



Investigación de violencias contra mujeres lesbianas, bisexuales y trans

**Guía básica para la aplicación del enfoque
diferencial**

Caribe Afirmativo

Investigación de violencias contra mujeres lesbianas, bisexuales y trans. Guía básica para la aplicación del enfoque.

Corporación Caribe Afirmativo

Equipo de Investigación y trabajo de campo

Enith Carolina Bula Beleño

Cindy Paola Hawkins Rada

Alexánder Pérez Álvarez

Editor

Alfredo Andrés Bula Beleño

Diseño y diagramación

Oscar Javier Santana Pérez

Portada

Edgar Plata

Director

Wilson de Jesús Castañeda Castro

Fundación Triángulo de España

Técnica en Proyectos Fundación Triángulo

Silvia Tostado Calvo

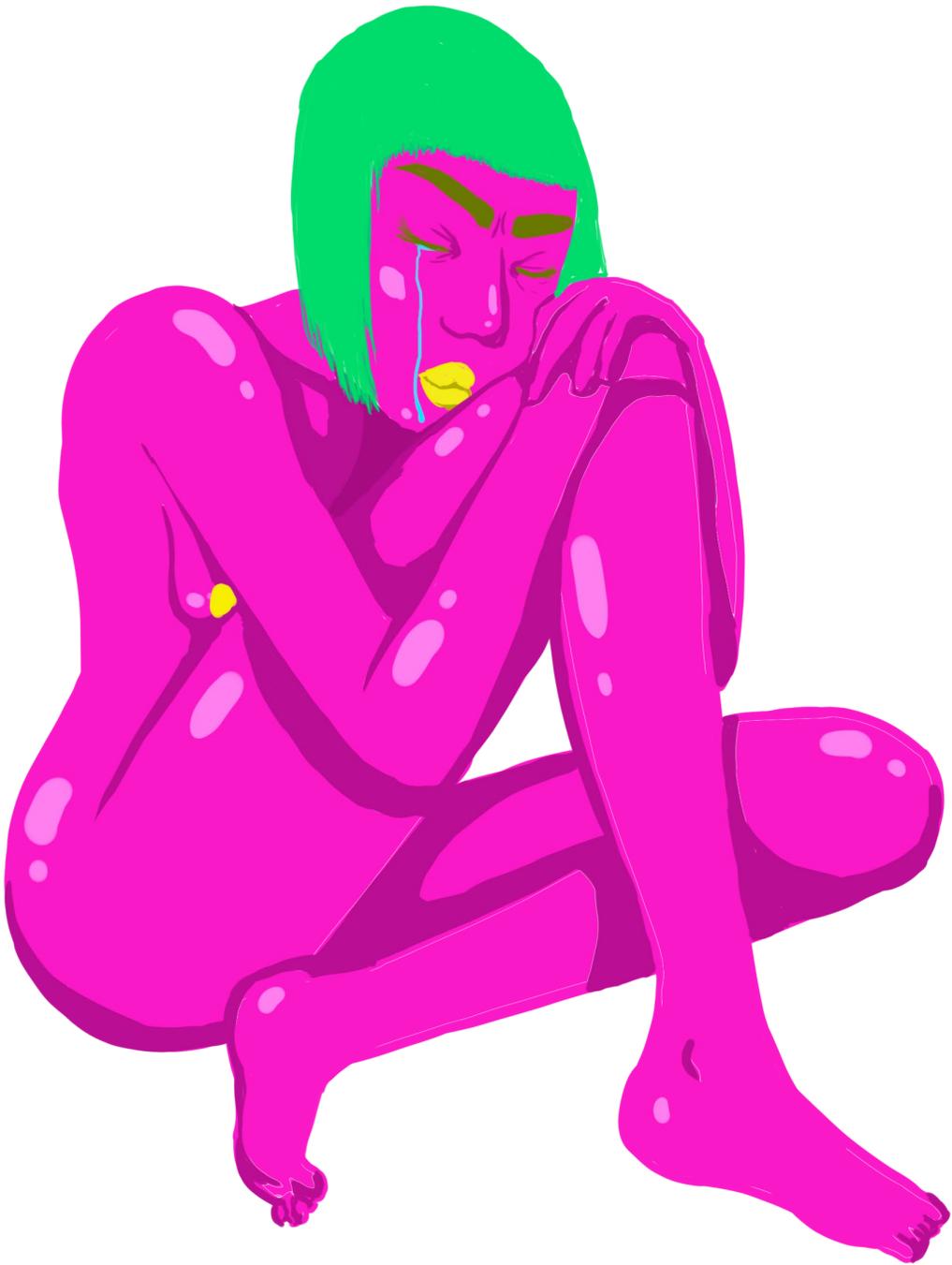
Presidente estatal Fundación Triángulo

José María Núñez Blanco

Esta publicación fue posible gracias al apoyo de la Agencia Extremeña de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AEXCID). Los contenidos de este documento son responsabilidad exclusiva de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista del gobierno de Extremadura.

CONTENIDO

Introducción	5
1.Diversidad sexual y de género	6
2.Violencia por prejuicio	11
3.¿Cómo investigar las violencias a mujeres lesbianas, bisexuales y trans con enfoque diferencial?	21
3.1.Los enfoques diferenciales	21
3.2.¿Cómo aplicar el enfoque de género en la investigación penal de violencias a mujeres lesbianas, bisexuales y trans?	23
3.2.1.La atención a la víctima	23
3.2.2.La metodología de la investigación	24
3.2.3.La adecuación típica	28
3.2.3.1.Circunstancia de mayor punibilidad para delitos inspirados en móviles de intolerancia o discriminación: art. 58.3 del código penal colombiano	28
3.2.3.2.Casos en que se da muerte a mujeres en razón de su identidad de género: aplicación del tipo penal de feminicidio	30
3.2.3.3.Casos en que se da muerte a mujeres en razón de su orientación sexual: aplicación del tipo penal de feminicidio agravado	32
3.2.3.4.Tipos penales de actos de discriminación y hostigamiento	33
3.2.3.5.Exclusión de la aplicación de las circunstancias de menor punibilidad de ira e intenso dolor	34
3.2.4.Resumen del marco jurídico aplicable a las violencias por prejuicio a mujeres lesbianas, bisexuales y trans	35
Referentes bibliográficos	37



INTRODUCCIÓN

Este documento es elaborado en el marco del proyecto *Favorecida la aplicación de un enfoque diferencial para la investigación de los crímenes de odio contra mujeres lesbianas y personas trans en el Caribe colombiano*, desarrollado por Caribe Afirmativo, con el apoyo de la Fundación Triángulo y la Agencia Extremeña de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AEXCID). El objetivo principal de esta iniciativa es mejorar la respuesta estatal a las violencias por prejuicio que sufren las mujeres lesbianas, bisexuales y trans en el Caribe colombiano.

Para ello, se desarrolló una investigación sobre las violencias a mujeres lesbianas, bisexuales y trans en el Caribe colombiano y la forma en que estas han sido investigadas, abordadas y tratadas por fiscales y policías judiciales. Como producto de este proceso de investigación, se produjo el informe *Enterezas: mejorando la respuesta a casos de violencia contra mujeres lesbianas, bisexuales y trans*, que analiza la aplicación del enfoque diferencial en la investigación y judicialización de casos de violencia por prejuicio a mujeres lesbianas, bisexuales y trans en el Caribe colombiano (Caribe Afirmativo, 2018). Este documento contiene algunos aspectos centrales de dicho informe, que permiten ofrecer una guía básica dirigida particularmente a funcionarios y funcionarias para la aplicación del enfoque diferencial en las investigaciones de violencias contra mujeres con orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género diversa.

La guía se estructura en 3 partes. En la primera, se presentan las nociones básicas relacionadas con la diversidad sexual y de género. En ese sentido, es clave identificar claramente conceptos como orientación sexual, identidad de género, sexo, género, expresión de género, entre otros. Su adecuada comprensión es indispensable tanto para entender las dinámicas de las violencias contra mujeres lesbianas, bisexuales y trans, como para aplicar el enfoque diferencial en la investigación de las mismas.

En la segunda parte, se explica cómo entender la violencia por prejuicio. En este apartado se presenta un desarrollo conceptual del concepto de violencia por prejuicio, y se exponen las razones por las cuales se ha preferido su uso en lugar del concepto de crimen de odio. Asimismo, se hace referencia a algunos tipos de prejuicio -jerarquizante y excluyente- cuya comprensión es importante para poder analizar las violencias que afectan a mujeres lesbianas, bisexuales y trans.

Por último, se aborda la aplicación del enfoque diferencial a las violencias por prejuicio contra mujeres lesbianas, bisexuales y trans. Esta última parte ofrece orientaciones básicas para la investigación de estas formas de violencia, centrándose en tres aspectos: la atención, la metodología de la investigación y la adecuación típica.

1. DIVERSIDAD SEXUAL Y DE GÉNERO

En las sociedades occidentales las lógicas binarias han permeado la mirada del mundo y la cosmovisión de la vida y la sociedad. Estas lógicas operan de manera opuesta, naturalizante y a-histórica. La división cuerpo-mente, civilizado-salvaje, centro-periferia, caos-orden, entre otras, son figuras que, a manera de verdades, se han mantenido y defendido en términos epistemológicos y ontológicos. En las discusiones de la sexualidad y el género, esta lógica binaria también ha jugado un papel fundamental, constituyendo una verdad inamovible, un orden lineal, “natural” y “ordenado” que es reconocido como heterosexualidad, donde la “normalidad” es el encuentro entre hombre-masculino y mujer-femenina con el fin de la reproducción y mantenimiento de la familia como una estructura nuclear.

