

Honorable Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Corte Constitucional

E.S.D

Ref: Intervención ciudadana. Expediente **D-10948**
Demanda de inconstitucionalidad instaurada por Eduardo Montealegre Lynett contra el numeral 3 del artículo 58 y los artículos 134a y 134b de la Ley 599 de 2000

Marcela Sánchez Buitrago, Eliana Robles, Samuel Augusto Escobar Beltrán y Gustavo Adolfo Pérez, directora, abogada, abogado y antropólogo de Colombia Diversa, y César Rodríguez Garavito, Mauricio Albarracín Caballero, Paola Molano Ayala, Nina Chaparro González, Carlos Escoffié Duarte, director e investigadores del Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia, identificados como aparece al pie de nuestra firma, en cumplimiento a la amable solicitud de la Honorable Corte Constitucional, presentamos intervención ciudadana en el caso de la referencia.

La demanda de inconstitucionalidad instaurada por Eduardo Montealegre Lynett contra el numeral 3 del artículo 58 y los artículos 134a y 134b de la Ley 599 de 2000 acusa a estas disposiciones legales de desconocer el principio de igualdad y de omisión legislativa pues dentro de los elementos de los tipos penales de discriminación y hostigamiento y de la circunstancia de mayor punibilidad no contempla la identidad de género. A juicio del demandante, la ausencia de la identidad de género en las normas impide, en virtud del principio de legalidad, hacer imputaciones y reclamar la circunstancia de mayor punibilidad cuando hay actos de discriminación o violencia cometidos en contra de personas con identidad de género no normativa. El demandante solicita que la Corte, mediante una sentencia integradora, resuelva el vacío en las disposiciones acusadas originada por la omisión legislativa relativa.

En esta intervención nos referiremos al problema jurídico relacionado con la protección de la identidad de género por los tipos penales y la circunstancia de mayor punibilidad contenidas en las normas demandadas. En nuestro concepto no existe una omisión legislativa relativa, como lo señala el demandante, sino que la identidad de género está incluida dentro de las categorías protegidas por el modelo específico de discriminación que contienen las normas demandadas, en particular en las expresiones “orientación sexual” y

“sexo”. Por tanto, la Corte Constitucional debe, como ha hecho en otras oportunidades, proferir una sentencia de exequibilidad condicionada y precisar de manera expresa el alcance de las normas penales demandadas para incluir la identidad de género. En consecuencia, a diferencia de lo que señala el demandante, la Corte no tiene que proferir una sentencia integradora que añada elementos nuevos a estas normas, sino que debe constatar que la identidad de género ya hace parte del ámbito de protección penal.

Para sustentar lo que acabamos de señalar, esta intervención se dividirá en cuatro partes. En la primera, nos referiremos al tratamiento indistinto que se da a las categorías orientación sexual e identidad de género, lo que da lugar a que bajo rótulos genéricos como “comunidad LGBT”, “población LGBT” o “personas LGBT” u otros conceptos como “identidad sexual”, “condición sexual”, “homosexual” o “gay” se invisibilice o incluye a la identidad de género pero no por eso se excluya del ámbito de protección. Para ello nos referiremos a dos aspectos. Por un lado, señalaremos que es frecuente que estos conceptos se usen de forma indistinta en el lenguaje jurídico, específicamente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en algunas leyes. Por otro lado, nos referiremos a prácticas de investigación judicial que invisibilizan o incluyen la identidad de género no normativa y rotulan a las víctimas de forma genérica como “homosexual” o dentro de las siglas “LGBT”.

En la segunda parte, mostraremos que la indistinción conceptual en el lenguaje institucional deriva de una indistinción más amplia y de carácter sociológico que se refleja en los patrones de discriminación y violencia contra las personas con identidades de género no normativas. Esto es, que la discriminación contra personas con orientación sexual e identidad de género diversa tiene un mismo origen: la transgresión al modelo heterosexual imperante en nuestro sistema social.

En el tercer apartado, evidenciaremos cómo el legislador adoptó un nuevo modelo de discriminación que se aparta de aquel identificado por la Corte Constitucional en la sentencia C-671 de 2014. Esto se reforzará igualmente a partir de novedades jurisprudenciales y legales en torno al feminicidio como criterio de interpretación. Lo anterior permitirá concluir que estamos ante un modelo que no exige la constatación del odio o animadversión por parte del sujeto activo del delito, y que incluye a las personas con identidad de género no normativas dentro de su ámbito de protección. Esto resultará igualmente aplicable para la circunstancia de mayor punibilidad contenida en el numeral 3 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000.

Por ello mismo, se sostendrá en el cuarto acápite que no estamos ante una omisión legislativa, sino en un escenario donde el pronunciamiento en sentido condicionado no excede las competencias del legislador negativo sino que, por el contrario, garantizaría en mejor medida fines constitucionales superiores que se quieren proteger con las normas acusadas. Es decir, que la identidad de género no es un elemento nuevo a introducir en las normas acusadas, sino que se desprende, razonablemente, de una interpretación constitucional de estas. En la última parte presentaremos las conclusiones de esta intervención.

1. EXISTE UN TRATAMIENTO INDISTINTO ENTRE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO COMO CATEGORÍAS DE PROTECCIÓN DE DISCRIMINACIÓN

El tratamiento dado a la identidad de género en diferentes ámbitos apunta la indistinción entre otros términos con los que se designan varias vivencias de la sexualidad como la orientación sexual y la expresión de género. En este apartado mostraremos que ese tratamiento indistinto lleva a que en varios ámbitos se incluya dentro de la orientación sexual la identidad de género, no sólo en prácticas discriminatorias sino también cuando se aplica la protección legal. Para ilustrar en detalle este argumento, esta sección está dividida en dos partes. En la primera nos referiremos al tratamiento indistinto que se da en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y alguna legislación a las categorías identidad de género y orientación sexual. Posteriormente, mostraremos que en la práctica, específicamente en la investigación criminal, no se hace la distinción entre orientación sexual e identidad de género para, por ejemplo, identificar a la víctima o precisar el móvil de la violencia. El objetivo de esta sección es mostrar que la protección jurídica que se ofrece a las personas en razón de su sexualidad cubre tanto a la orientación sexual como a la identidad de género a pesar de que se haga una referencia genérica a “población LGBT” o alusiones conceptualmente imprecisas que confunden y/o incluyen a la orientación sexual con la identidad de género.

1.1 La indeterminación lingüística de los conceptos sobre la sexualidad en el lenguaje jurídico

Esta subsección tiene como fin evidenciar que el tratamiento indistinto que se da a categorías relacionadas con la sexualidad a veces lleva a confundir y/o incluir categorías como la identidad de género con la orientación sexual. Esto resulta especialmente ilustrativo si se tiene en cuenta que ante prácticas discriminatorias y en escenarios de protección del derecho a la igualdad se ha usado de forma indistinta estos términos sin que necesariamente implique la exclusión de una u otra característica.

En este entendido es clave precisar el alcance conceptual de las categorías para así poder determinar que, en efecto, existe un tratamiento indistinto de las categorías pero que, en todo caso, abarcan ámbitos diferentes de la sexualidad que a veces pueden confluir. En primer lugar, el concepto más utilizado es el de orientación sexual. Esta se refiere a la preferencia erótico-afectiva por una persona, si es hacia una persona del mismo género puede ser gay o lesbiana, si es hacia personas de género diferente es heterosexual y si es hacia personas de género femenino o masculino indistintamente es bisexual. Por su parte, la identidad de género se refiere a la identificación personal con lo femenino o lo masculino independiente del sexo (características biológicas) asignado al nacer. Así, puede haber personas cisgénero, en las que hay una correspondencia entre el sexo y la identificación con lo masculino o femenino (género), así una mujer se identifica con lo femenino y un hombre con lo masculino; o transgénero, cuando no hay correspondencia entre el sexo asignado y la identificación con lo femenino o masculino. Como se puede ver, la preferencia erótico-afectiva y la identificación con un género no son categorías que van unidas de forma inescindible, sino que cada una es un componente de la sexualidad que pueden estar en la vivencia de las personas de forma distinta.

Ahora bien, precisado el alcance conceptual hay que anotar que el avance en la protección jurídica a estas categorías ha sido paulatino y ha empezado por ampliar el alcance a la protección contra la discriminación por motivos de sexo. Nuestra Corte Constitucional y tribunales internacionales se han enfrentado a un reto interpretativo cuando deben proteger las cuestiones relacionadas con la sexualidad y la protección de las personas LGBT. Ni la Constitución ni los tratados de derechos humanos usan la expresión “orientación sexual” o “identidad de género”, “identidad sexual” u otras similares. Por tanto la pregunta obvia de los intérpretes autorizados que han tenido que definir esta cuestión es sobre la fuente normativa de la protección de las personas LGBT.

En la sentencia C-481 de 1998, la Corte Constitucional abordó forma extensa y clara este debate sobre el lenguaje legal y la protección de las personas LGBT. En esa oportunidad la Corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra una norma del estatuto docente que sancionaba “el homosexualismo” como una falta disciplinaria. El primer problema lingüístico que la Corte tuvo que abordar estaba relacionado con la expresión “homosexualismo”, sobre lo cual concluyó la Corte: *“la expresión acusada incurre en impropiedades de lenguaje, pues consagra como falta disciplinaria “el homosexualismo”, cuando las ciencias psicológicas y sociales emplean el término homosexualidad. La Corte entiende entonces que el artículo parcialmente impugnado hace referencia a la homosexualidad”* (fundamento 9).

El segundo problema lingüístico con un claro anclaje legal fue la fuente de la protección constitucional de la homosexualidad. La Corte concluyó que la homosexualidad tiene una doble protección constitucional que se deriva de la protección de la discriminación en razón del sexo (artículo 13 C.P.) y de la protección de la autonomía personal (artículo 16 C.P.). Sobre la protección en razón del sexo la Corte se expresó de esta manera: *“si se aceptan las tesis sobre la determinación biológica de la orientación sexual, y sin que esta Corporación pretenda en manera alguna considerar a la homosexualidad como un tercer sexo, es claro que si la orientación sexual de una persona es un rasgo permanente biológicamente determinado, todo trato diferente fundado en esta característica equivale a una discriminación por razón de sexo”*. Sobre la protección derivada de la autonomía la Corte dijo que la “identidad sexual” es un elemento esencial del plan de vida y agregó sobre el debate conceptual que define la sexualidad:

“algunos teóricos distinguen entre la identidad sexual y la orientación o preferencia sexual¹. Así, la primera se refiere al hecho de que una persona se siente partícipe de un determinado género con el cual se identifica, mientras que la segunda hace relación a las preferencias eróticas del individuo. Sin embargo, en general las doctrinas coinciden en que, a pesar de esa distinción, la orientación o preferencia sexual es un elemento esencial de la manera como una persona adquiere una identidad sexual. Así las cosas, es lógico concluir que la preferencia sexual y la

¹ La distinción entre orientación y preferencia sexual es de matiz. Así, la palabra “orientación” se encuentra más asociada a las tesis que defienden la determinación biológica de la homosexualidad, mientras que el término “preferencia” es más utilizado por las concepciones que sostienen que se trata de una opción libre. Como la Corte no tiene por qué optar en este debate, en esta sentencia ha tendido a utilizar indistintamente los dos términos.

asunción de una determinada identidad sexual -entre ellas la homosexual- hacen parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad” (fundamento 22).

