de las personas, especialmente, de las mujeres y personas diversas.

Así mismo, las mujeres, por ser diversas entre ellas, experimentan de manera diferenciada —a lo largo de su vida— las violencias de género en obediencia a factores como el económico, el étnico, el etario, entre otros. La interseccionalidad, como categoría de análisis, ha servido para pensar en ello, en la confluencia entre violencias de género con otras violencias sociales que hacen que las posibilidades de ser y hacer de muchas mujeres se vean más limitadas. Violencias que, sumadas a factores sociodemográficos, territoriales, étnicos, económicos y de otros órdenes, hacen que estas mujeres y personas diversas vivan con miedo constante, con menos dignidad y autonomía.

El asesinato es la expresión última y letal de las violencias de género. En atención a su reiteración en el tiempo, a las preocupaciones internacionales y a la incidencia de organizaciones de mujeres en torno a ello, muchos Estados han tipificado como delito este hecho. En esta dirección, han condenado la muerte de la mujer en función de su género, a través de una categoría (tipo) penal denominada como *feminicidio*. Sin embargo, recientemente se vienen presentando una serie de discusiones jurídicas sobre si este delito cubre la protección de las mujeres transgénero.

Esta discusión ha tomado dos caminos posibles en sus reflexiones teóricas. El primer escenario, al que hemos denominado negacionista, acoge la tesis sobre que las mujeres trans no pueden ser sujetos pasivos de dicho delito. Ello ha llevado, inequívocamente, a cuestionamientos sobre ¿cuáles son las razones para que dicho tipo penal no las cubra? Los defensores de esta postura referencian un argumento central que se constituye así:

No se puede equiparar a las mujeres trans (socialmente mujeres) con las mujeres cis (sexualmente mujeres), dado que son morfológicamente diferentes, unas son mujeres de verdad (según la tradición y las escrituras bíblicas) y otras son sexualmente hombres³.

³ El planteamiento de esta postura trató de mostrar visceralmente el argumento biologicista del género, opinión que por supuesto no comparto.

Ahora bien, en la discusión está la otra postura, que denominaremos aceptacionista. Quienes defienden dicha posición se enfrentan al interrogante sobre ¿cómo explicar la inclusión de las mujeres trans como víctimas de esta conducta típica? Ante ello, responden que:

Las mujeres trans son mujeres, porque el género —como categoría identitaria— no parte del sexo, que esa es una imposición social injusta que no corresponde todo el tiempo con las autopercepciones, sentires y deseos más íntimos de las personas. Que si las mujeres trans se autoperciben trans, la sociedad debe respetar esto y por ello debe poder equipararse a las mujeres trans con las cis. En ese sentido, ambas pueden y deben ser sujetos pasivos del delito y sus victimarios judicializados por esta expresión de las violencias basadas en género⁴.

Dichas posturas en discusión nos indican varias cosas. Primero, que lo que está en juego es el significado jurídico de la categoría identitaria mujer. Segundo, que está claro que las mujeres trans contradicen los estereotipos o normas homogeneizadoras que sobre la identidad se tienen. Pues, son, como diría Hesse (2022), malas mujeres que desafían las interpretaciones tradicionales de la categoría de identidad que —en el contexto latinoamericano— está fuertemente arraigada a una visión tradicional/religiosa que plantea la dicotomía del sexo/género en términos netamente biológicos: se nace macho y hembra para vivir como hombre y mujer.

Sin embargo, la historia ha mostrado que el tránsito identitario es todo menos una abominación. Y para defenderlo, se han dado grandes batallas legales y sociales que han dejado claro que la libertad incluye, ante todo, la posibilidad de autodeterminarse. La posibilidad de ser como se quiera ser. Este asunto debe primar en sociedades democráticas que aspiran a ser justas y equitativas. Pues no hay nada más justo que la opción de expresar la individualidad y realizarse personalmente. Nada más afín al derecho que poder ser y vivir en dignidad, dado que estos son fines en sí mismos del Estado Social de Derecho.

Así mismo, se sabe que los actores más tradicionales o conservadores, quienes defienden la tesis negacionista, rechazan la igualdad de derechos entre las mujeres cis y trans. Lo anterior se refleja en los argumentos para encuadrar o no a las mujeres trans como sujetos pasivos de la conducta típica de feminicidio. Esto, dado que dichos actores plantean lo femenino (la categoría mujer) como un todo netamente biológico. De paso debemos advertir que esta noción tiene todavía fuertes defensores entre quienes integran los cuerpos legislativos y judiciales de los países latinoamericanos. Asunto que hace que dicha interpretación termine siendo trasladada a las normas penales y su consecuente interpretación.

Ahora bien, esta discusión es particularmente relevante, porque la comunidad LGBTIQ+⁵ —un grupo poblacional que ha sido histórica, legal y socioculturalmente discriminado y excluido— (Stryker, 2017) ha sufrido, según los informes de organismos defensores de derechos

⁴ Esto no es una cita, es la forma en la que se presenta el argumento biologicista del género.