En este sentido, Judith Butler (2007) plantea que el *género* siempre ha sido responsable de la sexualización de los cuerpos,

el género no es a la cultura lo que el sexo es a la naturaleza; el género también es el medio discursivo/cultural a través del cual la «naturaleza sexuada» o «un sexo natural» se forma y establece como «prediscursivo», anterior a la cultura, una superficie políticamente neutral sobre la cual actúa la cultura. (Butler, 2007, p. 56)

Con base en estos presupuestos, se podría anotar que el sexo siempre ha sido género, pero se ha presentado como un asunto biológico, natural, puro e inamovible que no tiene relación con la cultura que le antecede, un orden supremo invariable. Frente a este determinismo, Foucault (1976) plantea que “el sexo, como un asunto fijado por la cultura, es un dispositivo de la sexualidad, un punto imaginario por el que cada persona debe pasar para poder acceder a su propia inteligibilidad, a la totalidad de su cuerpo” (p. 189). Así, es a partir del sexo que en las sociedades occidentales se hace la diferenciación jurídico-‘biológica’ del cuerpo y además desde

una producción discursiva que pretende regular las conductas del sujeto (basada en normas, en los principios de lo prohibido, el rechazo, lo verdadero y lo falso sobre el cuerpo), es un procedimiento de exclusión que es controlado, seleccionado y redistribuido por un cierto número en la sociedad para mantener el orden social. (Monsalve, 2013, p. 22)

Así, para acceder a los deseos y a la autonomía de su cuerpo, el sujeto debe negociar, resistir y desobedecer este conjunto de normas sociopolíticas, y esto influye considerablemente en la configuración de la identidad sexual y de género.

A su vez, Plummer (1991), plantea que la sexualidad ha sido objeto de interés en todas las sociedades y cada una ha construido significados culturales con la finalidad de interpretarla y regularla. Por ello, podríamos decir que la sexualidad trasciende a los acontecimientos biológicos y que



(...) [l]os hechos aparentemente naturales del sexo tienen lugar discursivamente mediante diferentes discursos científicos supeditados a otros intereses políticos y sociales. Esta construcción denominada «sexo» esté tan culturalmente construida como el género; de hecho, quizá siempre fue género, con el resultado de que la distinción entre sexo y género no existe como tal. (Butler, 2007, p. 55)

Por lo tanto, según Gayle Rubin (2004), “[e]l ámbito de la sexualidad tiene sus propias políticas, injusticias y modos de opresión internos” (p. 11). En ese sentido, “[c]omo ocurre con otros aspectos del comportamiento humano, las formas institucionales concretas de la sexualidad, en cualquier tiempo y lugar, son producto de la actividad humana. Están llenas de conflictos, intereses y maniobras políticas. En este sentido el sexo es político” (Spargo, 2004, p. 11) y el género una manera de clasificación y división de poder, cargada de complejidad, sujeta a intereses y que trasciende momentos históricos. Desde Butler el género se entiende como:

(...) una complejidad cuya totalidad se posterga de manera permanente, nunca aparece completa en una determinada coyuntura en el tiempo. Así, una coalición abierta creará identidades que alternadamente se instauren y se abandonen en función de los objetivos del momento; se tratará de un conjunto abierto que permita múltiples coincidencias y discrepancias sin obediencia a un telos normativo de definición cerrada. (Spargo, 2004, p. 11)

En este sentido, se puede considerar el género como dinámico, variable, inacabado teórica y políticamente, e interrelacionado con otros discursos a partir de los cuales las corporalidades se diferencian, se controlan y transforman según la temporalidad. Esto le permite recrear de manera alterna sus formas, roles, manifestaciones y representaciones sociopolíticas, acordes y discontinuas a patrones o modelos preestablecidos.

Es importante reiterar que la idea que muchos tienen de que la condición biológica determina la sexualidad, ha cambiado debido a nuevos conocimientos científicos y teóricos. La sexualidad, como se ha venido insistiendo, hoy va más allá de lo biológico, y es entendida por la Organización Mundial de la Salud (2006) en un sentido amplio, como un conjunto de creencias, palabras y significados que se construye alrededor de los cuerpos y del sexo. Es clave señalar que la sexualidad no es el sexo biológico, sino las ideas que cada persona elabora sobre sí misma y sobre quienes la rodean, relacionadas con el deseo, la eroticidad, el placer, entre otros.

En este sentido, la sexualidad se constituye más allá del “sexo biológico” en los gustos y maneras particulares de construir la identidad y expresión de género. Esto significa que la sexualidad no es natural y como tal es resultado de procesos históricos sociales y políticos que la definen, limitan y/o controlan.

Ahora bien, aquellas subjetividades que no siguen normas preestablecidas

en “un orden natural” van a ser consideradas transgresoras, periféricas, anormales o abyectas. Sin embargo, gracias a las conquistas de los movimientos sociales y a ciertos debates teóricos, hoy es posible poner en tensión y cuestionar estas lógicas binarias y comprender la(s) sexualidad(es) en una perspectiva plural y compleja. Es así como se apela a la categoría de diversidad sexual e identidades de género para hacer referencia a modos de comprender las diversas formas de expresar la afectividad, el erotismo, el deseo y las prácticas amorosas, así como asumir identidades y preferencias que no están limitadas a lo que comúnmente se conoce bajo la *norma heterosexual*.

Así, la categoría de *diversidad sexual e identidades de género* es una carta de navegación para descubrir y reconocer un universo de múltiples posibilidades de asumir y vivir la sexualidad, desde una perspectiva ampliada de la sexualidad y del género, por lo que se constituye de unos campos de conocimiento que permiten ampliar el horizonte y las miradas sobre los sujetos y sus subjetividades (Caribe Afirmativo, 2017). Esta categoría cuestiona la idea determinista de que existe solo una manera de vivir el género y la sexualidad y hace visibles diversas formas de expresarla, destacando que ninguna de ellas debe ser objeto o motivo de discriminación, mientras se dé en el marco del respeto a la integridad y derechos de las personas (Pérez, 2017). Desde esta mirada, el cuerpo no puede ser definido a priori, no es unívoco ni dentro de su propio contexto, no se limita ni define exclusivamente bajo patrones hegemónicos, porque cada sujeto es capaz de resignificar su corporalidad más allá de ese supuesto ‘cuerpo social, bueno y aceptable’ para construir otras formas alternas que representen sus emociones y pensamientos individuales (Guzmán, 2017).

Ahora bien, es importante tener clara la diferencia entre orientación sexual, identidad de género, sexo, expresión de género y prácticas sexuales. Es necesario entender que, más que categorías de diferenciación, estas son dimensiones que constituyen una perspectiva compleja de la sexualidad.

Cuadro 1. Dimensiones de la sexualidad

Concepto	Definición
Orientación sexual	Según los Principios de Yogyakarta, se entiende como la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un sexo o género diferente al suyo (personas heterosexuales), o de un mismo sexo o género (personas homosexuales), o de más de un sexo o género (personas bisexuales), así como a la capacidad de tener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Al hacer referencia a personas homosexuales, se habla de hombres gays y mujeres lesbianas.

Concepto	Definición
Identities de género	Es la vivencia interna o individual del género tal como cada persona la siente profundamente, y que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. La identidad de género también incluye la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. A su vez, puede comprenderse como las maneras de auto-determinarse y presentarse frente a los demás.
	Las personas trans son aquellas cuya vivencia personal del género no es la que la sociedad considera propia o "natural" al sexo asignado al momento de nacer. En otras palabras, son personas que al momento de nacer se les asignó al sexo femenino, pero se identifican a sí mismos como hombres (hombres trans), o personas que al nacer fueron asignadas con sexo masculino y se identifican así mismas como mujeres (mujeres trans).
Sexo	No es un asunto biológico que determina a las personas en una lógica binaria como machos o hembras, como hombres o mujeres, como tradicionalmente se enseña. Desde un ejercicio de de-construcción en la sociedad occidental, si bien se ha entendido que el género es una construcción cultural mientras que el sexo es lo biológico dado "de forma natural", lo cierto es que tanto uno como el otro forman parte de construcciones discursivas y performativas que los caracterizan y significan en el mundo.
Expresión de género	Es la manifestación externa de distintas características culturalmente consideradas como masculinas o femeninas, es decir, no sólo se refiere al cómo se siente la persona frente al género, sino a la manera en que expresa ese sentir a través de unos roles referidos a lo masculino y femenino, y que trascienden lógicas binarias de masculino=hombre, femenino=mujer. En ese sentido, es un error establecer relaciones binarias y deterministas entre orientación sexual y expresión de género, puesto que ello se expresa en una trama de posibilidades y roles, donde no necesariamente "el parecer indica el ser".
Prácticas sexuales	Están en relación con experiencias y gustos individuales. Se refieren a elecciones específicas que cada persona toma en el ejercicio de su sexualidad y que no necesariamente se circunscriben en categorías identitarias predeterminadas. Por ejemplo, la práctica identificada como hombres que tienen sexo con hombres -HSH- y se siguen autoafirmando como heterosexuales.

Elaboración propia a partir de debates internos del equipo de Caribe Afirmativo (2016-2018) y Consejo de Nacional para Prevenir la Discriminación (2012).

Partiendo de las nociones de las dimensiones previamente señaladas, el cuadro a continuación presenta categorías de clasificación para cada una de ellas.