Las discusiones lingüísticas y sus implicaciones para el lenguaje legal y sus consecuencias están presentes de forma permanente en los debates sobre los derechos LGBT como se observa en la sentencia C-481 de 1998 que es un hito en la protección constitucional de este grupo.

Este tipo de discusiones también se han presentado en decisiones hito sobre los derechos LGBT a nivel del derecho internacional de los derechos humanos. Así por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, órgano que vigila el cumplimiento del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, estudió el caso del señor Nicholas Toonen quien alegaba que el Código Penal de Tasmania violaba el Pacto al establecer como delito cualquier contacto sexual entre hombres, incluyendo los homosexuales, con consentimiento y en privado. El Comité encontró que se violaba la vida privada del señor Toonen y que esto no tenía justificación en el Pacto. Agregó además que se trataba de una discriminación en los términos del artículo 26 del Pacto, en palabras del Comité: “se debe estimar que la referencia al "sexo", que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26, incluye la inclinación sexual”. (fundamento 8.7)².

Así, el objetivo último del derecho a la igualdad y la protección contra toda discriminación en contra de minorías sexuales no normativas se encuentra reforzado en razón, por una parte, de la discriminación histórica de las que han sido objeto; y por otra, “*la comprobada y nociva tendencia a equiparar la diversidad sexual con comportamientos objeto de reproche y, en consecuencia, la represión y direccionamiento hacia la heterosexualidad*”³. Efectivamente, tal y como ha señalado la Corte Constitucional, la categoría de “sexo” prohibida por el artículo 13 de la Constitución incorpora la “*opción y orientación sexual*”⁴. Por supuesto, esto no quiere decir que se excluya de esa protección a determinados grupos minoritarios en virtud, por ejemplo, de su identidad de género. Como será visto más adelante, se advierte que la Corte Constitucional ha resuelto casos relativos a personas trans bajo la protección del artículo 13 de la Constitución, primando en todo caso el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad más allá de límites conceptuales o teóricos que surjan sobre las categorías.

A partir de este contexto, se destacan casos en los que si bien la Corte Constitucional resolvió asuntos relacionados con la orientación sexual y/o identidad de género, esa corporación resolvió el fondo haciendo uso de conceptos distintos (homosexualidad, orientación sexual, entre otros). Asimismo, los conceptos “orientación sexual” e “identidad de género” fueron principalmente asumidos como sinónimos o bien sin establecer diferencia alguna entre ambos⁵. No ha sido sino hasta sentencias más recientes en las que se

² Comité de Derechos Humanos, Nicholas Toonen v. Australia, Comunicación No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

³ Corte Constitucional, sentencia T-062/11.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-062/11.

⁵ Corte Constitucional, sentencias T-569/94; T-152/07; C-481/98; T-314/11; T-062/11; T-063/15.

aprecian algunos avances por una distinción más especializada entre conceptos como los enunciados.⁶

En un principio, la Corte Constitucional señaló en su sentencia T-504 de 1994 que el sexo es un componente objetivo del estado civil que individualiza a la persona y que *“como hecho jurídico no depende de la apreciación subjetiva de quien lo detenta, sino del carácter objetivo que tiene por ser un hecho de la naturaleza física”*. Posteriormente, en la sentencia T-569 de 1994, esa corporación se pronunció respecto de la aplicación del reglamento interno de un colegio a un alumno que comenzó a asistir haciendo uso de ciertas vestimentas o accesorios socialmente vinculados al género femenino. Si bien se confirmó la sentencia que no favorecía al accionante, destaca el hecho de que a lo largo del análisis se hizo referencia a su “homosexualidad” y a su “orientación”. Más aún cuando en la sentencia no se hace referencia explícita a si la persona afectada sentía o no atracción sexo-afectiva hacia un sexo determinado o hacia ambos. De la lectura de la sentencia no es posible identificar si el accionante era travesti, transgénero o transexual, sin que la falta de definición por un término otro impida entender cuál era la problemática específica del caso. El fondo del asunto estaba destinado al estudio de la identidad de género, lo cual puede evidenciarse en el análisis que del derecho a la identidad personal se realiza, pero el tratamiento hecho por la Corte se refirió a su “homosexualidad” y “orientación”.

Posteriormente, en su sentencia T-477 de 1995, la Corte Constitucional hizo referencia al derecho a la identidad sexual como un presupuesto al derecho a la dignidad, sin definir su contenido. Tanto en ésta como en distintas ocasiones, el desarrollo del derecho a la identidad (en abstracto) fue la base para abordar casos relativos a la sexualidad. En la C-481 de 1998, por su parte, comenzó a hacer una diferenciación entre la orientación sexual y lo que determinó como “identidad sexual” restrictivas, basadas en imprecisiones o ideas confusas que imperaban en aquél momento.

Si bien la Corte Constitucional no hace una identificación clara entre identidad de género, identidad sexual y orientación sexual, reconoce que, más allá de las tipologías que podrían establecerse, todas ellas forman parte del núcleo del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, por lo tanto, cuentan con protección constitucional. Lo anterior no puede entenderse sino en el sentido de que la Corte Constitucional ha centrado su labor interpretativa en los alcances de la protección más allá de establecer definiciones canónicas o estáticas.

En la sentencia T-268 de 2000, por ejemplo, la Corte Constitucional conoció una acción de tutela en contra de una resolución emitida por la Alcaldía de Neiva por medio de la cual se negó el permiso para realizar un desfile con las candidatas al Reinado Nacional "gay", teniendo en cuenta que se habían ya autorizado y realizado otros tipos de desfiles. En aquella ocasión, la Corte Constitucional hizo referencia al derecho a la “identidad personal” en el sentido de ligar las manifestaciones de la diversidad de género como parte de las manifestaciones externas de la homosexualidad y, por lo tanto, parte de la identidad personal. Es decir, se omitió nuevamente recurrir a una distinción entre identidad de género y orientación sexual, pues se referían al reinado “gay”, cuando esto hace referencia a la

⁶ Corte Constitucional, sentencias T-918/12; T-977/12; T-099/15.

orientación sexual y las candidatas eran mujeres trans frente a las cuales no hubo determinación sobre su orientación sexual.

Un análisis similar se presentó en la sentencia T-152 de 2007, dónde la Corte Constitucional estudió un caso de discriminación laboral de una mujer trans que desde hacía más de 20 años se desempeñaba como obrera trabajando en diferentes obras de construcción. A pesar de que a lo largo de todo el expediente se recalca que se trataba de una mujer trans, la Corte decidió abordar el tema bajo el marco de protección de la orientación sexual. Dijo la Corte: *“la específica orientación sexual de un individuo se erige en un asunto que se circunscribe dentro del ámbito de la autonomía individual que le permite adoptar sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que considere pertinentes”* y sobre el caso en concreto la Sala de Revisión concluyó: *“no hay evidencia que permita establecer que a la parte accionante no le fue permitido el ingreso a la obra Torres de La Cabrera en razón a su personalidad o su condición sexual y por ende no puede predicarse que dicha actuación se constituya en un acto discriminatorio”*.

En otra ocasión, en la sentencia T-062 de 2011, se reconoció el derecho de la población privada de libertad a ejercer sus derechos a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad en cuanto a las manifestaciones propias de su “identidad sexual”. Si bien no se definió el concepto de identidad sexual, en aquella oportunidad esa corporación recalcó la prohibición constitucional de discriminación *“en razón de la identidad u opción sexual”* y la prohibición de afectar la dignidad humana, la cual conlleva *“la facultad del sujeto de optar por una identidad sexual y a ejercer comportamientos y actitudes derivados de la misma”*. Asimismo, la Corte Constitucional señaló que la “identidad sexual” y la “opción sexual” con el “corolario” del principio de la dignidad humana. Definió la identidad sexual como *“la comprensión que tiene el individuo sobre su propio género”* y, por su parte, la “opción sexual” como *“la decisión acerca de la inclinación erótica hacia determinado género, es un asunto tratado a profundidad por la jurisprudencia constitucional”*. Es decir, hay una confusión en el uso de los términos y ausencia del reconocimiento de la categoría de identidad de género.

En la sentencia T-314 de 2011, en el marco de un caso relacionado con la denegación reiterada a una persona transgénero para entrar a eventos públicos realizados en un hotel, la Corte Constitucional relacionó la “orientación de la sexualidad o rol de género” con la condición de ser lesbiana, homosexual o bisexual, *“ya que ellos están relacionados con un proceso social y cultural que determina un sexo específico, no como criterio esencial de identificación ni mucho menos como categorías únicas”*. Por su parte, señaló que la identidad de género *“reconoce a cada individuo su condición de hombre, mujer o transexual, marcando una diferencia en este último ya que la relación se da entre el individuo y el proceso cultural”*, diferenciando el caso de intersexuales o hermafroditas por estar *“determinados por un hecho impuesto desde el nacimiento”*. De cualquier forma, a lo largo del texto de dicha sentencia los conceptos “identidad de género” e “identidad sexual” fueron utilizados como sinónimos y la Corte hizo alusión a categorías de la orientación sexual (homosexuales, lesbianas) como si fueran determinantes de la identidad de género, confusión que no es conceptualmente aceptable.

Posteriormente, en la sentencia T-565 de 2013, la Corte Constitucional estableció una doble dimensión del concepto “opción sexual”, el cual podría comprender tanto la orientación como la “identidad sexual”, siendo ambas parte de la esfera íntima del individuo y que ejerce bajo su completa autonomía. Bajo esa disposición, se declararon como contrarios a la Constitución aquellos comportamientos de terceros que estén dirigidos a:

“(i) privilegiar determinada identidad u orientación sexuales como preferibles o sujeto de promoción respecto de otras; (ii) imponer, sugerir o conducir a otros hacia determinada opción sexual; y (iii) disponer sanciones en razón que el individuo no siga un patrón mayoritario de identidad u orientación sexual. Esta prohibición incluye la inconstitucionalidad de la fijación de sanciones que impidan que el sujeto ejerza acciones que le permitan autoidentificarse dentro de dicha identidad u orientación que ha determinado para sí, en ejercicio de su irrestricta libertad y autonomía para ello.”

Sin embargo, persiste la confusión entre identidad de género e “identidad sexual” como quiera que dentro de la última incluye tanto expresiones de género como orientaciones erótico afectivas.