⁵ Lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros, intersexo, *queer*, de género indeterminado, asexuales.

humanos, una feroz violencia. Esta misma violencia se ha encarnado, sobre todo, en las mujeres trans. Frente a ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) advirtió en 2015 que para América Latina “el promedio de la expectativa de vida de las mujeres trans en la región es de 35 años de edad o menos” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p. 170).

Si mostramos los datos de violencia a mujeres trans y demás personas de la comunidad diversa en Colombia, el panorama es el siguiente: la organización no gubernamental Colombia Diversa, Caribe Afirmativo y Santamaría Fundación (2015) hizo saber que “en 2015, 110 personas LGBT fueron asesinadas en el país, siendo este el año con mayor número de muertes desde 2010” (p. 27). La situación de estas mujeres en Colombia es particularmente crítica, como lo afirma la Universidad de los Andes a través del informe de Colombia Diversa (2015), dado que las mujeres trans son la población con menor expectativa de vida en este territorio. Ellas sufren un doble karma que las sociedades occidentales han puesto sobre sus hombros: *la pesadilla de ser mujeres y además diversas*.

Al desplazarnos diez años atrás y analizar la situación de las personas trans en Colombia, nos encontramos con la paradoja que muchos autores y organizaciones pro derechos LGBTQ+ han señalado: *la existencia de un potente y fértil espectro normativo internacional y nacional (concentrado sobre todo en sentencias de la Corte Constitucional) que protege los derechos de las personas diversas frente a una realidad social que cada día es más violenta para ellxs*. Esta situación es reflejada en informes como los de Colombia Diversa, la Fundación Grupo de Acción y Apoyo a Personas Trans (GAAT) y Diversas Incorrectas en 2015 y el de la Universidad de los Andes, con OutRight y El Aquelarre Trans en 2016.

Los informes describen el avance normativo a favor de la equidad de género. Esto señala que se trata de un asunto de interés para la nación, para el Estado. Las sentencias de la Corte Constitucional (por ejemplo, T-062 de 2011, T-918 de 2012, T-876 de 2012, T-918 de 2012, T-084 de 2014, T-063 de 2015, T-392 de 2017, T-675 de 2017, T-143 de 2018, T-447 de 2019) han sido cada vez más progresivas al respecto. La Corte hace y exhorta, cada vez más, a hacer interpretaciones con enfoque de género. En ese sentido, dicho tribunal constitucional ha enmarcado unas líneas jurisprudenciales cada vez más garantistas⁶.

Sin embargo, los informes antes mencionados —que exponen las realidades tan disímiles que enfrentan las mujeres trans— son prueba fidedigna de las complejidades que implica ser una mujer diversa en Colombia. Según Colombia Diversa (2019), entre 2013 y 2017 fueron asesinadas 194 personas LBT: 160 personas trans, 32 mujeres lesbianas y 2 mujeres bisexuales; y al menos 80 de estos crímenes habrían estado motivados por el prejuicio hacia la OSIG (Orientación Sexual o Identidad de Género).

⁶ Sobre esto, considero que los aportes que ha dado la Corte Constitucional han sido fundamentales para la protección de los derechos de las mujeres y personas con diversidad sexual y de género, sin embargo, ese no es el foco de mi escrito, sino el uso que de estas interpretaciones hacen otros agentes judiciales (jueces), por ejemplo, para el ámbito penal.

La literatura también muestra que, en casos de violencia intrafamiliar contra personas trans, la exclusión de sus núcleos familiares debido a su identidad de género, aunado a la desprotección por parte de las entidades estatales como las comisarías de Familia y la Fiscalía, las dejan sin respaldo institucional ni redes de apoyo para enfrentar estas violencias (Colombia Diversa, 2019) Además, el informe de Colombia Diversa (2019) expone cómo estas mujeres son discriminadas en sus colegios y centros de educación superior, asunto que muchas veces es la principal razón para desertar.

Lo anterior se traduce, después, en la poca cualificación que solo les admite acceder a actividades feminizadas y precarizadas entre las que destacan la peluquería y la prostitución. Con todo eso, su situación se complejiza, dado que, si estas personas ejercen algún oficio o tarea en situación de informalidad laboral, no pueden acceder a la protección de la seguridad social. Ahora, si, por el contrario, logran un empleo formal, la discriminación se concierte en el factor común de las experiencias laborales para esta población (Informe CEDAW, 2019).

Estos datos, que exteriorizan la cruda realidad de la violencia contra esta comunidad y en especial contra las mujeres trans, serían suficientes para pensar en la necesidad de su protección. Los mismos, han sido utilizados por organizaciones LGBTIQ+, feministas y liberales, para abogar por la protección por parte del Estado de los derechos y la vida de estas mujeres y la población diversa en general. Las movilizaciones sociales para acabar la violencia basada en género y en especial aquella que termina arrebatándole la vida a estas mujeres, se han volcado sobre el mundo jurídico; en ese orden, dichas organizaciones y activistas han visto en el derecho una forma primigenia de transformación social.