Cuadro 2. Definiciones de las orientaciones sexuales e identidades de género

Dimensiones	Categorías de clasificación
Expresión de género	Femenino(a) Masculino(a) Otro
Identidad de género	Hombre Mujer Trans
Orientación sexual	Lesbiana/gay (homosexual) Bisexual Heterosexual
Sexo asignado al nacer	Hombre- masculino Mujer- femenina

Elaboración propia a partir de debates internos del equipo de Caribe Afirmativo (2016-2018).

De otra parte, cuando se habla de personas LGBT se hace referencia a una sigla que, en principio, obedece a un proceso de conquistas y reivindicaciones históricas, y se emplea desde mediados de los años noventa del siglo XX para referirse a todas aquellas personas que tienen una orientación sexual o construyen una identidad y expresión de género por fuera de la norma heterosexual y de los parámetros binarios del género masculino-femenino.

La alusión a un colectivo o grupo social determinado, referenciado a partir de la sigla LGBT o sus posibles combinaciones, no puede concebirse bajo una lógica o connotación unitaria y/o monolítica, como si se tratara de un grupo social que se congela y/o se articula a partir de una noción de identidad común. Esta es una sigla utilizada para unir identidades sexuales diversas y está intencionada como una categoría política para la exigibilidad de derechos, pero en el plano ontológico y epistemológico son enormes las distancias, asimetrías y desigualdades que pueden llegar a existir entre una identidad y otra, así se enuncien en una sigla común (Caribe Afirmativo, 2013).

Asimismo, es una sigla que debe ponerse en debate y en relación con los contextos territoriales para analizar, desde los mismos sujetos, cómo se auto-reconocen y viven su sexualidad, incluso en categorías por fuera de esta denominación. Ello implica reconocer la diversidad sexual y de género como un campo amplio y no volver lo LGBT como un modelo a priori que, en aras de lo políticamente correcto, termina determinando, esencializando o estereotipando prácticas e identidades que no se podrían materializar en dichas nominaciones o identidades y requieren de otras comprensiones o de otros conceptos.

En este caso es clave hacer alusión a dos últimos conceptos:

- Identidades autoreconocidas: Cuando una persona se inscribe



en alguna de las categorías de la sigla LGBT, para identificarse a sí misma en relación con su corporalidad, prácticas o relaciones erótico-afectivas.

- **Identities percibidas:** Cuando una persona puede ser identificada como parte de la población LGBT por su corporalidad, sus prácticas o sus relaciones erótico-afectivas, sin que esto implique que la persona se nombre o auto reconozca de esa manera.

Habiendo abordado la categoría de diversidad sexual e identidades de género y definido, en el marco de la misma, los conceptos claves previamente referenciados -sexo, género, sexualidad, orientación sexual, identidades de género, expresión de género, etc.-, a continuación, se aborda la noción de violencia por prejuicio.

2. VIOLENCIA POR PREJUICIO

Para analizar la violencia por prejuicio a mujeres lesbianas, bisexuales y trans en Colombia, en primer lugar, es importante delimitar cómo se puede entender la violencia por prejuicio. Para ello, se procura partir de la diferenciación de los conceptos de crímenes de odio y violencia por prejuicio. A partir de dicha discusión, se estructuran los elementos o características de análisis de los delitos por prejuicio, tal como se entienden en este documento.

De acuerdo con el Uniform Crime Reporting Program (UCR) del año 2015, el crimen por prejuicio es aquel “delito motivado, total o parcialmente, por el prejuicio del autor contra una raza, religión, discapacidad, orientación sexual, etnicidad, género, o identidad de género; que también se conoce como crimen de odio” (p. 15). A su vez, el UCR define el crimen de odio como crimen por prejuicio.

Los términos *crímenes de odio* y *crímenes o violencias por prejuicios* han sido fácilmente intercambiables en el marco de los discursos de exigibilidad de derechos, sin embargo, el debate sobre las diferencias entre ambos conceptos y la preferencia por un uso u otro no es pacífico. Por ello, es importante establecer algunas consideraciones relacionadas con la noción que se utilizará como marco de referencia en este documento.

Según Shively (2005), los términos *crimen de odio* y *crimen por prejuicio* son frecuentemente intercambiados puesto que no existe un consenso en torno a la diferencia entre ambas nociones. A su vez, asume la postura conforme a la cual los términos son “esencialmente intercambiables” por considerar que así han sido ampliamente utilizados en la investigación sobre el tema.

Si bien es cierto que se ha generado un uso no diferenciado de los términos, no puede desconocerse que la utilización de uno u otro puede

tener efectos prácticos diferentes en la comprensión y el análisis de las violencias. En ese sentido, es pertinente la revisión de las posturas en torno a este debate y la adopción de una posición fundamentada respecto al mismo, que además se adecúe al análisis de las violencias a mujeres lesbianas, bisexuales y trans en el contexto jurídico y social colombiano.

De acuerdo con María Mercedes Gómez (2008), la noción de prejuicio es una categoría general que comprende tanto la predisposición (*bias*) como el odio o (*hate*). Específicamente, ella explica que establece una distinción entre el prejuicio y el odio en los siguientes términos:

El prejuicio se puede entender como una falsa generalización de ciertas características en los individuos que se consideran estáticas e inamovibles. En ese sentido, un prejuicio es la creación de un estereotipo. Pero por prejuicio es posible entender también la racionalización de una percepción generalmente negativa hacia aquellas personas o situaciones que resultan ajenas o diferentes a las nuestras. El odio, por su parte, es un sentimiento de animosidad y disgusto que puede orientarse hacia lo que aparece o necesita “marcarse” como no-yo, como diferente. En este contexto, el odio es una forma del prejuicio. Sin embargo, el odio no agota las formas en las que el prejuicio se manifiesta. (p.99)

Por su parte, Díaz (2012) señala que el prejuicio es una actitud negativa que orienta a la persona hacia un objetivo de manera negativa; y que el odio es originado en el mismo prejuicio. En sus propias palabras,

hay una forma de trato negativo (la comisión de un delito) motivada por el prejuicio (la actitud, también negativa), que se exterioriza *ad extra* al materializarse el deseo de un mal (el odio del autor hacia una característica de su víctima, respecto de la cual se tiene el prejuicio) (...) la existencia de un prejuicio conlleva normalmente la voluntad del autor de conferir un peor trato por razón de la característica (la raza, la orientación sexual, etc.) que está prejuzgando. Si el autor de un crimen de odio actúa necesariamente guiado por su prejuicio, más que por una emoción irrefrenable, significa que ha evaluado la situación. Que su motivación era conferir un trato *peor*, no sólo por el daño que supone la comisión del delito, sino porque ese daño se justificaría internamente en su creencia de que, por revestir determinada condición, su víctima merecía el trato inferior que supone el delito. (Díaz, 2012, p. 87-88).

A partir de los planteamientos anteriores, se entiende que un prejuicio es una falsa creencia o proceso de racionalización en que se piensa y se percibe que las personas con una característica determinada, que se considera diferente a las propias, necesariamente tienen otras características, generalmente negativas. Estos procesos de racionalización ofrecen una justificación para los comportamientos negativos hacia las personas percibidas negativamente, y pueden asumir distintas formas, al tiempo que pueden generar odio. Este último se puede entender como un sentimiento de animosidad, de deseo del mal, dirigido hacia la persona que necesita marcarse como diferente.

Concretamente, “el prejuicio es una forma de percibir y valorar las características y diferencias sociales, pero el odio tiende a “marcarlas” con hostilidad y violencia” (Gómez, 2008, p. 99).

En ese orden de ideas, se debe identificar si existen violencias basadas en prejuicios que no necesariamente estén fundamentadas en el odio, y si estas últimas siempre están basadas en prejuicios.

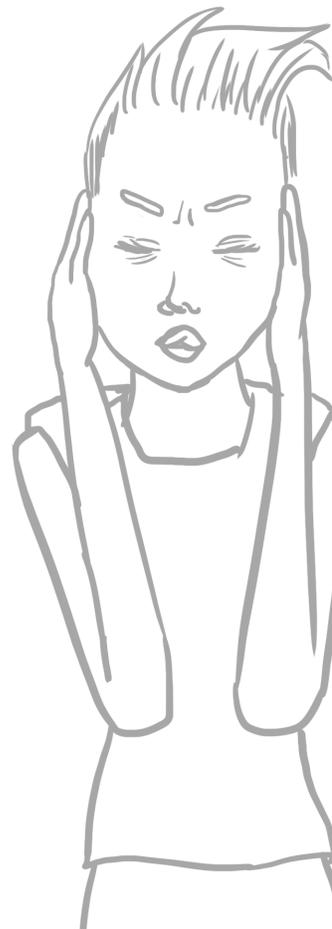
Para Díaz (2012, p. 95 y ss.) “*hate crime* es sinónimo de *bias crime* sólo si se entiende implícita en el ‘odio’ la idea del prejuicio del autor hacia el estereotipo”. El odio por sí solo no es suficiente, debe entenderse que la emoción de odio no existe sino existe el prejuicio hacia el estereotipo; se trata entonces de un “odio prejuicioso”. En pocas palabras, “todo crimen de odio requería la presencia de ese prejuicio hacia una característica estereotipada de la víctima” (Díaz López, p. 104). Específicamente, el odio que subyace a los crímenes de odio se debe diferenciar de otras manifestaciones de odio, debe ser un “odio prejuicioso”; de lo contrario no podría hablarse de un crimen por motivos discriminatorios; pero los crímenes cometidos por prejuicio, sin ningún componente emocional de deseo de un mal, tampoco podrían ser crímenes por prejuicio. A partir de estos argumentos, Díaz (2012) concluye que

el concepto de *bias crime* no puede reducirse al de ser “aquellos delitos en los que el autor tiene algún prejuicio sobre una característica de un colectivo al cual pertenece su víctima”, es necesario que el prejuicio se encuentre directamente vinculado con la comisión del hecho delictivo. Aquí es una donde el odio cobra relevancia: quien únicamente tiene un prejuicio pero no odia (no le desea un mal) a su víctima, difícilmente cometerá un delito contra ella *motivado* por su prejuicio. En esta clase de delitos, además del prejuicio, debe asumir el autor un estereotipo deshumanizador hacia el colectivo al cual pertenece la víctima. Solo si existe ese prejuicio intenso, podrá generarse el componente emocional que le impulsará a cometer el delito por ese motivo. Un motivo discriminatorio hacia el colectivo al cual pertenece la víctima. Por todo ello, reconociendo que biológicamente puede que no sea ésta la emoción que experimenta quien actúa por motivos discriminatorios, considero acertado mantener la “etiqueta” de crímenes *de odio* para las conductas que venimos analizando. (p. 97)