Posteriormente, en la sentencia T-804 de 2014, la Corte Constitucional determinó que mientras la orientación sexual “*se refiere a la atracción física o emocional de una persona por otra (ya sea heterosexual, lesbiana, homosexual, bisexual o asexual)*”, la identidad de género se refiere a la “*experiencia personal de ser hombre, mujer o de ser diferente que tiene cada persona (ya sea transgenerista [transexual, travesti, transformista, drag queen o king] o intersexual) y la forma en que aquella lo manifiesta a la sociedad*”. La misma sentencia aclara que no se plantea establecer una clasificación definitiva debido a que las perspectivas de dichos conceptos “*cambian con el tiempo y difieren entre las distintas culturas*”. Asimismo, indicó al fallador la distinción entre “orientación sexual” como la atracción física o emocional de una persona hacia otra y la identidad de género como “*la vivencia interna del género y la forma en que la persona la expresa o manifiesta a la sociedad*”.

A partir de esta sentencia podemos ver que solamente desde el año 2014 se hizo una distinción y uso conceptual más específico y preciso de las categorías asociadas a la sexualidad de los individuos, pues previamente bajo el rótulo de “identidad sexual” se trataba de manera indistinta la identidad de género y la orientación sexual. No obstante, en una decisión posterior esta especificidad desapareció posteriormente, en la sentencia T-476 de 2014, relativa a la imposición de la libreta militar como requisito para la contratación pública de una persona transgénero, si bien se hizo uso del concepto de “identidad de género”, éste fue nuevamente utilizado como sinónimo de “identidad sexual” al hacer uso del mismo análisis que en su momento había realizado en el sentido de entender a la persona transgénero como aquella que transita del género asignado socialmente a otro género.

Sin embargo, debe destacarse que en aquella oportunidad se asumió el derecho a la dignidad humana y a la personalidad (en general) como la base de la construcción jurídica al resolver el caso, señalando que el derecho a la “identidad sexual” se deriva del

reconocimiento del principio constitucional de la dignidad humana. Lo anterior reitera que más allá de los conceptos o categorías fijas, el objetivo ha sido siempre garantizar la dignidad humana y con ella la libre manifestación de la identidad de la persona, incluyendo orientación, género e identidad sexual, para garantizar el respeto y garantía del individuo en sus proyectos de vida relacionados con su sexualidad.

La Corte Constitucional volvió a abordar el concepto de la identidad de género en su sentencia T-063 de 2015, relativa a la negativa de una notaría para autorizar el cambio del sexo inscrito en el registro civil de nacimiento y demás documentos de identidad de la persona accionante. En esa oportunidad, el concepto “identidad de género” fue definido como:

“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 (pene, vagina, masculino, femenino), incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida. Estas modificaciones son conocidas como “tránsitos”) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar, los modales, y, en general, diversas formas de externalizar la identidad.”

A pesar de lo anterior, a lo largo de dicha sentencia los conceptos de “identidad sexual” e “identidad de género” fueron utilizados prácticamente como sinónimos, sin marcar una distinción entre uno y otro. Por su parte, en la sentencia T-099 de 2015 la Corte Constitucional adoptó las definiciones recogidas en los Principios de Yogyakarta, del 2006, que corresponden a las definiciones aportadas por nosotros en el primer apartado de este documento.

Más allá del uso o no de determinados conceptos, es evidente que en la práctica se han abordado distintos casos o situaciones donde resulta de especial relevancia la identidad sexual o de género de los individuos, muchos en los cuales la orientación sexual resulta irrelevante para el problema particular a resolver. Al respecto, se reiteró que las definiciones señaladas no son excluyentes sino que “*interactúan constantemente y que son revaluadas a partir de la experiencia de cada persona frente a su sexualidad y su desarrollo identitario*”. Después de hacer un recuento sobre la historia del concepto de “identidad de género” a lo largo de su jurisprudencia, la Corte Constitucional concluyó que como Tribunal había pasado:

“de tener una visión restringida e indivisible de la identidad de género y la orientación sexual como conceptos objetivos asociados a la naturaleza física de las personas, a verlos como dos categorías constitucionales separadas que deben ser protegidas. Esta perspectiva es asegurada por las garantías de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en temas como la protección contra la discriminación, la identidad civil, el acceso a los servicios de salud necesarios para el tránsito de género y la exigibilidad de la libreta militar para contratar con el Estado”.

Por último, en la sentencia C-584 de 2015, relativa a la acción de inconstitucionalidad en contra de diversos artículos de la Ley 48 de 1993 “Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”, la Corte Constitucional destacó que el carácter evolutivo de los distintos conceptos en juego no puede entenderse como la exclusión de uno frente a los otros, puesto que el objetivo constitucional es la protección amplia, dijo la Corte de forma clara y contundente:

“la Corte quiere ser enfática en señalar que la identidad de género y la orientación sexual de las personas son conceptos que se transforman continuamente a partir de la experiencia individual y de la forma en que cada ciudadano se apropia de su sexualidad. Por lo tanto, estas definiciones no se pueden tomar como criterios excluyentes sino como ideas que interactúan constantemente y que son revaluadas a partir de la experiencia de cada persona frente a su sexualidad y su *“desarrollo identitario”*”

Como puede apreciarse, si bien muchas de estas sentencias se han traducido en protección idónea frente a las personas afectadas en el caso concreto, no dejan de evidenciar en su conjunto una falta de distinción entre los distintos conceptos que intervienen, particularmente los de identidad de género y orientación sexual. La Corte Constitucional ha dejado abierta la puerta para el desarrollo de esos y otros conceptos tratando al colectivo LGBT como uno solo y ha basado su protección legal en normas constitucionales similares.

De cualquier forma, se evidencia que la tendencia de la Corte Constitucional ha sido el interpretar la prohibición de discriminación por motivos de sexo en un sentido amplio, abordando casos de accionantes homosexuales, transgéneros y transexuales a partir de esa categoría de protección, con independencia de la precisión estricta en el manejo de conceptos. Es decir, la evolución de la sociedad, la movilización social, las discusiones académicas y la apertura sobre temas relacionados con las minorías sexuales se ha visto manifestada en el desarrollo jurisprudencial con la protección progresiva de grupos históricamente discriminados. Es decir, el lenguaje legal se ha visto afectado por los usos del lenguaje ordinario que tienen relación con la evolución social e identitaria de los individuos.

De manera general, la falta de diferenciación precisa de los distintos conceptos que engloban la diversidad sexual no ha sido obstáculo en el sistema jurídico colombiano para albergar a la variedad de individuos que requieren una protección especial. Por ejemplo, la Ley de Víctimas⁷ establece como enfoques diferenciales el de género y la orientación sexual sin enunciar el concepto de identidad de género. Esto no ha impedido que la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas incluya también a personas transgénero o transexuales. Por el contrario, dicha institución ha interpretado la Ley de Víctimas en el sentido de abarcar otras posibilidades de diversidad sexual.⁸

⁷ Ley 1448 de 2011, Reglamentada por el Decreto Nacional 4800 de 2011 y por el Decreto Nacional 3011 de 2013, Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Artículo 13.

⁸ Véase: Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, *Lineamientos de Política Pública para la Prevención de Riesgos, la Protección y Garantía de los Derechos de las Mujeres Víctimas del Conflicto Armado*, págs. 6 y 7; *Enfoque de orientaciones sexuales e identidades de género*, págs. 4, 6 y 22; entre otros documentos de difusión.

De manera expresa, la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas ha establecido dentro del orden de priorización a las víctimas del conflicto armado interno “*que pertenezcan o tengan una orientación o identidad sexual diversa, o LGTBI (lesbiana, gay, bisexual, transexual, transgenerista o intersexual)*”.⁹ Asimismo, se ha reconocido la participación con enfoque diferencial LGTBI en la Mesa Nacional de Participación de las Víctimas¹⁰ y en el marco de la aplicación de la Ley de Víctimas para la reparación por desplazamiento forzado se ha manifestado como criterio para la focalización de retornos o reubicaciones a los grupos de especial protección, entre los cuales se ha destacado expresamente a las “*víctimas del conflicto armado que pertenezcan o tengan una orientación o identidad sexual diversa (LGTBI)*”.¹¹ Por su parte, el Ministerio de Interior ha reconocido en el marco de la Ley 1448 derechos a “*las personas LGBT*” de manera expresa.¹²

Como puede apreciarse, el hecho de que la Ley 1448 de 2011 únicamente distinga de manera expresa como enfoque diferencial el género y la orientación sexual no ha sido impedimento para que en la práctica sean reconocidas otras diversidades que bajo el techo de los conceptos sí reconocidos encuentran la protección y la garantía a sus derechos como víctimas.

Lo anterior evidencia claramente que las diferencias sustanciales que han existido entre el reconocimiento expreso en la legislación de ciertos conceptos y los alcances que se han reconocido partiendo del objeto y fin para el cual se diseñaron los instrumentos normativos, se deben más a una indeterminación lingüística propia de los conceptos que a una diferencia deliberada hecha por los jueces y el Congreso.

Los ejemplos presentados en este apartado son una muestra de que las diferentes categorías relacionadas con la sexualidad han sido protegidas por la jurisprudencia y la legislación incluso cuando no se hace una distinción conceptual específica. Esto obedece a que en aras de garantizar principios que son imperiosos en el ordenamiento constitucional, las autoridades deben inclinarse a garantizar el contenido sustancial de los derechos por encima de cualquier formalismo técnico o una excesiva precisión conceptual de las categorías. Adicionalmente, esta cantidad de ejemplos permiten hacer una interpretación razonable de las normas acusadas, en el sentido en que a pesar de no referirse explícitamente a la categoría identidad de género, de las categorías sexo y orientación sexual, presentes en el

⁹ Dirección General de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, Resolución 0223 del 8 de abril de 2013 “Mediante la cual se precisan elementos para la priorización de las víctimas para la aplicación de los principios de gradualidad y progresividad previstos en los artículos 17 y 18 de la ley 1448 de 2011 y los artículos 8 y 155 del decreto 488 de 2011, según lo establecido en el artículo 132 de la Ley 1448 de 2011”; Resolución 00090 del 17 de febrero de 2015 “Mediante la cual se actualizan los criterios de priorización para el acceso de las víctimas a las medidas de reparación integral en el marco de los principios de gradualidad y progresividad previstos en los artículos 17 y 18 de la Ley 1448 de 2011, 8 y 155 del Decreto 4800 de 2011, y el Decreto 1377 de 2014, y se derogan las resoluciones 223 de 8 de abril y 1006 de 20 de septiembre de 2013, artículo 4, punto 10.

¹⁰ Resolución 00828 del 26 de diciembre de 2014 “Por la cual se modifican las resoluciones 0388 del 10 de mayo de 2013, 0588 del 13 de junio de 2013 y la 01448 del 26 de diciembre de 2013, artículos 32, 34.5 y 36.5.e.

¹¹ Resolución 01006 del 20 de septiembre de 2013 “Mediante la cual se definen criterios de priorización de acuerdo con los principios de progresividad y gradualidad para implementar un modelo operativo con el fin de iniciar la entrega de indemnización por vía administrativa a víctimas de desplazamiento forzado”, artículo 8.

¹² Decreto 4635 de 2011 del 9 de diciembre de 2011 del Ministerio de Interior - Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, artículo 33.

lenguaje de las normas demandadas, se deriva la protección a la identidad de género que a veces puede confundirse o estar incluida con estas dos categorías.