No obstante, el proceso de inclusión de las mujeres trans en la categoría mujer como sujeto pasivo cualificado de este delito ha sido lento y no es generalizado. Dicha tarea ha recaído, forzosamente, en los administradores de justicia (los jueces). De este modo, tales interpretaciones constituyen un reflejo de los diálogos culturales que se tienen en cada nación respecto de conceptos como el de género e identidad. Además, manifiestan que dichas conversaciones obedecen al nivel de conciencia de la cultura jurídica que en cada país se haya alcanzado sobre los asuntos de género. Así, debo señalar que el caso analizado en este escrito es único y el primero en Colombia. Es decir, se trata de un asunto reciente y paradigmático en las discusiones jurídicas que le corresponden.

Ahora bien, analizar el único caso judicial (vigente) fallado por un tribunal, que ejemplifica las discusiones frente a la inclusión o exclusión de las mujeres trans como *sujetxs pasivxs* del delito de feminicidio en Colombia, permite hacer varias cosas: posibilita mostrar (i), que la sentencia es reflejo de los diálogos entre las perspectivas negacionista y adaptacionista frente al tema y, (ii), que la sustentación y fallo de la providencia se pueden explicar a raíz de la aplicación de los preceptos del feminismo constitucional. La razón de lo anterior se sustenta porque

dicho caso evidencia las características del constitucionalismo feminista en una época de neoconstitucionalismo.

Para cumplir con lo descrito, este artículo se organiza de la siguiente manera: en primer lugar, define las categorías conceptuales centrales como género, violencias basadas en género, feminicidio, enfoque de género (en sentido amplio y en el ámbito penal). En segundo lugar, propone una pequeña discusión sobre el contexto jurídico/constitucional en el que se desarrollan las cuestiones empíricas de este esfuerzo investigativo, aquí hablo específicamente del neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho (para el caso, del derecho penal). En tercer lugar, describe qué es el constitucionalismo feminista o feminismo constitucionalista, de modo que se exponen algunas de sus características, discusiones, avances y desafíos, para, posteriormente, volverlas extrapolables al análisis del caso. Finalmente, analiza el caso que se relaciona, para que, a través del análisis estático de sentencias, que contemplen asuntos como la *ratio decidendi*, su jurisdicción (ordinaria o constitucional), análisis probatorio del sujeto pasivo, entre otros, se pueda explicar el porqué.

2. Marco de análisis

Las categorías conceptuales siempre nos otorgan claridad sobre las formas en que nos aproximamos a los fenómenos. Pero también sitúan el *locus* narrativo, es decir, el lugar desde donde enunciamos nuestros hallazgos o contribuciones. En adición, es un ejercicio ético en la academia. Para el caso particular, me ubico desde una postura liberal que cree —sin lugar a dudas— en el reconocimiento pleno de los derechos de todas las personas. Una postura que, además, es crítica de la inequidad y valora positivamente los avances en el reconocimiento de derechos de las personas trans. Este asunto se traduce en una apuesta por la aplicación real del género. En razón de lo señalado, aplaude los avances normativos y de políticas públicas al respecto, pero a la vez, critica la disonancia entre esta fertilidad jurídica versus la realidad social que vulnera y amenaza la vida de este grupo social.

Comprender la relación que se detalla en este trabajo es establecer una interpretación positiva que incluye a las mujeres trans como *sujetxs pasivxs* del delito de feminicidio. Lo anterior obedece a los diálogos entre el feminismo y el constitucionalismo, que se presentan, además, porque en Colombia la práctica constitucional se puede leer bajo el lente del neoconstitucionalismo y no es un asunto sencillo. Para hacerlo, se necesita de mucha claridad teórica, por eso es importante subsumir la evidencia empírica en categorías que construyan un hilo inteligible, de modo que esto le facilite, a quien lee, una mejor comprensión del asunto. De esta forma se promueve que sea mayor la posibilidad de entender las relaciones entre feminismo constitucional y constitucionalización del derecho penal, para el caso de la inclusión o exclusión de las mujeres trans como sujetos pasivos del delito de feminicidio.

Para cumplir con dicha finalidad, describo, de manera sucinta, la forma en la que me aproximo a las categorías conceptuales como género, violencias basadas en género, feminicidio, enfoque de género (en sentido amplio y en el ámbito penal). Así mismo, construyo una delimitación de cuestiones puntuales que me interesan del neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho (para el caso, del derecho penal). Finalmente, expongo —de la mano de la literatura experta— qué es el constitucionalismo feminista o feminismo constitucionalista, articulando algunas de sus características centrales que nos llevarán a entender cuándo un fenómeno jurídico puede valorarse como parte de los logros de esta invención jurídica.

2.1 Género

Definir el género es complejo, dado que, como señalan Lamas (1996) y Palomar (2015), esta categoría es vacía, porque:

El género, independientemente de la definición que de este se haga, es tratado —la mayoría de las veces sin explicar por qué— como un concepto, una categoría, un indicador, un adjetivo, un sistema, un esquema, una estructura, un principio simbólico, un orden, un proceso, una actividad, un eufemismo, un campo de estudios, la fuente y el efecto de cosas distintas, una mirada, una construcción... (p. 27)

Es decir, no es claro qué es el género, más allá de la aceptación universalizante de que se trata de una forma de entender la diferenciación entre los cuerpos sexuados.