Para María Mercedes Gómez (2008) la noción de *prejuicio* incluye tanto la predisposición (*bias*) como el odio o (*hate*), distinguiendo que

el primero (*bias*) alude a cualquier crimen en el que prima la predisposición en la selección de la víctima, al margen de la motivación del perpetrador; la noción de odio (*hate*), por su parte, implica animosidad u hostilidad por parte del perpetrador. El prejuicio como predisposición, en este sentido, se refiere al acto de elegir a la víctima y, como se verá, la elección puede estar acompañada de animosidad, pero no siempre lo está. (p. 99)

A su vez, la autora plantea la diferencia entre dos modelos de legislación: el de selección discriminatoria, en el que se evalúa si existió



predisposición en la elección de la víctima, más allá del motivo, y el de animosidad racial, en el que lo que se verifica es si hubo animosidad por parte del autor. Adicionalmente, establece la distinción entre crimen simbólico, que tiene como función expresar la hostilidad del autor hacia la "identidad" representada por la víctima, y los crímenes instrumentales, en los que el delito es contra una víctima que es elegida debido a su(s) característica(s) identitaria(s) a partir de un prejuicio, pero sin fines simbólicos.

Sobre los modelos señala que

Cuando el componente de selección opera solo, nos enfrentamos a una situación en la que los crímenes instrumentales pueden oscurecer la identificación y el diagnóstico de los crímenes simbólicos, es decir, pueden promover su invisibilización. Y viceversa: en sociedades con altos índices de tensión entre grupos, con tendencia a la estigmatización de las minorías y con exigencias constitucionales de protección legal a categorías universales como la raza, el género, la orientación sexual, en lugar de hacerlo con los grupos históricamente subordinados como las mujeres, las personas no heterosexuales o no blancas, el riesgo de clasificar un crimen de instrumental como un crimen de odio adquiere nuevas dimensiones: en el contexto de estigmatización de algunas minorías, la aplicación del criterio de selección independiente del componente de animosidad puede, por una parte, borrar la subordinación histórica y, por otra, ampliar la estigmatización y la sobreimposición de sanciones a grupos subordinados por razones que no tienen que ver con la hostilidad sino con la mera selección instrumental. (Gómez, 2008, p. 107)

Por otro lado, de acuerdo con la Organization for Security and Cooperation in Europe (2009), los crímenes de odio comprenden dos elementos: a) el delito, que puede ser cualquier conducta que constituya delito; y b) el motivo prejuicioso, que implica que se escoge intencionalmente el objeto del delito debido a una característica protegida. Asimismo, establece que el término crimen de odio puede llevar a malas interpretaciones del concepto, mientras que la palabra *bias* es preferible a la palabra *hate* porque tiene un significado más amplio que solo exige que el motivo sea un prejuicio en relación con un rasgo identitario. Sobre los modelos de legislación de estos crímenes plantea las diferencias entre el modelo de hostilidad y el de selección discriminatoria, advirtiendo que este último es más amplio puesto que no exige que se pruebe el odio.

Así las cosas, y atendiendo a los planteamientos señalados, se puede entender que la violencia por prejuicio se da cuando la persona actúa preseleccionando a su víctima en razón de ciertas características identitarias con fundamento en una falsa creencia o proceso de racionalización respecto a las personas que las ostentan, que además puede haberle generado odio o animosidad hacia las personas que comparten tales características, produciendo el efecto simbólico de afectar y generar miedo en las personas con rasgos identitarios similares. En los casos en que hay animosidad u odio, éste se manifiesta específicamente como una emoción basada en el mismo prejuicio.

En ese sentido, vale la pena tener en cuenta que las emociones no son meros *movimientos irracionales* o *energías irreflexivas*, Nussbaum (2008) plantea que las emociones “no encarnan simplemente formas de percibir un objeto, sino creencias, a menudo complejas, acerca del mismo (...) hay algo notable en las percepciones intencionales y las creencias características de las emociones: el valor les concierne (...)” (p. 49-52). Asimismo, señala que “(...) los elementos cognitivos son una parte esencial de la identidad de la emoción y de lo que diferencia a las emociones entre sí” (p. 57). En ese sentido,

para que exista emoción son precisos juicios de un tipo determinado; que éstos no son causas externas, sino partes constituyentes de aquello en que consiste la emoción; y que los mismos resultan insuficientes para hablar de emoción en caso de poseer el contenido evaluador eudemonista requerido. (2008, p. 58)

De lo anterior, se entiende que la manifestación del odio en la violencia por prejuicio no es la de una emoción irrefrenable, sino que encuentra sustento en prejuicios, es decir, en procesos lógicos de pensamiento o creencias que pueden ser falsas o verdaderas, como ocurre en el caso de los estereotipos negativos asociados a determinados rasgos o características identitarias.

Adicionalmente, el tipo de prejuicio que subyace a la violencia por prejuicio debe revestir unas características determinadas. En ese sentido, María Mercedes Gómez (2004, p. 162) distingue entre los usos discriminatorios y los usos excluyentes de la violencia, que se basan en dos tipos diferentes de prejuicios. El siguiente cuadro resume algunos elementos para la distinción analítica planteada por la autora:

Cuadro 3. Usos discriminatorios y excluyentes de la violencia

Conducta	Práctica	Uso
Discriminar Significa: Diferenciar una cosa de otra; o Dar trato de inferioridad. Enfatiza: Aspecto jerárquico o de inferiorización entre los elementos.	Práctica discriminatoria: Busca: Inscribir a la otra persona como inferior en el orden jerárquico. Asociado a: Distribución inequitativa de derechos o recursos percibidos positivamente.	Uso jerarquizante de la violencia: Pone al otro en un sitio de inferioridad, que se considera es el que le corresponde. Lo que enfurece al individuo “superior” es la insubordinación del ser “inferior”, que aspira a ciertos derechos. Busca: Preservar la subordinación.
Excluir Significa: Rechazar, descartar. Ser incompatibles dos cosas. Enfatiza: Incompatibilidad entre los elementos.	Práctica excluyente Suprimir a la persona del orden. Asociado a: Visiones incompatibles en el orden.	Uso excluyente de la violencia: Lo que genera la violencia es la “atracción por aquello que el perpetrador ama y odia a la vez”. Busca Eliminar la diferencia.

Elaboración propia del equipo de Caribe Afirmativo a partir de Gómez (2004)

En síntesis, para Gómez (2004)

la violencia por prejuicio opera performativamente, es decir, el gesto violento individual se torna ejemplarizante si y sólo si está precedido por el contexto jurídico y cultural que le otorga significación (...) En general la violencia por prejuicio tiene una función *ejemplarizante*, pero el uso *excluyente* de la violencia es diferente, desde el punto de vista analítico, del uso *jerarquizante*: su función es suprimir la diferencia, no mantenerla subordinada. (p. 174)

Los usos discriminatorios y excluyentes de la violencia, cuando no terminan en la muerte de la víctima, pueden ser invisibilizados. De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015)

Los ataques no letales son el tipo de violencia más común que enfrentan las personas LGBTI en todos los Estados miembros de la OEA. Informes recibidos por la CIDH de fuentes independientes indican que con frecuencia las personas lesbianas, gay, bisexuales y trans sufren una amplia variedad de ataques que van desde empujones hasta palizas, lanzamiento de botellas, piedras u objetos contundentes. Estos actos de violencia son tan comunes en algunas partes de la región que podrían ser no denunciados en tanto se consideran parte de la 'vida cotidiana' de las personas LGBT.

Adicionalmente, los casos de violencia cotidiana por lo general no son monitoreados por las organizaciones o reportados por los medios de comunicación; ya que ambos tienden a enfocarse en los crímenes más graves, particularmente en los asesinatos. (p. 82)

La legislación colombiana no contiene referencia expresa a los crímenes de odio o a los crímenes por prejuicio; sin embargo, el Código Penal contiene algunas disposiciones que la abarcan, como se explicará más adelante, y existen algunos elementos en la jurisprudencia que permiten orientar la discusión.

Sobre el tema en Colombia, Escobar (2016) adopta la postura conforme a la cual la violencia por prejuicio como categoría jurídica resulta más útil que la de crimen de odio y, por lo tanto, es la llamada a aplicar en el contexto colombiano. En ese sentido, y siguiendo a María Mercedes, plantea que "el prejuicio debe ser utilizado como categoría jurídica que abarque tanto la animosidad como la predisposición y la selección discriminatoria de la víctima, así como que la prueba del prejuicio se encuentra indiciariamente en el contexto en donde se produce el hecho y que se encuentra atravesado por relaciones y estructuras de poder" (p. 178).