Tal indeterminación lingüística para referirse a las personas transgénero, es la que se deberá tener en cuenta para considerar que lo que quería proteger el legislador en las normas demandadas era a la población LGBT incluyendo por supuesto la identidad de género de las personas y otras categorías relacionadas con la sexualidad. La ausencia de cada una de las categorías que existen sobre la sexualidad o que puedan surgir en el futuro no pueden considerarse como obstáculos para la protección frente a la discriminación fundada en razón del sexo y la sexualidad. En este sentido, se deberá prestar especial atención al análisis de la discriminación que de los grupos históricamente discriminados estableció la Corte Constitucional en la Sentencia C-671 de 2014, al analizar la demanda por inconstitucionalidad de los mismos artículos aquí demandados, pero en esa ocasión referente a la no inclusión de la discapacidad como causal de discriminación, como se desarrollará en la sección segunda de esta intervención.

1.2 Tratamiento indistinto de la orientación sexual y la identidad de género en la investigación de actos de discriminación y violencia contra la población LGBT

En la investigación criminal también se evidencia la confusión de categorías asociadas con la sexualidad. Así, lo más común es encontrar casos en los que se invisibiliza la identidad de género de la víctima al asumir que, por ejemplo, una mujer trans es un “hombre disfrazado de mujer” o al clasificar a una mujer trans, no como tal, sino como homosexual (confusión entre identidad de género y orientación sexual).

Los informes Forensis de Medicina Legal resultan ilustrativos. En dichos informes, la orientación sexual o la identidad de género de las víctimas de lesiones de causa externa entraron a ser consideradas para determinar su grado de vulnerabilidad como parte de la caracterización sociodemográfica de cada caso.

A partir del informe del año 2004, Medicina Legal incluyó una lista de “grupos vulnerables” para el análisis estadístico de lesiones de causa externa. Con esto hacía referencia a cada “grupo social específico, que tiene aumentado sus niveles de riesgo o vulnerabilidad [sic]”¹³ frente a los fenómenos estudiados. De este modo, pasó a examinar la distribución de homicidios y otras lesiones de causa externa entre distintos grupos vulnerables, entre los cuales estaban los “Homosexuales” junto con campesinos, presuntos colaboradores de grupos ilegales, consumidores de drogas, trabajador(as) sexuales, periodistas, entre otros.

Los “Homosexuales” como grupo vulnerable figuraron en los informes del año 2004 y del 2006 al 2008. El informe del año 2009 introdujo el término “Personas con orientación sexual diversa” para describir al mismo grupo vulnerable en el capítulo de homicidios, aunque en los demás continuó utilizando el término “Homosexuales”.

Para el año 2010, la categoría “grupo vulnerable” fue reemplazada por “factor de vulnerabilidad” definido como “el conjunto de factores económicos, políticos,

¹³ Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, *Forensis* 2006, p. 52.

socioculturales que ligados a la identidad de la persona (sexo, edad, escolaridad, pertenencia étnica, situación migratoria, etc.) colocan a los individuos en situaciones que pueden limitar su capacidad para prevenir o responder a los riesgos”¹⁴. Ese año continuó usando el término “Personas con orientación sexual diversa” y agregó la sigla “LGTB” al final. En los informes de 2012 a 2014 se mantuvo el término “Personas con orientación sexual diversa” para calificar este factor de vulnerabilidad y añadió la “T” al final de la sigla LGBT para hacer referencia a las personas intersex. En cualquier caso, se trataba de forma indistinta a una persona con orientación sexual no normativa que a una persona con identidad de género no normativa.

No obstante, la reciente inclusión de la sigla LGBTI al factor de vulnerabilidad indica que se trata de un espectro más amplio de personas que las que se definen exclusivamente por su orientación sexual. De hecho, algunos de los homicidios de personas LGBT reportados por Medicina Legal a Colombia Diversa en 2013 y 2014 mediante respuesta a derechos de petición, fueron homicidios de personas trans. Ellas estaban identificadas únicamente por su sexo – el cual se marca según el acta de levantamiento de cadáver diligenciada por la autoridad competente o según su documento de identidad – y por una variable genérica de grupo vulnerable “LGBTI (Homosexuales)”. Dado que hasta hace poco la corrección del componente sexo en los documentos de identidad exigía requisitos que resultaban lesivos de los derechos fundamentales y que dificultaban este trámite, encontramos que varias de las víctimas de sexo masculino eran en realidad mujeres trans. Esto se pudo concluir al triangular con otras fuentes y encontrar que coincidían en circunstancias de tiempo, modo, lugar y/o edad con reportes en los que la víctima era una mujer trans.

En este sentido, categorías que nominalmente hacen alusión exclusivamente a la orientación sexual han sido usadas para registrar casos de violaciones de derechos humanos contra personas trans. Esto podría entenderse como falta de estandarización de los conceptos, los criterios de aplicación y los niveles de capacitación de los funcionarios que manejan dichos sistemas de información. Esta indeterminación lingüística va más allá de un problema de capacitación y también tiene relación con los conceptos sobre el sexo, el género, la corporalidad y la identidad que no necesariamente obedecen a distinciones analíticas estrictas entre orientación sexual e identidad de género.

Estos dos elementos, el tratamiento jurisprudencial y la investigación criminal, dejan ver que existe un tratamiento indistinto de las categorías orientación sexual e identidad de género. Si bien ha habido una mayor precisión conceptual, las controversias, confusiones y concurrencias de las categorías persisten y esto se ha visto reflejado en hechos concretos. Vale la pena anotar que, en todo caso, ha habido un esfuerzo en materia de protección de las personas LGBT a pesar de las diferencias que se encuentran en esta sigla pero que, en últimas, enfrentan patrones de discriminación similares motivados por el prejuicio que tiene raíz en un mismo sistema social.

2. LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO TIENE UN MISMO ORIGEN EN LA PERSPECTIVA DEL VICTIMARIO: NO SER HETEROSEXUAL.

¹⁴ Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, *Forensis* 2010, p. 28.

Según María Mercedes Gómez, la violencia por prejuicio se puede entender como aquella que “se ejerce sobre los cuerpos individuales por ser lo que son, en este caso, cuerpos que se despliegan o se perciben como no normativos; por ejemplo, como no heterosexuales”¹⁵. Cuando se ejerce violencia sobre un cuerpo que se percibe como diferente, puede tratarse de un uso jerárquico de la violencia – es decir, cuando por medio de ella se busca reforzar relaciones sociales de dominación y subordinación – o bien de un uso excluyente de la misma – cuando el fin es eliminar esa diferencia. Así, aunque con especificidades, los actos discriminatorios por orientación sexual e identidad de género tienen un mismo origen. Esto se debe en buena medida a que responden a prejuicios similares, los cuales muchas veces no operan sobre una diferenciación analítica, sino que atienden a entendimientos más amplios y difusos sobre la identidad, la sexualidad y la corporalidad humana.

En lo corrido de 2015, Colombia Diversa ha conocido varios ataques letales y no letales contra parejas de hombres gay, de mujeres lesbianas o parejas conformadas por una mujer trans y un hombre cisgénero. Por ejemplo, una joven activista trans y su novio fueron asesinados en el mes de febrero en San Pedro de los Milagros, Antioquia¹⁶. Si bien desde los estudios de género el novio de la activista tiene una orientación sexual heterosexual, un análisis del prejuicio bajo esta perspectiva implicaría que, en últimas, el móvil se apoya realmente en estereotipos de los roles asignados a los hombres en un sistema heteropatriarcal. Es decir, para los victimarios el novio de la activista era un hombre gay ya que los valores hetero-normativos rechazan la identidad de género de su novia, de manera que la violencia es utilizada como un mecanismo para afianzar los comportamientos esperados por el sistema social imperante y sancionar aquellos que se apartan.

Otro ejemplo similar se da en el contexto de la investigación con el radicado 110016000049201309569 que en su momento adelantó la Fiscalía General de la Nación y que en la actualidad es objeto de un conflicto jurisdiccional de competencias frente a la justicia penal militar. En dicho caso, una mujer trans fue agredida de manera reiterada y sistemática por parte de agentes de la Policía Nacional. En uno de estos actos, uno de los policiales la retó a pelear con él señalando que ella “era un hombre y tenía los mismos huevos que él”. En este caso la violencia fue utilizada nuevamente como un mecanismo para reprocharle y negar su identidad de género.

Estos supuestos fácticos - que aún no han sido objeto de pronunciamiento de responsabilidad penal, lo cual entrevé la importancia de esta decisión ya que no existen precedentes en la materia - se encuentran en armonía con los hallazgos de la criminología crítica y feminista, la cual ha señalado que el delito es una forma de construir género y de mantener o redimensionar las jerarquías sexuales dentro de la sociedad¹⁷. En efecto, dentro de las jerarquías imperantes, la heterosexualidad subordina a quienes se apartan de la misma. Es así como Meschersmidt ha señalado que: “... en las sociedades occidentales industrializadas existe un sistema jerárquico de valores sexuales donde los heterosexuales

¹⁵ GÓMEZ, M., “Violencia por prejuicio”. En Motta, C. y Sáez, M. (editoras académicas): *La mirada de los jueces, tomo 2. Sexualidades diversas en la jurisprudencia lationamericana*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, American University College of Law, Center of Reproductive Rights, 2008.

¹⁶ <http://www.lavozdesanpedro.com/inicio/ultimas-noticias/1141-asesinados-dos-jovenes-de-la-comunidad-lgbti-en-san-pedro>

¹⁷ HEIDENSOHN, F. y SILVESTRI, M. ‘Gender and Crime’ en M. Maguire, R. Morgan y R. Reiner (Coord.) *The Oxford Handbook of Criminology*, 5ª edición, Oxford, Oxford University Press (2012).

casados y reproductivos se encuentran en la cúspide de la pirámide, seguidos por heterosexuales no casados, aquellos que prefieren una sexualidad solitaria, prostitutas, lesbianas y hombres homosexuales, transexuales, travestis y sadomasoquistas (Rubin, 1984). De acuerdo con esto, la heterosexualidad es considerada la norma y las sexualidades subordinadas o “desviadas” son ridiculizadas, controladas y reprimidas”¹⁸.

Es decir, para esta corriente de pensamiento, una forma de definirse como heterosexual yace precisamente en el reproche de lo que no es heterosexual¹⁹, convirtiendo a quien se aparta de dichos cánones en objeto de controles sociales formales e informales, lícitos e ilícitos²⁰. En últimas, lo anterior significa que el rechazo a las orientaciones sexuales e identidades de género no normativas mediante la violencia busca la reafirmación de un valor hegemónico: la heterosexualidad. Esto tiene consecuencias profundas para el ordenamiento jurídico en la medida en que la discriminación contra las personas trans surge de los comportamientos exigidos por el sistema social a determinados cuerpos y sexualidades, lo cual implica que dichos comportamientos delictivos bien pueden adecuarse a las categorías ya existentes dentro de las normas demandadas: el sexo y la orientación sexual.