Usaré el género, en este texto, como una categoría para mostrar los reclamos de diferenciación/igualación que han postulado las mujeres y personas diversas en sus países. También, como una categoría que ha sido empleada en la movilización legal y social y en las investigaciones académicas; este último espacio ha posibilitado la creación de una doctrina penal con perspectiva de género. Además de ser una herramienta que conlleva aclarar las dificultades a las que se enfrentan las mujeres y comunidad diversa en América Latina, es una lupa que facilita observar cómo los factores que originan estas dificultades son reflejo de asuntos de la cultura, que se revelan en las normas morales, religiosas, jurídicas.

El uso de la categoría de género es fundamental, porque posibilita nombrar y desnormalizar aquello que en el pasado había sido naturalizado. Promueve cuestionar las prácticas e ideologías sociales atravesadas por la diferenciación a raíz del género, que es una categoría que ha sido utilizada de diferentes maneras por los actores sociales en Latinoamérica. Así como se ha convertido también es un imperativo de acción para los Estados, debido a que existen instrumentos internacionales que propugnan por la igualdad desde un análisis de los factores asociados al género.

El género, o en otras palabras, la construcción de dicha categoría, ha traspasado las discusiones binarias (aquellas que piensan en el género en términos de hombre/mujer), y se ha

orientado a verificar cómo esta categoría analítica puede describir la fluidez entre los extremos y los lugares de enunciación diversos que no se catalogan o que inventan nuevos espacios para situarse respecto de la sexualidad y la identidad de género. De esta manera, las discusiones más recientes sobre el género nos han mostrado cómo las personas pueden romper ese esquema binario para transigir las categorías identitarias o crear algunas propias. Lugares de enunciación de la identidad que diversifican y enriquecen los debates sobre cómo haremos en las sociedades contemporáneas para acabar con la discriminación, para propugnar por un Estado, una sociedad y familias que acojan y respeten la diversidad, la diferencia.

En arenas del derecho penal, el género se ha problematizado a través de la incorporación del enfoque diferencial de *género*. Ello supone varias cosas. Una, es la incorporación de tipos penales (las prescripciones de delitos) tendientes a reprochar la violencia que propiamente pueden padecer las mujeres y personas diversas por su condición de mujer o persona diversa. Esto ha sido posible gracias a luchas de los feminismos, pues “muchos sectores de las organizaciones de mujeres consideran que la tipificación de algunas conductas como delitos contribuye a una mayor protección de sus derechos. (Es) en este contexto (donde) se ubica la figura del feminicidio” (Comisión Asesora de Política Criminal, citada por Pinto, 2020, p. 211). Es importante que las sociedades juzguen la injusticia de estos flagelos. Por ello hay que admitir que, ante los desbordados casos de asesinatos y sufrimientos ocasionados a las mujeres, la tipificación de delitos constituye un mecanismo óptimo para desestimular y prevenir que ocurran estos eventos, al menos, en el corto plazo.

2.2 Femicidio

La violencia física se cataloga como la más visible de las formas de violencias basadas en género. El asesinato de las mujeres o personas diversas es la forma más ruin de manifestación de esta violencia física. Es el acto final, la escala más grande en la que se mide la violencia física. Este delito ha sido categorizado por la literatura y los instrumentos nacionales como feminicidio. Dicho concepto fue usado por primera vez para el...

Desarrollo de las teorías feministas, proveniente de las autoras Diana Russell y Jill Radford de su obra *Femicide. The Policies of Woman Killing*, al igual que de Mary Anne Warren en 1985 en su libro *Gendercide: The Implications of Sex Selection*. (Jiménez Rodríguez, 2011, p. 129)

En este sentido, es definido como el “asesinato de una mujer a manos de un hombre por machismo o misoginia” (Real Academia Española, 2019 s.p.). Sin embargo, las discusiones que se han presentado en la academia sobre este tipo penal no han sido del todo pasivas. La dogmática penal se ha debatido, por mucho tiempo, entre la diferenciación de femicidio y feminicidio. El primero, relacionado con la violencia contra la mujer, y el segundo, con la violencia de género en sentido amplio. Pero “en la práctica los estudios e investigaciones sobre el fenómeno

(se refieren a este tipo penal como) los casos que se califican penalmente como homicidios de mujeres” (Vásquez Toledo, 2012, p. 29). Dicho fenómeno ha sido categorizado dependiendo del lugar o persona que ejecuta la violencia contra la mujer así:

Femicidio íntimo: hace referencia a los asesinatos cometidos por hombres con quienes la víctima tenía o tuvo una relación íntima, familiar, de convivencia o afín, *femicidio no íntimo*: asesinato cometido por hombres con quienes la víctima no tenía relaciones íntimas, familiares, de convivencia o afines (por lo general, este comprende un ataque sexual previo), y *femicidio por conexión*: se refiere a mujeres que fueron asesinadas ‘en línea de fuego’ de un hombre tratando de matar a una mujer. Son casos de parientas, niñas y otras mujeres que intervinieron para evitar el hecho que fueron atrapadas en la acción del femicida (bastardilla fuera de texto). (Radford y Russell citados por Carcedo y Sagot, 2000, p. 131)