En ese sentido, Escobar (2016) plantea que se debe adoptar el modelo del prejuicio, en lugar del modelo del odio, teniendo en cuenta que:

- a) En el tipo penal de feminicidio y la jurisprudencia sobre el feminicidio, incluida la anterior a la tipificación autónoma del delito, se ha evidenciado un “tránsito del odio al prejuicio como categoría jurídica” (p. 191), que además ha otorgado relevancia al contexto en el que se desarrollan las relaciones de poder y exclusión. En ese sentido, el autor analiza la *ratio decidendi* de la sentencia de marzo 4 de 2015 (Rad. 41457) de la Corte Suprema de Justicia colombiana, en la que esta se aparta de la comprensión de la violencia discriminatoria contra la mujer desde el odio, y se aproxima desde el prejuicio, a partir del análisis de las circunstancias de dominación-subordinación e instrumentalización del contexto. A su vez, revisa el tipo penal de feminicidio y cómo los indicadores de relaciones de poder y subordinación son incluidos como elementos clave configurativos del tipo.
- b) A partir de la modificación de los tipos penales de actos de discriminación y hostigamiento y en las variaciones en la jurisprudencia sobre los mismos, se advierte que el modelo de discriminación sancionado inicialmente era el de criminalidad de odio; mientras que con la Ley 1752 de 2015, que implicó la inclusión de la expresión “personas con discapacidad y por demás razones de discriminación”, terminó por cambiar a un modelo de discriminación basado en el prejuicio, del cual el odio apenas es una parte.
- c) La adopción del modelo de odio para la interpretación de la circunstancia de mayor punibilidad del art. 58.3 del Código Penal restringiría su aplicación en la medida en que un ámbito de protección no se limita a los grupos marcados por odio o animadversión, sino a los que han sido objeto de patrones discriminatorios. Así, de basar su aplicación en el odio o animadversión, no sería aplicable a todos los tipos penales, hecho que si se desprende de su condición de causal de mayor punibilidad. Además, es la lógica del prejuicio la que facilita su aplicación a partir de la demostración indiciaria derivada del contexto. Adicionalmente, habría desigualdad entre la protección del hombre gay y de la mujer lesbiana porque mientras el feminicidio aplicaría a partir del prejuicio contra la mujer lesbiana, la circunstancia de mayor punibilidad no aplicaría por los mismos motivos si se trata desde la perspectiva de la animosidad. Por último, el fundamento de la circunstancia no se encuentra en la culpabilidad, porque eso indicaría un “reproche cuestionable al fuero interno del autor”, sino en el mayor desvalor de resultado del injusto, que permite además la aplicación de la misma en eventos de error sobre la pertenencia de la víctima al grupo poblacional discriminado.

Los argumentos expuestos por Escobar (2016) resultan útiles en

el marco de la discusión. En relación con el literal b recién señalado vale la pena tener en cuenta que trataría principalmente de violencias por prejuicios jerarquizantes, en la medida en que buscar mantener al otro como ser “inferior”. En ese mismo sentido, con relación al literal c recién señalado, consideramos que es necesario aclarar que la circunstancia de mayor punibilidad cobija violencias por prejuicios tanto jerarquizantes como excluyentes. Asimismo, sobre el literal c, vale la pena señalar que entendemos que la circunstancia de mayor punibilidad obedece a un mayor desvalor de acto del injusto, en lugar de un mayor desvalor de resultado, como se explicará más adelante.

Por último, vale la pena traer a la discusión la postura de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que no es del todo clara en la materia. Aunque la CIDH (2015, p. 46-ss.) reconoce la utilidad que el concepto de *crímenes de odio* ha tenido para caracterizar la violencia contra personas LGBTI, termina por adoptar el concepto de *violencia por prejuicio* como aquel que permite comprender la violencia contra personas LGBTI como un fenómeno social y no un hecho de violencia aislado, que necesita de un contexto y una complicidad social, y es resultado de “percepciones negativas basadas en generalizaciones falsas, así como en reacciones negativas a situaciones que son ajenas a las ‘nuestras’” (p. 48). En sus propias palabras, la CIDH “considera que los actos de violencia contra personas LGBTI, comúnmente conocidos como ‘crímenes de odio’ o actos homofóbicos o transfóbicos, son mejor comprendidos bajo el amparo del concepto de violencia por prejuicio contra la percepción de sexualidad o identidades no normativas” (p. 49). De esa manera, la Comisión destaca, como lo hacen también Gómez (2004; 2008) y Escobar (2016), la importancia del contexto y la complicidad social en los casos de violencia por prejuicio.

Atendiendo a los planteamientos expuestos, en este documento se adopta la postura conforme a la cual:

1. **Delitos por prejuicio.** Se utiliza para hacer referencia a delitos por prejuicio, para circunscribirnos al ámbito de las conductas punibles establecidas en el Código Penal colombiano que estén fundamentadas o motivadas en prejuicios excluyentes o jerarquizantes.
2. **Delitos por prejuicio excluyente.** Serán delitos por prejuicios excluyentes aquellos fundamentados en estereotipos negativos que justifican el uso de la violencia para la eliminación de la persona que es considerada como diferente, o quiere marcarse como tal. Así:
 - 2.1. Para que se configure un delito por prejuicio excluyente deben darse los elementos del tipo penal, y la conducta debe estar motivada en el prejuicio excluyente, en el que se basa la predisposición o selección de la víctima y que además genera en la persona odio o deseo de mal hacia el *otro*.

- 2.2. El odio o deseo de mal¹ no puede entenderse como una pasión irrefrenable, sino como una emoción que, como tal, parte de procesos de pensamiento o creencias que pueden ser falsas o verdaderas (en este caso estereotipos negativos falsos).
- 2.3. Además, los delitos por prejuicio excluyente tienden a caracterizarse por tener un amplio efecto simbólico, pues atentan contra todas las personas que comparten las características identitarias sobre las cuales recae el prejuicio y envían un mensaje social claro que indica que dichas personas no deben existir. Aunque en algunos casos de delitos basados en prejuicios excluyentes, como la violencia sexual a mujeres lesbianas, particularmente las mal denominadas “violaciones correctivas”, este impacto se ve mitigado porque se silencian los hechos o se mantienen en el ámbito privado de la familia.
- 2.4. En ese sentido, podrán ser delitos por prejuicio excluyente conductas punibles como el feminicidio, el homicidio, el acceso carnal violento, etc., en cuanto conductas destinadas a la exclusión o eliminación del *otro*.
3. **Delitos por prejuicio jerarquizante.** Serán delitos por prejuicios jerarquizantes aquellos que buscan situar al *otro* en una posición de inferioridad.
- 3.1. Estos delitos no requieren la concurrencia del odio, pero sí la predisposición.
- 3.2. Estas conductas generan un impacto simbólico distinto, pues envían un mensaje social que posiciona a las personas que comparten ciertas características identitarias como inferiores. Este impacto tiene un rango de impacto menos amplio que el de los delitos por prejuicio excluyente, en tanto que estos se visibilizan más en medios de comunicación, etc., pero ocurre de manera más recurrente.
- 3.3. Podrán ser casos comunes de delitos por prejuicios jerarquizante los casos de actos de discriminación y hostigamiento, y también otras conductas punibles cuando el móvil sea un prejuicio jerarquizante.
- 3.4. Pero además podrían ser jerarquizante el homicidio, el feminicidio, las lesiones personales y el acceso carnal violento, pese a ser delitos en que la conducta tiende a –o lo hace– eliminar a la víctima o a su identidad, cuando sin buscar excluir a la víctima se incurre en ellos a partir de los patrones culturales y sociales de dominación y subordinación de las personas con ciertas características

¹ De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, el odio se define como “antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea”.

identitarias. En estos casos también se genera un alto impacto simbólico.

4. **Complicidad social.** Tanto los delitos por prejuicio jerarquizante como excluyente se caracterizan por estar enmarcados en contextos de complicidad social.
5. **Concurrencia de móviles.** Tanto los móviles asociados a prejuicios jerarquizantes como excluyentes pueden concurrir con otros móviles, lo cual no obsta para que se dejen de tener en cuenta estas formas de prejuicio. Así, por ejemplo, un móvil asociado al prejuicio excluyente puede concurrir con un móvil de ánimo de lucro.
6. **Otros de móviles prejuiciosos.** Asimismo, pueden existir móviles prejuiciosos que no buscan jerarquizar ni excluir, es decir, hay prejuicios que fundamentan la selección de la víctima debido a su característica identitaria en términos instrumentales o utilitarios, como se veía en el caso de los crímenes instrumentales previamente referenciados. Un ejemplo de este tipo de móvil es cuando se eligen como víctimas de hurto a hombres gais blancos que frecuentan discotecas de cierto sector de la ciudad, por considerar que son víctimas más fáciles de robar que los hombres heterosexuales y que probablemente tengan dinero. El autor elige a sus víctimas por su orientación sexual y su raza, pero no lo hace para marcarlas como de menor valor o para eliminarlas, sino porque considera, a partir de preconcepciones erradas, que esto le permitirá obtener un mayor beneficio y con mayor facilidad.
7. **Invisibilización de delitos por prejuicio que no eliminan.** Cuando las formas de violencia no terminan en la muerte no son percibidas como graves, son invisibilizadas y no son registradas por organizaciones sociales, instituciones públicas ni medios de comunicación.