De entrada, lo anterior significa que ya estas formas de discriminación y violencia hacen parte del ámbito de protección demarcado por el derecho penal. No obstante, a continuación se evidenciará cómo esto se ha enfatizado en desarrollos jurisprudenciales y legales que, igualmente, permiten sostener que el ordenamiento jurídico ha adoptado un modelo nuevo en torno a la discriminación.

3. DESARROLLOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES QUE OBLIGAN A ABANDONAR EL MODELO DE DISCRIMINACIÓN ADOPTADO EN LA SENTENCIA C-671 DE 2014.

La Corte Constitucional en sentencia C-671 de 2014 afirmó que existen diferentes modelos de discriminación. Al respecto precisó que, dependiendo de ciertos factores como el

¹⁸ MESSERSCHMIDT, J. *Crime as structured action: gender, race, class, and crime in the making*, Londres, Sage. (1997). P. 10.

¹⁹ En efecto, estudios sobre la sexualidad en las escuelas señalan que la construcción de la heterosexualidad es una práctica cotidiana en el bachillerato y que la orientación sexual es una fuente importante de una identidad socialmente aceptada (Connely, 1996; Mac an Ghail 1994; Martin 1996). Particularmente, dentro de los grupos masculinos el sexo no estriba simplemente en “ser heterosexual”; uno no debe ser homosexual (Holland, Ramazanoglu y Sharpe 1993; Thorne 1993; Wood 1984). Los chicos adolescentes utilizan la sexualidad para establecer jerarquías al construir discursos y prácticas que son heterosexualmente dominantes y subordinantes frente a la homosexualidad. Una de las formas, entonces, para validar la masculinidad en las escuelas es expresarse y definirse como heterosexual tanto realizando prácticas heterosexuales como degradando la homosexualidad.”. MESSERSCHMIDT, J. ‘Becoming “Real Men”’: Adolescent Masculinity Challenges and Sexual Violence en *Men and Masculinities*, Vol. 2 No. 3 (2000). P. 300.

²⁰ Sobre la sexualidad como objeto de control y represión por parte de los medios formales como informales de control social recuérdese el estudio de Foucault. Este estudio, aunque no hace parte como tal de la criminología crítica, sí ha influido dichas perspectivas desde la denominada sociología del castigo. Extremadamente dicente resulta la siguiente expresión: “Renuncia a ti mismo so pena de ser suprimido; no aparezcas sino quieres desaparecer. Tu existencia no será mantenida sino al precio de tu anulación”. FOUCAULT, M. . *Historia de la Sexualidad I. La Voluntad del Saber*. Edición No. 25. Siglo Veintiuno Editores. Madrid. (1998). P. 50. Recurso electrónico disponible en: http://www.pueg.unam.mx/images/seminarios2015_2/nociones_teoricas/complementaria/michel_foucault_historia_de_la_sexualidad.pdf

sentimiento que las inspira o la forma como se manifiestan, nos enfrentamos a formas de discriminación distintas. Esta precisión la hizo a propósito de la discriminación motivada por la situación de discapacidad, pues, en su concepto, difiere de discriminaciones basadas en la raza, el sexo y la orientación sexual, y este modelo a juicio de la Corte es fundamental para precisar el alcance de la protección desde el ámbito penal para los tipos de discriminación y hostigamiento.

En ese sentido señaló que solo cierto tipo de discriminación está cobijada dentro de las normas penales aludidas, y en virtud de ello excluyó la discriminación basada en la discapacidad pues no hace parte del tipo de discriminación proscrito por las normas penales. En la mencionada sentencia, la Corte señaló que el tipo de discriminación que ataca la ley 1482 son aquellos que se relacionan con los “*crímenes de odio*”, en los que el patrón de la conducta son los sentimientos de hostilidad, rechazo y animadversión”²¹.

La Corte precisó seis elementos a partir de los cuales es posible identificar si se está ante una discriminación susceptible de ser perseguida por los mecanismos penales. A saber, i) el origen, ii) los patrones, iii) la notoriedad y visibilidad, iv) la forma en la que se materializa, v) la intencionalidad y vi) se dirige contra un grupo históricamente discriminado. El objetivo de esta caracterización era mostrar que la discriminación hacia las personas con discapacidad tiene unas diferencias considerables con respecto a la discriminación que ataca la ley 1482, principalmente porque no se fundamenta en odio o animadversión hacia dicha población.

Entonces, de acuerdo a la Corte Constitucional, el tipo de discriminación que ataca la ley 1482 tiene las siguientes características con respecto a los elementos previamente señalados:

- 1) Respecto al **origen**, este debe ser personal y no institucional
- 2) En cuanto al **patrón** señala que es la hostilidad, el odio o la animadversión contra el colectivo o los individuos parte de él
- 3) La **forma** se caracteriza por discursos y actos inequívocos de ataques y exclusión
- 4) En relación con la **notoriedad**, la Corte señala que la ley 1482 castiga las formas más visibles y notorias de discriminación, no aquellas “sútiles e invisibles”
- 5) En cuanto a la **intencionalidad**²² la ley sanciona los actos claros e inequívocos en razón de criterios sospechosos o prohibidos de discriminación
- 6) Se dirige contra los actos que afectan a **poblaciones conformadas en función de una condición específica** sin desconocer las particularidades de las discriminaciones que se pueden producir por las interseccionalidades.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-671/2014. M.P Luis Guillermo Guerrero. Parr. 7.6.2

²² Señala la Corte en la sentencia C-671/ 2014: “5.5.6. En cuanto a la intencionalidad subyacente a la discriminación, ésta puede asumir distintas modalidades. En algunos casos, tal vez excepcionales, la expresión o la actuación responde, de manera clara e inequívoca, a un criterio sospechoso o prohibido, como la raza, la etnia, el origen nacional, el sexo, la orientación sexual, **la identidad de género**, la edad, la condición migratoria o la filian política. Así, cuando se prohíbe el ingreso de una persona a un lugar de acceso público en razón de la orientación sexual o de la raza o cuando se opta por no contratar laboralmente a mujeres en edad reproductiva, nos encontramos frente esta primera modalidad” (negritas propias).

Ahora bien, a partir de esta caracterización podemos resumir que el modelo de discriminación que combate la ley 1482 es el siguiente: la discriminación que se da por una persona o grupo de personas contra un colectivo o individuo en razón a una condición particular, que se materializa a través de la voluntad clara e inequívoca de realizar actos de ataque y exclusión en su contra y se fundamenta en una actitud de odio o animadversión.

Sin embargo, dada la exclusión hecha por la ley 1482 y la ratificación hecha por la Corte, el legislador hizo uso de su libertad de configuración político-criminal e incluyó a las personas con discapacidad en el ámbito de protección de los precitados tipos penales mediante la ley 1752 de 2015. Esta ley modificó cuatro aspectos sustanciales de la ley 1482 de 2011. Los tres primeros elementos fueron expuestos en el texto original del proyecto de ley que culminó en la Ley 1752, según el senador Juan Manuel Galán: *“En el primer artículo se modifica el artículo 1º de la Ley 1482 para hacer explícita la finalidad: erradicar los actos de cualquier clase de discriminación. En el segundo artículo se modifica el tipo de actos de racismo o discriminación (artículo 3º de la Ley), para **cobijar la discriminación por discapacidad**. Por último, en el artículo tercero, se modifica el tipo (y su nomen iuris) de hostigamiento (artículo 4º de la ley), para **cobijar la discriminación por discapacidad**”* (subrayado fuera del texto). Como lo argumentó el autor del proyecto, el principal propósito de la iniciativa era eliminar la “laguna jurídica” respecto a “la discriminación por discapacidad”. Adicionalmente, se introdujo un parágrafo *“a iniciativa del Representante a la Cámara, doctor Humphrey Roa, complementar el articulado del proyecto adicionando un parágrafo que describa el concepto de “discapacidad”, con el propósito de darle una precisión a la conducta que se pretende tipificar”*.

Junto con esta modificación, el Congreso acogió la siguiente sugerencia del Consejo Superior de Política Criminal: “El tipo penal podría tener la expresión “... y demás razones de discriminación”, o bien “... u otro criterio análogo”²³. Sobre el particular, el informe de ponencia para segundo debate destaca que esta modificación tiene la finalidad de que se *“revise la estrategia de criminalización y de esta manera plantear reformas perdurables y que contribuyan a la superación de los problemas sociales”*. Por tanto, el legislador optó por acoger esta sugerencia bajo la adición a los dos tipos penales de la expresión **“y demás razones de discriminación”**²⁴. Adicionalmente, el senador Juan Manuel Galán agregó en su intervención en la plenaria del Senado que estas modificaciones enriquecen y completan la legislación y además incluye a *“otras poblaciones que en un momento dado de aquí en el futuro puedan surgir y puedan ser objeto de discriminación”*²⁵. El siguiente cuadro comparativo permite ilustrar estos cambios:

²³ Carta de comentarios 216 de 2014 Cámara, 171 de 2014 Senado del Ministerio de Justicia y del Derecho al proyecto de ley número 171 de 2014 Senado, 216 de 2014 Cámara (discriminación) Disponible en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=2589&p_numero=216&p_consec=40564

²⁴ Informe de ponencia segundo debate proyecto de ley 216 de 2014 Cámara, 171 de 2014 Senado. Disponible en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=27&p_numero=216&p_consec=40990

²⁵ La intervención del senador Galán es la siguiente: “Yo quiero agradecerle particularmente a la Representante a la Cámara, Clara Rojas, por su trabajo como ponente, a los integrantes de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, por sus aportes que fueron muy enriquecedores para este proyecto de ley, especialmente, la solicitud que le hicieron al Consejo de Política Criminal para que rindiera un concepto sobre este proyecto que es recogido para la ponencia en cuarto y último debate, que pues, establece básicamente la premisa de agregarle al tenor del articulado y **demás razones de discriminación, creo que eso enriquece y completa la legislación...** Angélica Lozano con mucha razón, la población que es discriminada en razón de su raza, pues yo creo,

Ley 1482 de 2011	Ley 1752 de 2015
<p>Artículo 1°. Objeto de la ley. Esta ley tiene por objeto garantizar la protección de los derechos de una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, que son vulnerados a través de actos de racismo o discriminación.</p> <p>Artículo 3°. El Código Penal tendrá un artículo 134a del siguiente tenor: Artículo 134A. Actos de Racismo o discriminación. El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>Artículo 4°. El Código Penal tendrá un artículo 134B del siguiente tenor: Artículo 134B. Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural. El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad,</p>	<p>Artículo 1°. Modifíquese el artículo 1° de la Ley 1482 de 2011 el cual quedará así: Artículo 1°. Objeto de la ley. Esta ley tiene por objeto sancionar penalmente actos de discriminación por razones de raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, discapacidad y demás razones de discriminación.</p> <p>Artículo 3°. El Código Penal tendrá un artículo 134A del siguiente tenor: Artículo 134A. Actos de discriminación. El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, discapacidad y demás razones de discriminación, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>Artículo 4°. El Código Penal tendrá un artículo 134B del siguiente tenor: Artículo 134B. Hostigamiento. El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual o discapacidad y demás razones de discriminación,</p>

que en la redacción del proyecto veo yo que las modificaciones, se incluye específicamente la mención de ser discriminado en razón de la raza y la mención final que agrega el Concejo de Política Criminal y demás razones de discriminación, pues puede, digamos, **completar otras poblaciones que en un momento dado de aquí en el futuro puedan surgir y puedan ser objeto de discriminación**". Senado de la República de Colombia. Acta de plenaria 54 de la sesión ordinaria del día miércoles 15 de abril de 2015. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=02&p_numero=54&p_consec=42696