2.3 Feminismo constitucionalista

El campo del constitucionalismo feminista o feminismo constitucionalista es una conjetura teórica que se ha utilizado, generalmente, para hablar de las actuaciones dentro del campo de acción constitucional o el inspirado en las normas constitucionales que tienden a reparar las desigualdades de género. Generalmente, se le adjudican dos formas de manifestación en el mundo jurídico. La primera, que tiene que ver con la construcción de constituciones o fuentes normativas de corte feminista o que atiendan las problemáticas asociadas al género. De otro lado:

Un segundo camino es el de la interpretación constitucional donde se hace un ejercicio propositivo por parte de las feministas que encuentran una manera de alcanzar los objetivos de igualdad y no discriminación a través de la decisión judicial. En otras palabras, proponen argumentos que permiten que los y las jueces acojan formas diferentes de estudiar la situación de las mujeres. (Velásquez Toledo, 2012 p. 29)

En ese sentido, quienes defienden la existencia del constitucionalismo feminista postulan que la interpretación ha recaído particularmente en aquello que respecta a derechos y principios como libertad, igualdad y dignidad humana. De forma que se ha podido ampliar el horizonte interpretativo de las normas jurídicas apelando al marco interpretativo de los principios del Estado Social de Derecho, en especial, la dignidad humana y la igualdad formal. Con ello, se han desplegado las posibilidades de acceso a justicia de las mujeres y personas diversas se han visto afectadas de manera directa.

3. Neoconstitucionalismo y constitucionalización del derecho

El neoconstitucionalismo es un constructo teórico que intenta mostrar la particularidad del constitucionalismo de posguerra y en algunos casos del constitucionalismo latinoamericano

presente después de los setenta y que ha sido agrupado bajo el término de nuevo constitucionalismo. Esta construcción teórica presupone una disputa en el ámbito de la filosofía y teoría del derecho, porque hay quienes con razón —creo— muestran que las características adjudicadas a esta *nueva* forma del constitucionalismo ya existían, que se trata de viejos fantasmas del derecho que se han puesto de moda.

De todos modos, más allá de las discusiones teóricas sobre el fenómeno, las características que se le predicen son importantes y representan la realidad del constitucionalismo que se aplica en América Latina. A la vez, su importancia no se debe a que dichas características sean nuevas, sino a las posibilidades jurídicas y sociales que ha conllevado. Sobre el neo o nuevo constitucionalismo nos interesan algunas de sus características; de acuerdo con Aldunate Lizana (2010), son:

A) Cambio del Estado de Derecho al Estado Constitucional o Social de Derecho entendido este último como un Estado con Constitución rígida y su garantía jurisdiccional. C) Constituciones con fuerza normativa vinculante y aplicación directa en el sistema de fuentes, con los siguientes resultados: la irradiación (de la Constitución hacia las demás fuentes) y la ‘constitucionalización’ del derecho, cuando los jueces asumen ambos postulados. (p. 83)

Con el neoconstitucionalismo:

La mirada se vuelve a actos de habla que devuelven la esperanza de que el derecho pueda contener a la política: reaparece, aquí, el recurso a los valores en el discurso jurídico. Pero no en todo el discurso jurídico, sino que específicamente en el discurso jurídico constitucional, de la mano del segundo elemento. Este es la instauración (...) de órganos de jurisdicción constitucional dotados de importantes competencias, algunas de las cuales (...) obligaban a la respectiva magistratura a imbricar el texto constitucional en el razonamiento para las resoluciones de cuestiones ya no político-constitucionales, sino que del contencioso ordinario de los tribunales. (Aldunate Lizana, 2010, p. 81)

Esta cuestión es central en nuestro análisis, hablamos de la irradiación de la Constitución y sus subsecuentes interpretaciones, sobre los asuntos de la justicia ordinaria, a saber, del derecho civil, comercial, administrativo, penal, entre otros. Sobre esto, Guastini nos dice que:

La sobreinterpretación de la Constitución como la aplicación directa de la Constitución corresponde a la postura de los intérpretes, o bien a la actitud de los jueces respecto de la Constitución: la clave del neoconstitucionalismo es comprender que no corresponde a un desarrollo necesario a partir de la evolución del constitucionalismo de la posguerra, sino que a ciertas opciones asumidas por ciertos agentes institucionales e intelectuales. La aplicación directa de las normas constitucionales dependería, según Guastini, de la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de cierta concepción de la Constitución, y de la actitud de los jueces, derivada de la misma, y consistiría en que las normas

constitucionales pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez con ocasión de cualquier controversia. (Aldunate Lizana, 2010, p. 91)

Frente a ello, y para el caso colombiano, autores como Diego López Medina han postulado la importancia de los trasplantes y la educación legales de las y los abogados colombianos, de forma que es conocido que en la cultura jurídica colombiana hay una marcada tendencia a la aplicación directa de la Constitución. Sobre esa característica, la constitucionalización del derecho, en Colombia “los jueces (han realizado) una interpretación coherente e integradora del derecho, supliendo las deficiencias del sistema legal para efectos de concretar el proyecto del Estado Social de Derecho, dominante como discurso de la agenda jurídica” (Villalonga, 2009, p. 197).