El cuadro a continuación resume conceptualmente los delitos por prejuicio excluyente y jerarquizante.

Cuadro 4. Delitos por prejuicio excluyente y jerarquizante

Delito por prejuicio excluyente	Delito por prejuicio jerarquizante
Elementos de la conducta punible.	Elementos de la conducta punible.
Elemento especial subjetivo: móvil prejuicioso excluyente.	Elemento especial subjetivo: móvil prejuicioso jerarquizante.
Función ejemplarizante: suprimir la diferencia.	Función ejemplarizante: subordinar al "otro".
Mensaje simbólico: el "otro" no debe existir. Genera miedo.	Mensaje simbólico: el "otro" es inferior.
El prejuicio justifica el delito.	

Predisposición: selección de la víctima por su característica identitaria.

Elaboración propia de Caribe Afirmativo

Partiendo de estas consideraciones, a continuación se abordará el tratamiento penal de los delitos por prejuicio excluyente y prejuicio jerárquico en el ordenamiento jurídico colombiano, específicamente cuando están basados en prejuicios asociados a la orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género.

Siguiendo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) puede entenderse que la violencia por prejuicio fundada en la orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género:

- a. Es una forma de violencia que está basada en prejuicios en razón de la orientación sexual, la identidad de género o expresión de género.
- b. Es el resultado de estereotipos, esto es, percepciones, presunciones o generalizaciones negativas falsas, a través de las cuales se le atribuyen características a una persona en razón de su mera pertenencia a un grupo poblacional.
- c. Es racionalización o justificación de reacciones negativas frente a personas con orientación sexual, identidad de género y/o expresiones de género diversas.
- d. Debe ser entendida como fenómeno social, no como hecho aislado, pues demanda un contexto y una complicidad social.
- e. Tiene un impacto simbólico, pues envía un mensaje social contra el grupo poblacional.
- f. Demanda una investigación exhaustiva, libre de prejuicios, que se orienta a determinar si la conducta punible se cometió en razón de la orientación sexual y/o identidad de género, real o percibida, de la víctima.

Partiendo de estas consideraciones, se procederá a abordar la aplicación del enfoque diferencial en la investigación de violencias a mujeres lesbianas, bisexuales y trans.

3. ¿CÓMO INVESTIGAR LAS VIOLENCIAS A MUJERES LESBIANAS, BISEXUALES Y TRANS CON ENFOQUE DIFERENCIAL?

3.1. LOS ENFOQUES DIFERENCIALES

La investigación debe tener enfoques diferenciales. La aplicación de los enfoques diferenciales consiste en brindar un tratamiento diferencial que permita garantizar efectivamente los derechos de las personas atendiendo a sus características y necesidades específicas. Asimismo,

ha supuesto la implementación de acciones afirmativas a favor de determinados grupos poblacionales que, tradicional e históricamente, han sido discriminados y excluidos, con el fin de garantizar la igualdad material.

Los enfoques diferenciales encuentran fundamento en el artículo 13 de la Constitución Política, que contiene la obligación del Estado de brindar especial protección a grupos poblacionales y personas en condición de vulnerabilidad.

Existen distintos tipos de enfoque diferencial, que, en términos generales, pueden clasificarse según el grupo poblacional al que se dirigen. En cada grupo poblacional se pueden identificar factores de vulnerabilidad específicos, es decir, situaciones, características o condiciones determinadas que les sitúan en estado de vulnerabilidad, en la medida en que históricamente han llevado a la sociedad a imponerles barreras para el ejercicio efectivo e igualitario de los derechos. Estos factores de vulnerabilidad se asocian, en el caso de ciertos grupos poblacionales, a los rasgos identitarios que han sido considerados como criterios sospechosos de discriminación, porque dichos grupos han recibido discriminación en razón de los mismos históricamente. La vulnerabilidad a la que se ven expuestas las personas de estos grupos poblacionales es producto del contexto social (en el que imperan patrones culturales y prejuicios determinados), y no de sus características identitarias en sí mismas.

Cuadro 5. Enfoques diferenciales

Tipo de enfoque diferencial	Grupo poblacional vulnerable	Factor de vulnerabilidad
Enfoque étnico	Comunidades étnicas, por ejemplo: comunidades indígenas, negras, afro, palenqueras, raizales, ROM.	Desconocimiento y prejuicios frente a las características culturales de una comunidad étnica.
Enfoque de discapacidad	Personas en situación de discapacidad física, mental o cognitiva.	Contextos que requieren analizar la situación de discapacidad.
Enfoque de curso vital	-Niños, niñas y adolescentes. -Personas de la tercera edad.	Desprotección afectiva y económica.
Enfoque de víctimas	Víctimas del conflicto armado.	Exclusión y desprotección generada por los daños sufridos en el marco del conflicto.
Enfoque de género	-Mujeres. -Personas LGBTI.	Discriminación, exclusión y violencias por género, identidad de género u orientación sexual.

Fuente: Elaboración propia basada en la información de Unidad de Víctimas (2017), Alcaldía Mayor de Bogotá (2013) y Centro de Memoria Histórica (2014).

Estos enfoques deben ser analizados desde una perspectiva de interseccionalidad, que implica que cuando en una persona concurren 2 o más factores de vulnerabilidad o de discriminación, esto la sitúa en una situación de vulnerabilidad mayor, es decir, un mayor riesgo de enfrentar discriminación, exclusión, violencias y barreras generales para su desarrollo personal en condición igualitarias. Así, por ejemplo, demanda especial atención de funcionarios/as el tratamiento de casos donde las víctimas sean sujetos de dos o más enfoques, como sería el caso de una mujer lesbiana indígena o una mujer trans afro víctima del conflicto armado. Cuando se trata de brindar atención a mujeres con orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género diversa víctimas, y no concurren otros factores de vulnerabilidad, se debe garantizar la aplicación de un enfoque de género.

3.2. ¿CÓMO APLICAR EL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA INVESTIGACIÓN PENAL DE VIOLENCIAS A MUJES LESBIANAS, BISEXUALES Y TRANS?

La aplicación del enfoque diferencial en la investigación penal de violencias a mujeres lesbianas, bisexuales y trans debe incidir básicamente en aspectos como:

- A) La atención a la víctima
- B) La metodología y ejecución de la investigación.
- C) La adecuación típica.

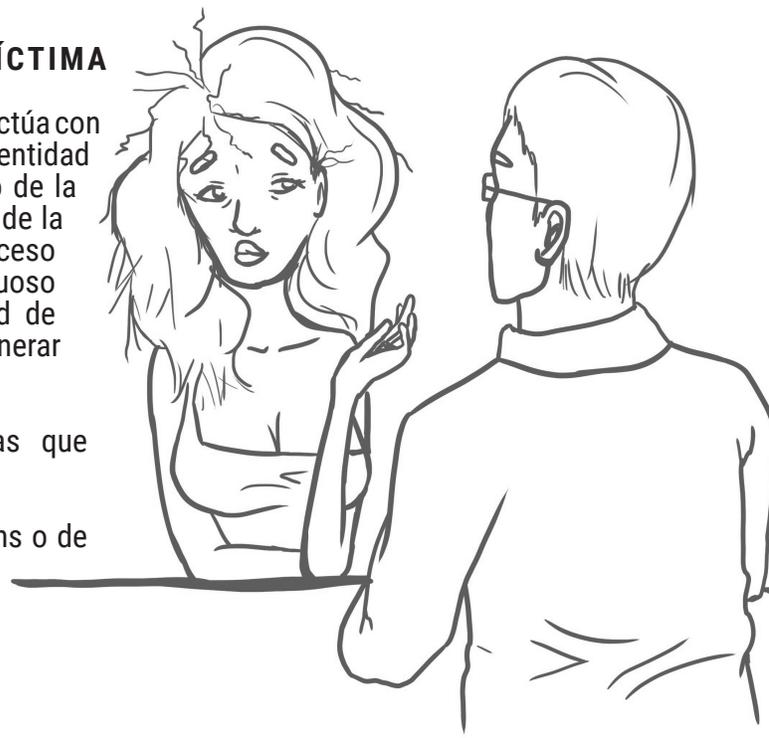
A continuación, se hará referencia a cada uno de estos aspectos, proponiendo sugerencias y recomendaciones para la aplicación del enfoque de género.

3.2.1. LA ATENCIÓN A LA VÍCTIMA

Es necesario que el personal que interactúa con una mujer de orientación sexual o identidad de género diversa desde el momento de la recepción de la denuncia, o del inicio de la investigación, hasta el final del proceso penal, le ofrezca un tratamiento respetuoso de su orientación sexual o identidad de género. Esto es fundamental para generar confianza en la víctima.

En ese sentido, los funcionarios/as que interactúen con las víctimas deben:

- Si la víctima es una mujer trans o de expresión de género diversa,



preguntarle cómo desea ser llamada y tratada. En todo caso, deberán dirigirse a la persona por su nombre identitario, aun cuando no haya realizado cambio de nombre, y según su identidad de género, aun cuando no haya realizado el cambio del componente sexo. El nombre identitario no es un alias, es la forma como la persona se reconoce y desea ser reconocida en ejercicio de la construcción libre de su identidad.

En ese sentido, el nombre identitario y la identidad de género de la víctima deben ser registradas al momento de recibir denuncias o realizar los actos de investigaciones. Asimismo, deben ser utilizados en el marco de todas las interacciones con la víctima -realización de entrevistas, conversaciones y audiencias-, sin perjuicio de la necesidad de dejar constancia del nombre y el sexo registrados en el documento de identidad.