<p>ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.</p>	<p>incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.</p> <p>PARÁGRAFO. Entiéndase por discapacidad aquellas limitaciones o deficiencias que debe realizar cotidianamente una persona, debido a una condición de salud física, mental o sensorial, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás</p>
--	--

Este cambio político criminal tiene sendas implicaciones para el caso objeto de estudio. En primer lugar, se adopta un modelo de discriminación que pretende la protección de cualquier grupo poblacional mediante la expresión “y demás razones de discriminación”, de manera que no existe discusión alguna sobre la inclusión de las personas trans dentro del objeto de tutela penal sin que sea necesario -a partir de su entrada en vigencia- aludir a conceptos como sexo u orientación sexual. Por ello mismo, y aunque resulte correcto interpretar la discriminación contra las personas trans en el marco de los aludidos conceptos, esto resultaría únicamente necesario para aquellos delitos cometidos antes de la entrada en vigencia de la ley 1752 de 2015 y respecto la causal de mayor punibilidad que no ha sido objeto de modificación y, por tanto, requiere de un pronunciamiento enfático por parte de la Corte.

En segundo lugar, y de igual importancia, resulta que al pretenderse mediante esta reforma erradicar *todo tipo de discriminación*, se colige que el legislador ha pretendido la superación del concepto de crimen de odio. Esto significa que el odio o la animadversión ya no pueden considerarse como un elemento subjetivo implícito a estos tipos penales puesto que, precisamente, estas conductas pueden producirse respecto grupos poblacionales que no han sufrido por razón de sentimientos tan intensos. En efecto, si la *ratio decidendi* de la Corte para señalar que estos tipos no eran aplicables para las personas con discapacidad consistió en que estas no eran víctimas de hostilidad u odio, su posterior inclusión en la norma penal no es otra cosa más que la superación de esta exigencia. A partir de allí se colige que lo transcendental para estos tipos radica en las razones que tornan la discriminación injustificada.

Conforme a esta línea argumentativa, exigir que para que se configuren estos delitos respecto la población LGBT se requiere de odio o animadversión mientras que ello no sería predicable respecto las personas con discapacidad u otros grupos incluidos en la expresión

“demás razones de discriminación”, implicaría un trato desigual que no se ajustaría al principio de legalidad en tanto se estarían manejando distintos niveles de protección, contrario a lo pretendido por parte del legislador conforme se evidencia de la exposición de motivos de la ley 1752 de 2015.

Adicionalmente, existen unos importantes desarrollos jurisprudenciales y legales en materia de feminicidio que auxilian esta interpretación y permiten señalar tajantemente que se ha superado la necesidad de demostrar odio o animadversión frente a las normas penales que tratan la discriminación. Estos desarrollos son de fundamental importancia en la medida en que, como atinadamente ha señalado la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá siguiendo entre otras las perspectivas sobre hetero-normatividad tratadas en el acápite anterior, la violencia basada en prejuicios por orientación sexual e identidad de género no es más que una especie de violencia de género²⁶. Esta consideración se ve reforzada, precisamente, por las razones expuestas en el primer acápite de este texto que han demostrado que la protección que ha dado la Corte Constitucional a la población LGBT se ha enmarcado a partir de la prohibición de discriminación por razones de sexo. Así, resulta provechoso estudiar cómo la evolución del feminicidio de agravante específico a tipo penal autónomo se ha caracterizado por el abandono de la exigencia de odio o animadversión en cabeza del sujeto activo.

Es así como, en materia del agravante específico para el delito de homicidio que introdujo la ley 1257 de 2008 referido a que cuando la conducta se cometa contra una mujer por el hecho de ser mujer, se tiene el fallo de casación por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 4 de marzo de 2015²⁷. En dicho proceso, el casacionista alegaba que no era predicable el agravante en mención puesto que su apoderado no odiaba a las mujeres ni sentía animadversión hacia las mismas, esto es, no era misógino. Por el contrario, las razones del asesinato radicaban, acorde con el casacionista, en el amor intenso que sentía el procesado hacia la víctima y que lo llevaron a asesinarla ante la decisión de ésta de dar por terminada su relación sentimental. No obstante, la Corte Suprema sostuvo, acertadamente, que aquí sí era predicable el agravante en mención puesto que el delito se había cometido como una forma de mantener relaciones de subordinación/dominación entre víctima y victimario. En palabras de la Corte:

“En otros términos, se causa la muerte a una mujer por el hecho de ser mujer, cuando el acto violento que la produce está determinado por la subordinación y discriminación de que es víctima, de lo cual resulta una situación de extrema vulnerabilidad. Este entorno de la violencia feminicida, que es expresión de una larga tradición de predominio del hombre sobre la mujer, es el que básicamente ha servido de apoyo al legislador para considerar más grave ese tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y que se busca contrarrestar legítimamente con la medida de carácter penal examinada e igual con las demás de otra naturaleza adoptadas en la Ley 1257 de 2008.

²⁶ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 16 de diciembre de 2014. Rad. 11001-22-52000-00058-00. MP. H. Dr. Eduardo Castellanos Roso.

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de marzo de 2015. Rad. SP2190-2015. MP. H. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.

Significa lo precedente que no todo asesinato de una mujer es feminicidio y configura la causal 11 de agravación del artículo 104 del Código Penal. Se requiere, para constituir esa conducta, que la violencia que la cause esté asociada a la discriminación y dominación de que ella es objeto.

Particularmente, en contextos de parejas heterosexuales –que conviven o se encuentran separadas—, el maltrato del hombre para mantener bajo su control y “suya” a la mujer, el acoso constante a que la somete para conseguirlo, la intimidación que con ello le produce, el aumento en la intensidad de su asedio y agresividad en cuanto ella más se aproxima a dejar de “pertenecerle” y la muerte que al final le causa “para que no sea de nadie más”, claramente es el homicidio de una mujer por el hecho de ser mujer o “por razones de género”²⁸.

Esto significa que, para la Corte Suprema de Justicia, la violencia de género -que incluye la violencia basada en prejuicios por orientación sexual e identidad de género- trasciende los supuestos de odio y se enmarca en la utilización de la misma como instrumento para ejercer poder sobre las mujeres como grupo subordinado en un contexto hetero-patriarcal, lo cual opera igualmente respecto las personas LGBT.

Esta interpretación por parte de la sala de casación penal ha sido ratificada por parte del legislador con el advenimiento de la ley 1761 de 2015, la cual, al configurar el feminicidio como delito autónomo, ha señalado que:

“Quien 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 de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses.

- a) Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o, de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella.
- b) **Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad.**
- c) Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural.
- d) Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo.
- e) 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.

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de marzo de 2015. Rad. SP2190-2015. MP. H. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.

f) Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella”²⁹.

Dos conclusiones de fundamental importancia surgen con ocasión de esta nueva norma penal. Por un lado, que se hayan incluido la identidad de género y el ejercicio libre de la sexualidad femenina como criterios de protección implica que para estos supuestos no se hará necesaria la circunstancia de mayor punibilidad contenida en el numeral 3 del artículo 58 en la medida en que ya estarían previstas en la parte especial del Código Penal. Por otro lado, nótese cómo de todas las circunstancias enunciativas de feminicidio, únicamente aquella referida al deseo de generar terror o humillación al enemigo pueden realmente enmarcarse en la noción de crimen de odio, mientras que las demás apuntan a la utilización de la violencia como mecanismo para la reafirmación de jerarquías. Con ello, resulta claro que para el legislador la violencia de género trasciende los supuestos de odio o animadversión.

Esto necesariamente obliga a concluir que el crimen de odio resulta insostenible en nuestro ordenamiento jurídico. Señalar lo contrario obligaría a que supuestos que tienen origen similar tuviesen exigencias diferentes, más allá de las formalidades de su tratamiento como tipo penal autónomo o circunstancia de mayor punibilidad. Por ejemplo, bajo una perspectiva que sostiene la vigencia del crimen de odio de cara a estos desarrollos, el homicidio de un hombre gay por razón de su orientación sexual requeriría la demostración de homofobia por parte del sujeto activo, mientras que para el asesinato de una mujer lesbiana o persona trans bastaría únicamente acreditar que el delito se produjo en un contexto de subordinación/dominación. Claramente, este tratamiento reñiría con lo que se ha demostrado en torno a los orígenes de la violencia y discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género, e implicaría un tratamiento abiertamente desigual y carente de justificación alguna. Por ello mismo, concluimos que es necesario abordar todos los instrumentos penales atinentes a la discriminación a partir de la óptica del prejuicio como un concepto más amplio que el odio y que surge de las tensiones propias de un sistema hetero-patriarcal que se comunica, entre otras, mediante la violencia.

4. COMPETENCIA DE LA CORTE PARA DECLARAR LA EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA DE UN TIPO PENAL.

El respeto a la libertad de configuración del legislador como una garantía del principio de legalidad en materia penal se extiende hasta el ámbito judicial. El control de constitucionalidad que se ejerce sobre normas que establecen tipos penales, en principio, no puede ser de tal naturaleza que modifique los elementos del tipo para incluir elementos no previstos por el legislador y que extiendan el poder punitivo del Estado. No obstante, esto no quiere decir que el juez constitucional esté imposibilitado para determinar la interpretación o el alcance de un tipo penal que mejor se adecue a la Constitución.

En el caso de la referencia, como lo hemos anotado previamente, no estamos ante una omisión legislativa. Por el contrario, como lo mostramos antes, del tipo de discriminación que proscribe las normas demandadas, del bien jurídico que busca proteger el tipo penal y

²⁹ Art. 2 Ley 1761 de 2015.

del tratamiento normativo dado por la Corte Constitucional y el Congreso a las categorías de sexo, género, orientación sexual e identidad de género, se puede inferir razonablemente que la categoría identidad de género también debe ser protegida por el tipo penal y las causales de mayor punibilidad demandadas. Es decir, la protección contra la discriminación por identidad de género no implicaría la inclusión de nuevos elementos en el tipo penal, sino que es una interpretación razonable del alcance de la norma.

Es decir, partimos de dos premisas que llevan a la conclusión de que la Corte puede emitir un fallo condicionado sin desconocer el principio democrático y el principio de legalidad. La primera premisa es que no estamos ante una omisión legislativa relativa y la segunda, que la identidad de género hace parte de una interpretación armónica de los elementos de las normas acusadas.