Para entender la característica del neo o nuevo constitucionalismo, hay que comprender que la Constitución es la principal fuente del derecho. “Bajo esta concepción, la norma suprema o ‘norma-normarum,’ es fuente de toda la producción jurídica, la cual está compuesta de principios, distintos a las reglas o preceptos de derecho determinados y su forma de interpretación y aplicación también es distinta” (Rendón 2005, p. 50). Por otro lado, cambia el papel de la jurisdicción, que pasa a ser aplicar la ley *solo si* es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre un juicio de valor sobre la ley, que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad.

4. Femicidio en el caso colombiano

Las cuestiones relacionadas con la violencia basadas en género en Colombia han estado en la agenda pública desde la Constitución de 1991. Sin embargo, no fue sino hasta el año 2015 que se promulgó la Ley 1761 en la que se adiciona el tipo penal autónomo de femicidio al Código Penal. Dicho delito presupone que el sujeto pasivo de la conducta punible es la *mujer*, pues bien lo dice el artículo 104A; el delito se configura así: “quien causare la muerte a *una mujer*, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género” (Congreso de Colombia, 2015, p. 1). Sobre ello, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones respecto de la calidad del sujeto pasivo de esta conducta. Uno de esos momentos ha sido la Sentencia C-297⁷ a través del cual la cooperación manifestó:

En el tipo penal que es objeto de la demanda parcial, el sujeto activo se refiere a ‘quien’ cause la muerte a una mujer, es decir, aquella persona que lleve a cabo la conducta no es calificada ni determinada por condiciones especiales. *El sujeto pasivo es calificado, pues necesariamente se trata de una mujer o de una persona que se identifique en su género como tal.* (Cursiva fuera de texto). (Corte Constitucional, 2016, p. 15)

⁷ Nota. Demanda de inconstitucionalidad contra el literal e) del artículo 2.º (parcial) de la Ley 1761 de 2015. Por la cual se crea el tipo penal de femicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones (Rosa Elvira Cely).

Posteriormente, la Corte se refirió de manera más específica a la interpretación del concepto de mujer en el tipo penal de feminicidio. En Sentencia C-539⁸ del mismo año (2016), la corporación realiza un análisis del tipo penal ya inmerso en el Código. En cambio, en esta oportunidad, el Alto Tribunal se abstuvo de dar un nuevo pronunciamiento al respecto. Ello, a pesar que de forma unánime quienes intervinieron en el proceso de la sentencia⁹ sostuvieron que era necesaria una interpretación amplia de las palabras *mujer o identidad de género*, para dar cabida a las mujeres transgéneros y transexuales como víctimas de esta conducta (Guerrero y Alegría, 2022).

5. Sentencia del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón, Huila

El 3 de diciembre de 2018, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón, Huila, expidió la sentencia del caso del feminicidio de Anyela. Un hecho emblemático para el país. El único caso fallado hasta ahora en segunda instancia sobre el feminicidio de una mujer transgénero en Colombia. De forma que ha sido importante su análisis jurídico, pero también ha sido un hito para la comunidad diversa del territorio nacional. Según el relato:

El nueve de febrero de 2017 a las 9:00 de la mañana Davinson Estiven Erazo Sánchez ingresa a la peluquería de Luis Ángel Ramos Claros, miembro de la comunidad LGTBQIA+ y reconocido como 'Anyela', utilizando un arma de fuego tipo escopeta le disparó por la espalda, causándole múltiples heridas que finalmente le causaron la muerte. El asesino fue capturado a pocas cuerdas del lugar de los hechos. (Sentencia con radicado 41298600059121700156, citada en Guerrero y Alegría, 2022, p. 13)

En el desarrollo probatorio del litigio, la Fiscalía postuló que el sujeto pasivo de la conducta típica fue una mujer trans y que su fallecimiento se produjo precisamente por su condición de mujer o de género. El ente acusador sustenta su acusación postulando que el acusado había intentado agredir a la occisa con arma blanca tipo *machete* algunos meses atrás. Así mismo, la Fiscalía atañe que al momento de la captura el acusado justificó sus acciones haciendo referencia a la identificación de género de la fallecida.

El ente acusador también señaló que la conducta acaecida por el acusado debía encuadrarse dentro de los límites señalados por el literal e¹⁰ del artículo 104A. Así, se recalca que la condición de mujer de Anyela se acredita con las siguientes pruebas: (i) declaración del hermano, que realiza un reconocimiento social de su condición de mujer, (ii) declaración del médico forense

⁸ Nota. Que resolvió demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 104A (parcial) y 104B, literales a) y g) (parcial) de la Ley 599 de 2000.

⁹ Ministerio de Justicia y del Derecho, Defensoría del Pueblo, Universidad de los Andes, ONG Colombia Diversa y Secretaría Distrital de la Mujer.