- Evitar utilizar expresiones peyorativas y burlas relacionadas con la orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género de la víctima.

Asimismo, resulta indispensable que el personal encargado de la atención e investigación erradique los prejuicios relacionados con la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género. Los prejuicios, en los términos descritos previamente, no sólo son el fundamento de delitos que afectan a mujeres lesbianas, bisexuales y trans; al ser socialmente aceptados por funcionarios/as responsables de brindarles atención, también son obstáculos para el acceso a la justicia. Algunos de los prejuicios suponen que se niegue la prestación de un servicio efectivo y de calidad; mientras que otros implican sesgos negativos en la misma investigación, impidiendo un desarrollo adecuado de la misma, porque se presume el motivo de la violencia o se llega incluso a una naturalización o justificación de la misma por parte del/a funcionario/a.

Algunos de estos prejuicios en relación a mujeres lesbianas, bisexuales y trans son:

- Las mujeres lesbianas, bisexuales y trans son así porque están enfermas o tienen un trastorno.
- Las mujeres trans tiene VIH.
- Las mujeres lesbianas, bisexuales y trans son promiscuas.
- Las violencias entre parejas de mujeres lesbianas, bisexuales o entre una mujer trans y su pareja, son delitos pasionales.
- Las mujeres trans trabajadoras sexuales son ladronas o vendedoras de drogas.



3.2.2. LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Las investigaciones de delitos contra mujeres lesbianas, bisexuales y trans deben partir de la consideración de la hipótesis conforme a la cual la conducta punible pudo ser motivada por la orientación sexual y/o la identidad de género de la víctima, y los actos de investigación deben apuntar a la confirmación o negación de tal hipótesis, es decir, a verificar si se trata de un delito por prejuicio.

Tanto el fiscal como la policía judicial deben tener en cuenta que se debe verificar la presencia de un elemento especial subjetivo de la conducta, que es el móvil prejuicioso excluyente o jerarquizante. Por ser de carácter subjetivo, el móvil debe inferirse racional y lógicamente a través de los hechos objetivos de la conducta y el contexto (Uniform Crime Reporting Program, 2015). Esto quiere decir que será necesario realizar el análisis conjunto de datos o hechos indicadores cuya convergencia y concordancia permitirá la inferencia del móvil prejuicioso.

A continuación, en la tabla se señalan algunos de los hechos objetivos que pueden ser tomados como indicadores del móvil prejuicioso o discriminatorio en violencias a mujeres lesbianas, bisexuales y trans.

Cuadro 6. Hechos indicadores de móviles prejuiciosos en casos de violencias a mujeres lesbianas, bisexuales y trans

Elementos de la conducta punible	Hechos Indicadores	Ejemplos
Sujeto activo (autor)	Quien comete el delito tiene un género, orientación sexual y/o identidad de género distinto al de la víctima.	Violencia intrafamiliar. Mujer lesbiana de Maicao recibe agresiones físicas y psicológicas constantes por parte de su padre, que busca "corregirla".
	Quien comete la conducta pertenecía a un grupo armado que ha rechazado históricamente la diversidad sexual y de género, o que la ha amenazado previamente.	Amenazas y desplazamiento. Una mujer trans de Sincelejo se desplaza tras recibir amenazas de muerte de un grupo paramilitar que ejercía el control en la zona.

Elementos de la conducta punible	Hechos Indicadores	Ejemplos
Circunstancias de modo	<p>Quien comete el delito ha expresado –por medio escrito, verbal, gestual, simbólico- estereotipos negativos respecto a la orientación sexual y/o identidad de género de la víctima, durante la comisión del mismo.</p>	<p>Acoso sexual. Una mujer lesbiana de Maicao es constantemente acosada sexualmente por un hombre que le dice que debe tener relaciones con él porque “le hacía falta probar un buen macho”.</p> <p>Tentativa de feminicidio. Un hombre le dice a una mujer trans de El Carmen de Bolívar que va caminando por la calle “yo no gusto de maricas”, seguidamente acelera la moto y la impacta, dejándola gravemente herida.</p>
	<p>La conducta incluyó ataques dirigidos a partes del cuerpo que expresan (o son asociadas a) la identidad u orientación de la víctima.</p>	<p>Violencia intrafamiliar. Una mujer trans adolescente era “castigada” por su familia de Riohacha, para “corregir” su identidad de género. Entre los castigos estaba echarle esperma caliente en el ano.</p>
	<p>Hubo sevicia.</p>	<p>Feminicidio. Una mujer trans en Riohacha fue asesinada en un hotel con múltiples ataques con arma corto punzante dirigidos principalmente a la cabeza.</p>
Circunstancias de lugar	<p>La conducta se realizó en una zona de homosocialización o de ejercicio de trabajo sexual, los encuentros entre sujeto activo y pasivo previos a la misma se desarrollaron en estas zonas.</p>	<p>Feminicidio. Mujer trans en Barranquilla es asesinada en zona de tolerancia, donde ejercía trabajo sexual con otras compañeras trans, por dos hombres que la atacaron en el cuello con arma corto punzante y seguidamente intentaron hurtar sus pertenencias.</p>



Elementos de la conducta punible	Hechos Indicadores	Ejemplos
Circunstancias de tiempo	El delito se comete en una zona donde se han cometido, en un periodo de tiempo cercano, varias conductas contra mujeres lesbianas, bisexuales y trans, o donde previamente se han cometido otros delitos prejuiciosos o discriminatorios contra ellas, o contra hombres gais y trans.	Feminicidio. Una mujer lesbiana es asesinada en Caucasia en mayo de 2018. Entre noviembre de 2017 y la fecha de su muerte, habían sido asesinadas 3 mujeres trans y 1 hombre gay.
Sujeto pasivo/Víctima	La víctima era activista, defensora de derechos humanos, o pertenecía a una organización defensora de derechos humanos de personas LGBTI.	Amenazas. Mujer trans directora de organización defensora de derechos humanos LGBTI en Montería es amenazada en varias oportunidades, de manera escrita, y mediante actos de intimidación con armas de fuego.
	La víctima tenía una orientación sexual o identidad de género diversa visible.	Lesiones personales. Mujer trans que caminaba por las calles de Maicao vendiendo lotería en horas de la mañana fue abordada por un hombre que le gritó: “¿Qué te crees tú marica hijueputa? ¿Que porque tienes tetas postizas te crees mujer?”. Posteriormente, discutieron verbalmente y él le clavó 3 veces un destornillador debajo del hombro.
	La víctima se encontraba en condiciones de vulnerabilidad.	Mujer trans venezolana habitante de calle en Santa Marta y trabajadora sexual recibe violencia por parte de agentes de policía que la golpean, le queman su ropa y sus pocas pertenencias, refiriéndose a ella como “maricón veneco”.
Concurso	Convergen varias conductas punibles como homicidio, feminicidio, violencia sexual, tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, amenazas.	Violencia sexual, secuestro y tortura. Una mujer lesbiana de Turbaco es secuestrada por un hombre, torturada físicamente y violada varias veces.



Elementos contextuales	Hechos indicadores	Ejemplos
	<p>Quien comete el delito ha expresado, o dejado manifestaciones en la escena del crimen, – por medio escrito, verbal, gestual, simbólico- estereotipos negativos respecto a la orientación sexual y/o identidad de género de la víctima.</p>	<p>Lesiones personales. Un hombre le propina un golpe en la cara a su vecina, una mujer lesbiana en Santa Marta. Antes de agredirla, le grita que es “una arepera falta de mondá”.</p> <p>Violencia sexual, secuestro y tortura. Una mujer lesbiana de Turbaco es secuestrada por un hombre, torturada físicamente y violada varias veces. En oportunidades en que se habían visto antes de los hechos, él le había dicho que “él la iba a cambiar”. Posteriormente, le dijo que “eso no fue delito, que eso fue algo por lo que yo (ella) tenía que pasar para que aprendiera ser mujer”.</p>
	<p>Hay presencia de grupos armados ilegales que han rechazado la diversidad sexual y de género en el territorio o en la zona.</p>	<p>Amenaza y desplazamiento. En 2002, una mujer trans de El Carmen de Bolívar recibió un panfleto amenazante de un grupo armado ilegal de la zona, en que incluía un listado de personas con orientación sexual, identidad de género y expresión de género diverso. También recibieron llamadas amenazantes. Eso llevó al desplazamiento de muchas de ellas.</p>
	<p>El cuerpo es encontrado en posiciones sexualizadas o con elementos sexualizados en la escena del crimen.</p>	<p>Feminicidio y violencia sexual. Mujer trans es hallada sin vida en el municipio de San Marcos, con preservativos en la escena y un palo introducido en el ano.</p>
	<p>Existían amenazas previas contra mujeres con orientación sexual y/o identidad de género diversa.</p>	<p>Feminicidio. Mujer trans es asesinada en San Onofre en 2014, después de que se difundieran en el pueblo amenazas contra personas trans trabajadoras sexuales en 2013.</p>
	<p>Otras personas con orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género diversa han recibido violencia en el periodo de tiempo reciente.</p>	<p>Feminicidio. En el año 2015, 4 mujeres trans y 1 hombre gay fueron asesinadas de manera violenta en el municipio de San Marcos.</p>
	<p>La orientación sexual o identidad de género de la víctima era visible y minoritaria en el contexto en el que vive.</p>	<p>Feminicidio. Una mujer trans lideresa social y altamente visible en San Onofre es asesinada, en un momento en que, por la fuerte presencia de grupos armados, las personas LGBTI no se visibilizaban.</p>

Elaboración propia a partir de: Uniform Crime Reporting Program (2015); Caribe Afirmativo, Colombia Diversa y Santamaría Fundación (2015); Caribe Afirmativo y Colombia Diversa (2018); y del trabajo de campo realizado en el marco de esta investigación.