Para demostrar la procedencia de un pronunciamiento en sentido condicionado por parte de la Corte haremos el test establecido en la sentencia C-671 de 2014 relativo a los elementos que deben cumplirse para tales efectos. Este test consta de dos pasos: i) identificar el contenido y el alcance de la normatividad objeto del pronunciamiento judicial y ii) determinar el efecto jurídico del condicionamiento solicitado especialmente en el sistema de principios y derechos.

Respecto a la identificación del contenido y el alcance de la normatividad que se estudia, la Corte ha señalado que esto es importante pues hay materias donde debe flexibilizarse y restringirse el escrutinio judicial. Específicamente ha precisado que lo anterior debe suceder en tres escenarios:

- i) cuando el escrutinio se hace sobre un tema donde el legislador tiene amplia libertad de configuración, como la política criminal,
- ii) cuando el estudio recae sobre una materia que afecta libertades individuales, y
- iii) cuando se estudia la existencia de una omisión legislativa. En relación con los efectos jurídicos del condicionamiento, la Corte ha señalado que i) por regla general, el estudio de constitucionalidad de normas que contienen tipos penales es de exequibilidad o inexecuibilidad simple y ii) por respeto al principio de legalidad, el condicionamiento no puede incluir nuevos elementos en el tipo penal que aumenten el poder punitivo del Estado.

A continuación, evidenciaremos, con cada uno de los pasos mencionados anteriormente, que en este caso la Honorable Corte Constitucional es competente para emitir un pronunciamiento que condicione la constitucionalidad de las normas demandadas en el sentido de incluir en su alcance la protección a la discriminación con motivo de la identidad de género.

4.1 Identificar el contenido y alcance de la normatividad acusada

En primer lugar, el estudio recae sobre disposiciones en las cuales hay libertad de configuración legislativa, pues hacen parte de la política criminal del Estado y permiten el ejercicio de su poder punitivo. Por otro lado, son normas que recaen sobre libertades individuales pues establecen tipos penales y una causal de mayor punibilidad. No obstante, en este caso no estamos hablando de una omisión legislativa, sino de una interpretación razonable que se entiende de la interpretación armónica de las normas dentro del ordenamiento constitucional. Por lo tanto, en este caso el condicionamiento solicitado no desconoce el principio democrático, respeta el principio de legalidad y no rebasa la función de legislador negativo de la Corte.

Como hemos reiterado, el contenido de las normas demandadas busca combatir la discriminación que se da contra una persona por su pertenencia a determinado grupo sobre el cual existen prejuicios, lo cual se evidencia tanto en las reformas a los delitos de discriminación y hostigamiento, como en el feminicidio y en el hecho que la causal de mayor punibilidad también aluda a grupos que no son víctimas de odio o animadversión como ocurre respecto las personas con discapacidad. Es decir, el contenido de la norma busca combatir por la vía penal una forma de discriminación que se fundamenta en el prejuicio por una condición personal y que se hace visible a través de actos de violencia manifestados en diversas formas y que vulneran un bien supremo para nuestro ordenamiento constitucional: la igualdad. Por lo tanto, el fin de las normas acusadas es activar el aparato punitivo del Estado cuando se está ante actos de discriminación, puesto que buscan garantizar la igualdad formal y material como bien imperioso en nuestro orden constitucional.

Diversas formas de violencia que se traducen en discriminación con motivo de la identidad de género se enmarcan dentro de las categorías de sexo y orientación sexual. Como se mostró previamente, la identidad de género, si bien puede ser precisada conceptualmente de forma distinta al sexo y a la orientación sexual, en muchos casos genera un *continuum* en la identidad de los sujetos que termina por constituir un motivo para actos de discriminación. Así, por ejemplo, la violencia ejercida contra las mujeres, en muchos casos no se fundamenta en sus características biológicas sino en estereotipos fundados en su identidad de género femenina. Caso similar el que ocurre con las mujeres trans, que en muchas oportunidades son violentadas e identificadas como “maricas o mariconas” bajo la confusión entre identidad de género y orientación sexual no normativas.

Si bien la identidad de género no está de manera expresa entre los “criterios sospechosos o prohibidos” señalados en la Ley 1482 y en el numeral 3 del artículo 58 de la ley 599 de 2000, sí podría entenderse incluida al tomarse como homóloga a ellos, por cuanto constituye un rasgo profundamente inherente y definitorio de la identidad, la intimidad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de cada quien, a partir del cual se piensa a sí mismo, se relaciona con su propio cuerpo, su sexualidad y con otras personas. Adicionalmente, el concepto de identidad de género si viene a estar inmerso en los tipos de discriminación y hostigamiento a partir de la ley 1752 de 2015 en la expresión “y demás razones de discriminación”, así como en el desarrollo jurisprudencial y legal que se la ha dado al feminicidio, que necesariamente ha de irradiar también la interpretación de la causal de mayor punibilidad por las razones ya expuestas en acápites anteriores. Dado que tanto la legislación interna como los tratados internacionales de derechos humanos

ratificados por el Estado colombiano reconocen que no se puede discriminar a una persona en razón de dichos ámbitos constitutivos de su personalidad, esta tutela penal necesariamente ha de predicarse respecto a la identidad de género.

Además, la identidad de género sí está reconocida por instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, por ejemplo, la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia (2013) reconoce la identidad de género como uno de los aspectos constitutivos de la identidad de las personas que debe ser protegido y como uno de los factores hacia los cuales se dirigen los actos de discriminación e intolerancia de los que trata la Convención³⁰. Aunque el Estado colombiano aún no ha ratificado dicha Convención, ella establece estándares de derechos humanos que deberían ser tenidos en cuenta en el ordenamiento interno. De manera similar, desde 2008 la Asamblea General de la OEA ha adoptado resoluciones anuales sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. Por su parte, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha realizado campañas y dos informes globales sobre discriminación y violaciones de derechos humanos en razón de la orientación sexual e identidad de género de las víctimas.

Las referencias anteriores son trascendentales, sobre todo, teniendo en cuenta que la Ley 599 de 2000 presenta pautas ineludibles para una correcta interpretación de su contenido. Por un lado, establece como principio de integración que la *“normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia”*, hacen parte integral de la misma.³¹ Por otro, señala que el funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del artículo 13 de la Constitución Política.³²

En consecuencia, al determinar el alcance de las normas estudiadas, vemos que, en efecto, hacen parte de i) la política criminal del Estado y ii) recaen sobre libertades individuales. No obstante, frente a estas normas el estudio pertinente no recae sobre la existencia de una omisión legislativa sino del alcance del tipo penal a una situación que originalmente no estaba expresamente consagrada en el texto de algunas, pero que se infiere razonablemente de una interpretación armónica y sistemática en observancia de la Constitución. Por lo tanto, si bien confluyen dos escenarios en los cuales el control jurisdiccional está más restringido, esta conclusión preliminar debe matizarse en tanto no es una omisión legislativa sino hacer expreso un elemento que razonablemente está protegido por las normas.

En la decisión C-671 de 2014 la Corte precisó que, por regla general, el estudio de constitucionalidad de los tipos penales es de exequibilidad o inexecuibilidad simple. Sin embargo, esto no quiere decir que exista una prohibición para que la Corte falle en sentido condicionado, de hecho hay varios ejemplos donde lo ha hecho y no solo para restringir el

³⁰ El Estado colombiano firmó esta Convención pero aún no ha sido ratificada.

³¹ Ley 599 de 2000, Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000, artículo 2.

³² *Ibíd.*, artículo 7.

poder punitivo del Estado, sino para ampliarlo, bien sea extendiendo el alcance de la interpretación y aplicación del tipo o introduciendo elementos.

En efecto, en varias oportunidades la Corte ha establecido condicionamientos a la constitucionalidad de normas penales. Por ejemplo, en la sentencia C-878 de 2000 estableció un condicionamiento en el sentido de señalar que los crímenes cometidos por militares que no pueden ser juzgados en la justicia penal militar no son sólo los de tortura, desaparición forzada y genocidio, sino todas aquellas conductas contrarias a la función constitucional de las fuerzas armadas y aquellas que rompan el nexo funcional con el agente; aquí introdujo la interpretación de ampliar el catálogo de conductas que no caben en la justicia penal militar y que deben ser de conocimiento de la justicia ordinaria. En el mismo sentido, en otras decisiones ha extendido el alcance de los tipos penales, por ejemplo, al eliminar la calificación del sujeto activo³³, al ampliar los sujetos pasivos de la conducta protegidos por el tipo penal³⁴ y al ampliar tanto el sujeto activo como el pasivo de la conducta³⁵. Es decir, en todos estos casos ha ampliado el alcance de las normas penales, porque a su juicio, los tipos penales merecen una aclaración en el sentido de precisar que los elementos constitutivos del mismo aplican para escenarios más amplios.

En esta oportunidad, al no estar hablando de la declaratoria de una omisión legislativa ni de la introducción de nuevos elementos en las normas demandadas, el condicionamiento que solicitamos a la Corte es armónico con sus competencias y no usurpa el ámbito del legislador ni contraviene el principio de legalidad. Extender el alcance del tipo penal y de las causales de mayor punibilidad a la discriminación por identidad de género permite realizar los fines de las normas acusadas y es una interpretación conforme a la Constitución, tanto en el ámbito de protección como en el de límites al ejercicio del poder punitivo del Estado. Lo anterior bajo el presupuesto de que el modelo de discriminación atacado cubre los patrones de discriminación contra las personas con motivo de su identidad de género.

3.1 4.2 Determinación de los efectos jurídicos del condicionamiento

En la decisión C-671 de 2014 la Corte precisó que, por regla general, el estudio de constitucionalidad de los tipos penales es de exequibilidad o inexecuibilidad simple. Sin embargo, esto no quiere decir que exista una prohibición para que la Corte falle en sentido condicionado, de hecho hay varios ejemplos donde lo ha hecho y no solo para restringir el poder punitivo del Estado, sino para ampliarlo, bien sea extendiendo el alcance de la interpretación y aplicación del tipo o introduciendo elementos.

³³ Corte Constitucional, sentencia C-317/2002 sobre la eliminación de la calificación como “*perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley*” del inciso primero del artículo 165 del Código Penal

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-177 /2003 sobre la eliminación de la condición “que actúe dentro del marco de la Ley” para la protección contra el delito de genocidio.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-798/2008 que extiende la protección a las parejas del mismo sexo dentro del delito de inasistencia alimentaria y en el mismo sentido, en la sentencia C-029/2009 extiende el alcance de varios tipos penales a compañeros permanentes del mismo sexo, específicamente para los delitos de malversación y dilapidación de bienes familiares, violencia intrafamiliar y amenazas a testigo y para las causales de mayor punibilidad relacionadas con la expresión “grupo familiar” del artículo 179 numeral 1 de la ley 599 de 2000. Lo mismo en la sentencia C-100/ 2011 donde extienden la causal de mayor punibilidad del delito de desaparición forzada a los compañeros permanentes del mismo sexo.