¹⁰ Cuyo tenor literal reza: que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.

quien consignó en su informe la cirugía de aumento de senos, determinando que su identidad de género era femenina.

En sentido contrario, la defensa postuló la siguiente estrategia jurídica: “El caso del enfermo Davinson Estiven” (Guerrero y Alegría, 2022, p. 18). De esta manera, no centró el debate en que la muerte de Anyela se produjo como consecuencia del actuar de su defendido, que el comportamiento no fue doloso, dado que el acusado sufría de un trastorno mental permanente. En este sentido, solicitaba que se le brindara una medida de seguridad intramural que se llevara a cabo en un establecimiento de salud.

La jueza, Catalina Manrique, procede a verificar los requisitos de la materialización del feminicidio una vez escuchados los alegatos y culminadas las instancias procesales propias del proceso penal. De esta manera, cita el Código Penal. En este consentimiento, se centra en precisar la calidad que deben cumplir los sujetos del delito. Así y atendiendo el desarrollo de la Corte Suprema de Justicia entiende que “el sujeto activo puede ser cualquier miembro de la raza humana, no existió ninguna dificultad para ubicar ahí a Davinson Estiven” (Guerrero y Alegría, 2022, p. 19).

Ahora bien, con respecto a la cualificación del *sujeto pasivo* de la conducta, la jueza postuló que “pese a la identificación de la Fiscalía de la víctima como Luis Ángel Ramos Claros, que en principio sería del sexo masculino, se hizo claridad que su género correspondía al femenino, porque en su medio social, familiar y público era reconocida como una mujer trans. Para llegar a esto, la jueza retomó el pronunciamiento C-584 de 2015 de la Corte Constitucional sobre la identidad de género como elemento clave en la comprensión de algunos delitos. Así, expresó que el Alto Tribunal entiende por identidad de género la comprensión que tiene el individuo sobre su propio género, que está cimentado en la dignidad humana. Posteriormente, la jueza cita la definición del Tribunal Constitucional sobre dignidad humana y desprende de ella el derecho del libre desarrollo de la personalidad, concepto clave para la comprensión de este asunto y que tiene como uno de sus fundamentos la identidad de género.

En la sentencia se describe, además, la identidad de género como un derecho protegido internacionalmente por los principios de Yogyakarta. En ese sentido, la jueza expresó que en el protocolo de necropsia, que versa sobre las cualidades físicas de la occisa, se observa lo siguiente: “Hombre adulto, de contextura delgada, con cabello largo tinturado, uñas largas en las manos, cejas depiladas, senos aumentados de tamaño de *aspecto femenino*” (Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Garzón, Huila, 2018, citado en Guerrero y Alegría, 2022, p. 12).

De esta forma, la jueza identificó a la víctima como una mujer. Lo hizo también a la luz de las descripciones realizadas por los testigos, quienes dieron cuenta de la vivencia exógena de su identidad como una femenina. Así las cosas, la jueza concluyó que *se reunían los requisitos para ser sujeto pasivo de la conducta típica de feminicidio*. Con base en lo anterior, se aclaró

la situación del sujeto pasivo y con la comprobación de la inimputabilidad de Davinson Estiven Erazo Sánchez, el Juzgado le impuso medida de seguridad en centro de reclusión psiquiátrico por veinte años y lo declaró penalmente responsable de los delitos de feminicidio agravado en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

6. Conclusiones

Como ya lo hemos dicho, el caso ha sido emblemático en la justicia ordinaria en Colombia. Sin embargo, al iniciar este texto propusimos la tesis que mencionó que este fallo es reflejo de la influencia del feminismo constitucionalista en contextos neoconstitucionales. En ese sentido, empecemos señalando que la argumentación jurídica utilizada por la jueza para determinar la calidad de sujeto pasivo del delito estuvo fundamentada en dos rasgos puntuales del orden constitucional: en primer lugar, la aplicación de la interpretación realizada por la Corte Constitucional de los principios de la carta magna como el de la dignidad humana, en segundo lugar, el uso de fuentes internacionales a través de la incorporación de los principios de Yogyakarta. Es decir, la justificación jurídica de esta decisión tuvo como pauta la interpretación de las fuentes constitucionales y del derecho internacional que hizo la Corte Constitucional. En ese sentido, hay una constitucionalización del derecho, estamos en un contexto de neoconstitucionalismo.

Así mismo, es importante que estas interpretaciones de la Corte Constitucional hayan constituido la jurisprudencia feminista. Entonces son parte del cúmulo fértil de desarrollos legales y jurisprudenciales que, con base en los principios de igualdad, libertad, y dignidad humana, protegen y garantizan de mejor manera la vida y derechos de las mujeres y personas LGTBIQ+. Es decir, se trata del feminismo constitucionalista. En ese sentido, el uso de los postulados de *enfoque diferencial de género* se sustenta en que la identidad de género es fundamento principal del libre desarrollo de la personalidad, que a la vez es de los derechos más cercanos al principio superior del Estado Social de Derecho, cualidad que motiva que la identidad de género pase a tener un papel decisivo en el asunto.

Ahora bien, una advertencia —que es inusual, porque han pasado cinco años de proferida la sentencia— es que dicha decisión judicial aún puede sufrir modificaciones, dado que está sujeta a ser revisada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, como máximo Tribunal de la justicia ordinaria. No obstante, este caso se presenta como un avance importante en la protección de los derechos de la integridad de las mujeres transgéneros y transexuales. El hecho de que en Colombia la irradiación constitucional sea tan fuerte, así como que exista una jurisprudencia constitucional de corte feminista, fueron el suelo fértil sobre el que se cimentó dicha sentencia hito.

Referencias

- Aldunate Lizana, E. (2010). Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. *Revista de derecho (Valdivia)*, 23(1), 79-102. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000100004>
- Cancillería de Colombia. (2019). Colombia sustentó el IX Informe Nacional en el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW).
- Carbonell, M. (2003). Nuevos tiempos para el constitucionalismo. En M. Carbonell Sánchez (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 9-10). Trotta.
- Carcedo, A. y Sagot, M. (2000). Femicidio en Costa Rica 1990-1999. En *Femicidio en Costa Rica 1990-1999* (pp. 84-84) INAMU.
- Cifuentes Vidal, P. (2019). *Violencia contra la mujer. Derecho comparado*. <https://acortar.link/McKsb>
- Colombia. Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento (2018). *Radicación n.º 412986000591201700156*. Garzón, Huila, Colombia.
- Colombia. Ley 1761. Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones (Rosal Elvira Cely).
- Colombia Diversa, Caribe Afirmativo y Santamaría Fundación. (2015). *Cuerpos excluidos, rostros de impunidad. Informe de violencia hacia personas LGBT en Colombia*. <https://colombiadiversa.org/ddhh-lgbt/Informe-Violencia-LGBT-Colombia-DDHH-2015.pdf>
- Colombia. Sentencia C-539 de 2016. Corte Constitucional de Colombia. Ley que crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo “Ley Rosa Elvira Cely”.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Violencia contra personas LGBTI*. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>
- Estupiñán Quesada, S., Barco García, A., Giraldo Quintero, L., Cardona Marín, M. y Zúñiga López, S. (2017). *El feminicidio en Colombia. Contexto social y dogmático de la prohibición* [Tesis de maestría]. Universidad Icesi.
- Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell Sánchez (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 49 y ss). Trotta.
- Hesse, M. (2022). *Las Malas Mujeres*. Editorial Lumen.
- Infobae. (2021). *Aumentaron los casos de violencia contra las mujeres en Colombia, se han presentado 98 545 víctimas según Medicina Legal*. <https://acortar.link/LvOHB6>
- Jiménez Rodríguez, N. P. (2011). Femicidio/feminicidio: una salida emergente de las mujeres frente a la violencia ejercida en contra de ellas. *Revista Logos Ciencia & Tecnología*, 3(1), 127-148.
- Lamas, M. (1996). La perspectiva de género. *Revista de Educación y Cultura de la sección*, 47, 216-229.
- López Medina, (2004). Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. *Revista chilena de derecho*, 36(1), 193-197.

- Palomar, C. (2015). El vacío del género/The Emptiness of Gender. *Asparkia. Investigación feminista*, (26), 17-33.
- Pinto, O. O. G. y Zapata, S. (2020). Efectividad de la política criminal colombiana hacia la prevención del delito. *Criminalidad*, 62(3), 103-118.
- Ramos de Mello, A. (2015). *Feminicidio: un análisis criminológico-jurídico de la violencia contra las mujeres* [Tesis de doctorado]. Universidad Autónoma de Barcelona.
- Real Academia Española. (2019). *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/>
- Red Lactrans y Robert Carr Fund. (2014). *Informe sobre el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales de la población trans en Latinoamérica y el Caribe*. <http://redlactrans.org.ar/site/wp-content/uploads/2015/03/Informe%20DESC%20trans.pdf>
- Rendón, R. G. (2005). *El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales*. <https://biblat.unam.mx/hevila/Quidiuris/2011/vol12/2.pdf>.
- Reyes Serna, J., Urrea Giraldo, F., Castaño López, J. y Viera Martínez, O. (2015). *Entre la transgresión subversiva y el conservadurismo de género: transgeneristas negras*.
- Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres. (2018). *Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios)*. https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2018/03/Informe_ufem_2018.pdf
- Urrea Giraldo, F. y Posso Quiceno, J. (Eds.). (2015). *Feminidades, sexualidades y colores de piel: mujeres negras, indígenas, blanca-mestizas y transgenerista negras en el suroccidente colombiano*. Universidad del Valle programa editorial.
- Salin Pascual, R. (2008). La compresión transexual de la relación entre el cuerpo y la mente. *Revista Trabajo Social*, (18), 86-99.
- Stryker, S. (2017). *Historia de lo trans*. Editorial Continta Me Tienes.
- Vásquez Toledo, P. (2012). *La tipificación del feminicidio/feminicidio en países latinoamericanos: antecedentes y primeras sentencias (1999-2012)* [Tesis de doctorado]. Universidad Autónoma de Barcelona.