En efecto, en varias oportunidades la Corte ha establecido condicionamientos a la constitucionalidad de normas penales. Por ejemplo, en la sentencia C-878 de 2000 estableció un condicionamiento en el sentido de señalar que los crímenes cometidos por militares que no pueden ser juzgados en la justicia penal militar no son sólo los de tortura, desaparición forzada y genocidio, sino todas aquellas conductas contrarias a la función constitucional de las fuerzas armadas y aquellas que rompan el nexo funcional con el agente; aquí introdujo la interpretación de ampliar el catálogo de conductas que no caben en la justicia penal militar y que deben ser de conocimiento de la justicia ordinaria. En el mismo sentido, en otras decisiones ha extendido el alcance de los tipos penales, por ejemplo, al eliminar la calificación del sujeto activo³⁶, al ampliar los sujetos pasivos de la conducta protegidos por el tipo penal³⁷ y al ampliar tanto el sujeto activo como el pasivo de la conducta³⁸. Es decir, en todos estos casos ha ampliado el alcance de las normas penales, porque a su juicio, los tipos penales merecen una aclaración en el sentido de precisar que los elementos constitutivos del mismo aplican para escenarios más amplios.

En esta oportunidad, al no estar hablando de la declaratoria de una omisión legislativa ni de la introducción de nuevos elementos en las normas demandadas, el condicionamiento que solicitamos a la Corte es armónico con sus competencias y no usurpa el ámbito del legislador ni contraviene el principio de legalidad, máxime que el mismo legislador ha incurrido en desarrollos recientes hacia esa misma dirección. Extender el alcance del tipo penal y de la causal de mayor punibilidad a la discriminación por identidad de género permite realizar los fines de las normas acusadas y es una interpretación conforme a la Constitución, tanto en el ámbito de protección como en el de límites al ejercicio del poder punitivo del Estado. Lo anterior bajo el presupuesto de que el modelo atacado cobija los patrones de discriminación contra las personas con motivo de su identidad de género.

En primera medida, el condicionamiento solicitado no incluye nuevos elementos en las normas demandadas. En ambos tipos penales y en la causal de mayor punibilidad, el **bien jurídico** (constitucional) protegido es la igualdad. **Los elementos objetivos** del tipo se refieren a una conducta exteriorizada descrita por un verbo rector que puede ser de acción u omisión. Para el caso del tipo penal de *actos de racismo o discriminación* (art. 134a del Código Penal) las conductas se refieren a impedir, obstruir o restringir de forma arbitraria (**elemento normativo del tipo**) el pleno ejercicio de derechos de las personas con motivo de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual; el sujeto activo es común (no está calificado), el sujeto pasivo debe ostentar alguna característica que dé lugar al modelo de discriminación proscrito por las normas penales y debe concurrir el elemento normativo de “arbitrariedad” en la realización de la conducta. Por su parte, **el elemento subjetivo del**

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-317/2002 sobre la eliminación de la calificación como “*perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley*” del inciso primero del artículo 165 del Código Penal

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-177 /2003 sobre la eliminación de la condición “que actúe dentro del marco de la Ley” para la protección contra el delito de genocidio.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-798/2008 que extiende la protección a las parejas del mismo sexo dentro del delito de inasistencia alimentaria y en el mismo sentido, en la sentencia C-029/2009 extiende el alcance de varios tipos penales a compañeros permanentes del mismo sexo, específicamente para los delitos de malversación y dilapidación de bienes familiares, violencia intrafamiliar y amenazas a testigo y para las causales de mayor punibilidad relacionadas con la expresión “grupo familiar” del artículo 179 numeral 1 de la ley 599 de 2000. Lo mismo en la sentencia C-100/ 2011 donde extienden la causal de mayor punibilidad del delito de desaparición forzada a los compañeros permanentes del mismo sexo.

tipo se refiere a la intencionalidad de cometer la conducta, esto es, al dolo que para el tipo penal mencionado se refiere a la intención clara de discriminar a una persona (bajo la modalidad de impedir, obstruir o restringir el ejercicio pleno de derechos).

En relación con el tipo penal de *hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural* (art. 134b del Código Penal), **los elementos objetivos del tipo** son, en relación con la conducta, promover o instigar actos o comportamientos constitutivos de hostigamiento; debe concurrir el elemento subjetivo del tipo de causar daño físico o moral; con respecto al sujeto activo es común (no está calificado) y el sujeto pasivo puede ser individual o colectivo (grupo de personas, comunidad o pueblo) que ostenten una característica susceptible de ser el fundamento del modelo de discriminación sancionado por la norma. Adicional al elemento subjetivo del tipo ya aludido, la conducta debe ser dolosa.

Por su parte, la circunstancia de mayor punibilidad exige que la conducta punible esté basada en motivos de discriminación por razón de la raza, etnia, ideología, religión, creencias, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía de la víctima.

Ahora bien, el condicionamiento solicitado no incluye elementos nuevos en los tipos penales ni en la circunstancia de mayor punibilidad, pues no varía el bien jurídico protegido y tampoco sus elementos. La interpretación de los tipos penales y la circunstancia de mayor punibilidad en el sentido de incluir la identidad de género no amplía de manera irrazonable la potestad punitiva del Estado, sino que busca hacer expresa una categoría que está incluida en conceptos ya existentes en estas normas como lo son el sexo y la orientación sexual.

En consecuencia, la inclusión de la identidad de género como una categoría protegida contra la discriminación, ofrece una interpretación razonable y acorde con la realidad de violencia y discriminación que se puede sufrir con motivo de la identidad de género. Como hemos reiterado en esta sección le estamos solicitando a la Corte que aclare la indeterminación lingüística, producto de la confusión imperante por mucho tiempo en el lenguaje institucional frente a conceptos como sexo, orientación sexual e identidad de género.

Esta interpretación conforme a la Constitución no afecta ni desconoce el principio democrático, que se materializa en el respeto por la libertad de configuración del legislador, ni el principio de legalidad. Por el contrario, al igual que en otras decisiones de la Corte Constitucional que ya fueron reseñadas, precisar el alcance de la norma penal favorece la realización de principios constitucionales como la igualdad y la dignidad personal.

Finalmente, solicitaremos a la Corte Constitucional que realice una integración normativa de las expresiones contenidas en las normas demandadas. Con el fin de completar los elementos ausentes en los cargos presentados en las demandas de inconstitucionalidad o para darle una mejor interpretación y alcance constitucional a las decisiones sobre la constitucionalidad de disposiciones y así garantizar la participación ciudadana y el acceso efectivo a las acciones judiciales ante la Corte, este tribunal ha usado la *integración normativa*. Esta herramienta le permite a la Corte integrar dentro del objeto de su

pronunciamiento de constitucionalidad normas o expresiones no demandadas por los accionantes; de lo contrario el análisis de constitucionalidad y/o su resultado carecerían de articulación, coherencia y sistematicidad con el resto del ordenamiento jurídico. Asimismo, mediante la integración normativa se protege la seguridad jurídica; la efectividad del control abstracto de constitucionalidad y la garantía de la supremacía de la Constitución³⁹. Con el fin de racionalizar el uso de la integración normativa, la Corte ha fijado escenarios en los cuales procede. A saber, ha señalado que puede utilizarse la integración en tres escenarios:

- (i) "Cuando el artículo que se impugna carece "(...) de un contenido deóntico claro unívoco o de un ámbito regulador propio, aislado del contexto en el cual están insertadas, y se requiere precisar su alcance incluyendo en el juicio de constitucionalidad otros enunciados normativos"
- (ii) Cuando la disposición demandada o la norma que de ella se desprende, está mencionada o referida en otros artículos del ordenamiento jurídico de manera que para asegurar la efectividad de la decisión que se tome, es necesario también examinarlos (...) las normas tienen "un sentido regulador propio y autónomo (...) pero el estudio de constitucionalidad de la disposición acusada impone el examen (...) de algunos elementos normativos a los cuales hace referencia, que están contenidos en otras disposiciones no demandadas".
- (iii) Cuando la norma que se juzga tiene una relación íntima o intrínseca con otra que, prima facie, plantea serias dudas de constitucionalidad"⁴⁰.

Considerando este precedente, le solicitamos a la Corte que realice la integración normativa de las expresiones "sexo" y "orientación sexual", por cuanto consideramos que tienen relación directa con las formas de discriminación por razón de identidad de género. Lo anterior aplicaría respecto a los delitos de discriminación y hostigamiento acaecidos antes de la entrada en vigencia de la ley 1752 de 2015 y frente a la causal de mayor punibilidad. Por tanto, la constitucionalidad condicionada que se solicita surge de un análisis integral de estas expresiones contenidas en los tipos penales demandados y la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 3 del artículo 58 del Código Penal.

Conclusiones

A diferencia de lo señalado por el demandante, en nuestro concepto no estamos ante una omisión legislativa relativa sino ante la necesidad de que la Corte precise de forma explícita el alcance de las normas demandadas en el sentido de aclarar que las categorías ya existentes cobijan la identidad de género. Las premisas de las que partimos se relacionan con i) el tratamiento indistinto que históricamente se le ha dado a la orientación sexual y a la identidad de género en diferentes ámbitos, lo que no ha sido un obstáculo para garantizar la protección de las formas no normativas de la sexualidad; ii) con la constatación de que la discriminación por orientación sexual e identidad de género tienen un mismo origen en la reafirmación de la heterosexualidad y el rechazo mediante la violencia a los comportamientos que se apartan de dichos cánones; y iii) los desarrollos legales y

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-516/ 2015.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-500/2014.

jurisprudenciales que no sólo han zanjado mediante su redacción la inclusión de la categoría identidad de género, sino que igualmente obligan a estudiar las formas de discriminación más allá del odio o la animadversión.

Estas premisas llevan a concluir que la Corte Constitucional está facultada en el ejercicio de sus competencias, a proferir una decisión de exequibilidad condicionada. Como evidenciamos, al emitir un juicio en el sentido que señalamos, la Corte no vulneraría el principio democrático ni el principio de legalidad, sino que, contrario a esto, garantizaría un modelo de protección penal coherente con los bienes jurídicos constitucionales que busca proteger.

En virtud de todo lo expuesto, le solicitamos respetuosamente a la Corte que emita un fallo de EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de las expresiones “sexo” y “orientación sexual” _en el sentido de hacer expresa la identidad de género como una categoría dentro de los tipos penales acaecidos antes de la introducción de la expresión “y demás razones de discriminación” en la ley 1752 de 2015, así como para la circunstancia de mayor punibilidad acusadas por las razones que se han expuesto en esta intervención.

Cordialmente,

César Rodríguez Garavito
Director Dejusticia

Marcela Sánchez Buitrago
Directora Colombia Diversa

Mauricio Albarracín Caballero
Investigador Dejusticia

Eliana Robles
Abogada Colombia Diversa

Paola Fernanda Molano Ayala
Investigadora Dejusticia

Samuel Augusto Escobar Beltrán
Abogado Colombia Diversa

Nina Chaparro González
Investigadora Dejusticia

Gustavo Adolfo Pérez
Antropólogo Colombia Diversa

Carlos Escoffíé Duarte
Pasante Dejusticia