Esta lista de hechos indicadores no es taxativa. Asimismo, fiscales e investigadores/as de policía judicial deben tener en cuenta que algunos hechos indicadores tienen mayor entidad para llegar a la conclusión de que existió un móvil prejuicioso, y que incluso algunos de ellos, individualmente considerados, podrían servir para lograr la inferencia. Sin embargo, en los casos en los que convergen varios elementos,



será fundamental argumentar que es la convergencia y la concordancia entre ellos la que permite realizar la inferencia razonable² conforme a la cual conducta punible estuvo motivada por la orientación sexual, la identidad de género y/o expresión de género de la persona. Asimismo, estructurar este tipo de información supone probar debidamente los hechos indicadores, tanto aquellos que se encuentran integrados a la conducta punible, como los que hacen parte del contexto de los mismos.

Esto implica que el enfoque diferencial en la metodología no sólo supone el planteamiento de la hipótesis de violencia por prejuicio en los casos de delitos hacia personas LGBTI; también implica que tanto fiscales como policías judiciales desarrollen la investigación atendiendo a la identificación y debida prueba de los hechos indicadores del prejuicio que puedan establecerse en el caso concreto. En ese orden de ideas, ambos funcionarios/as deben contar con el conocimiento técnico necesario para aplicar dicho enfoque diferencial en el desarrollo de los actos urgentes, en la elaboración del programa metodológico, en el cumplimiento de las órdenes a policía judicial, etc.

3.2.3. LA ADECUACIÓN TÍPICA

En los casos en que se demuestre que efectivamente la conducta punible estuvo fundamentada en móviles discriminatorios o prejuiciosos asociados a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género, la adecuación típica debe corresponder a lo hallado en la investigación. En Colombia, la legislación penal no hace referencia textual a la violencia por prejuicio o los crímenes de odio en general, o en relación con las mujeres lesbianas, bisexuales y trans. Sin embargo, existen distintos tipos penales, circunstancias de agravación y circunstancias de mayor punibilidad en el marco del Código Penal colombiano que cobijan formas de violencia por prejuicio en razón de la orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género, real o percibida, de las víctimas. A continuación, se abordarán dichos tipos penales, circunstancias de agravación y circunstancias de mayor punibilidad.

² Ver sobre hechos indiciarios: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 12 de octubre de 2016 (Rad. 37175).

3.2.3.1. **CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PUNIBILIDAD PARA DELITOS INSPIRADOS EN MÓVILES DE INTOLERANCIA O DISCRIMINACIÓN: ART. 58.3 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO**

Las circunstancias de mayor punibilidad del artículo 58 del Código Penal colombiano son genéricas y, en ese sentido, aplicables a todos los delitos contenidos en el mismo, siempre y cuando la circunstancia no haya sido cobijada o cubierta por el tipo penal o las circunstancias de agravación aplicables en el caso concreto, pues de ser así se vulneraría el principio de *non bis in ídem*.

Estas circunstancias no constituyen un aumento de la pena contenida en el tipo penal aplicable al caso, sino que inciden en la tasación de la pena prevista en el mismo. El modelo de tasación de penas establecido en el Código Penal colombiano parte de dividir en cuartos la diferencia entre la pena máxima y la pena mínima establecidas en el tipo penal simple, agravado o atenuado, según el caso. Para determinar si se toman los mínimos y máximos del tipo simple, del tipo agravado o del tipo atenuado, se tienen en cuenta las circunstancias de agravación y las circunstancias de atenuación generales o específicas aplicables al tipo y presentes en el caso concreto.

Posteriormente, se define en cuál de los cuatro cuartos se ubicará la pena a imponer atendiendo a las circunstancias de mayor y menor punibilidad presentes en el caso. Cuando sólo existen circunstancias de menor punibilidad o no se presenta ninguna circunstancia de mayor o menor punibilidad, la pena a imponer se ubicará en el primer cuarto. Cuando existen circunstancias tanto de mayor como de menor punibilidad, la pena a imponer se ubicará en el segundo y el tercer cuarto. Finalmente, cuando sólo existen circunstancias de mayor punibilidad, la pena a imponer se ubicará en el cuarto o último cuarto.

El numeral 3 del artículo 58 del Código Penal establece como circunstancia de mayor punibilidad que “la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima” (subrayado fuera del texto original). En relación con la expresión resaltada en la disposición, es necesario tener en cuenta que la Corte Constitucional ha advertido en su jurisprudencia que la circunstancia de mayor punibilidad se genera cuando la conducta punible está inspirada en móviles de intolerancia o discriminación referidos tanto a la orientación sexual como a la identidad de género. En particular, la Corte Constitucional señaló que “[c]uando se expidió el Código Penal en la comunidad jurídica se asimilaban las nociones de orientación sexual y de identidad de género, por lo cual debe presumirse que el legislador quiso agravar ambas modalidades de discriminación” (Sentencia C-257 de 2016).

Se tiene entonces que la circunstancia de mayor punibilidad del art.58.3 supone que en todos los delitos inspirados en móviles de intolerancia y discriminación referidos al sexo, la orientación sexual o a la identidad

de género de la víctima, la pena a imponer no podrá ubicarse en el primer cuarto de la tasación penal, excluyendo la aplicación de pena más baja posible.

Esta circunstancia de mayor punibilidad se fundamenta en el mayor desvalor de acto del injusto, que se genera en el elemento especial subjetivo de la conducta punible referido a la discriminación e intolerancia por la orientación sexual o identidad de género de la víctima. Se trata de una circunstancia genérica referida al tipo de injusto, de carácter personal. El hecho de que tenga un carácter personal o subjetivo, por referirse a la motivación o móvil que lleva al sujeto activo a realizar la conducta punible, no implica que se trate de una circunstancia asociada a la culpabilidad, pues estarán referidas a la misma aquellas que afecten el grado de exigibilidad de actuación conforme a derecho.³ En este sentido, el elemento especial subjetivo de la conducta, que es el móvil discriminatorio, podrá estar fundamentado en prejuicios excluyentes o jerarquizantes.

3.2.3.2. **CASOS EN QUE SE DA MUERTE A MUJERES EN RAZÓN DE SU IDENTIDAD DE GÉNERO: APLICACIÓN DEL TIPO PENAL DE FEMINICIDIO**

En los casos en que se da muerte a una mujer por su identidad de género es aplicable el tipo penal de feminicidio (art.104A del Código Penal). Antes de 2015, estos casos eran cobijados por el tipo de homicidio agravado (art.104, numeral 11 - actualmente derogado), que aplicaba cuando se daba muerte a una mujer por el hecho de ser mujer. Desde la exposición de motivos de la Ley 1257 de 2008, por medio de la cual se creó el agravante del numeral 11 del artículo 104 del Código Penal (actualmente derogado con la creación del tipo penal autónomo de feminicidio), se estableció que la violencia contra la mujer “no era producto del azar o un hecho de la esfera privada, sino que estaba íntimamente vinculada con relaciones desiguales de poder entre varones y mujeres”.

Durante la vigencia de la mencionada disposición, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en relación con su aplicación y al feminicidio. En particular la Corte advirtió que el feminicidio no limita su alcance a aquellos asesinatos de mujeres en razón de la misoginia, esto es, del odio y desprecio hacia la mujer. De hecho, señala la Corte, el feminicidio tiene lugar cuando se da muerte a una mujer por la aversión hacia la misma (situación más obvia en que ocurre), y también cuando se da muerte a una mujer en “contexto de dominación (público o privado) y donde la causa está asociada a la instrumentalización de que es objeto”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de marzo 4 de 2015, Rad. 41457)

En términos precisos, la Corte señaló que

³ Se toma como referencia la clasificación de las circunstancias expuesta por Velásquez (2009).

se causa la muerte a una mujer por el hecho de ser mujer, cuando el acto violencia que la produce está determinado por la subordinación y discriminación de que es víctima, de lo cual resulta una situación de extrema vulnerabilidad (...) Ese elemento adicional que debe concurrir en la conducta para la configuración de la agravante punitiva del feminicidio, es decir, la discriminación y dominación de la mujer implícita en la violencia que provoca su muerte, obviamente debe probarse en el proceso penal para que pueda reprocharse al autor (...) ha de fundarse en evidencias demostrativas de la situación de abuso de poder en que se encontraba (...). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de marzo 4 de 2015, Rad. 41457)

El feminicidio fue tipificado como un delito autónomo a través de la Ley 1761 de 2015, que dispuso la aplicación del feminicidio cuando se ocasionare la muerte a una mujer por el hecho de ser mujer o por su identidad de género, o en los casos en que antecedieran las circunstancias señaladas en la misma disposición. Las circunstancias establecidas en el tipo podían entenderse, debido a su amplitud, como una vulneración al principio de legalidad, tal como en efecto lo señaló el Consejo Superior de Política Criminal colombiano en su concepto sobre la materia. En particular, el Consejo Superior de Política Criminal advirtió que:

Debe tenerse en cuenta que la redacción de la propuesta legislativa vulnera los principios de legalidad, taxatividad, tipicidad y que de quererse incluir la conducta de feminicidio de manera autónoma, la misma debería reformularse, pues, tal como se consagra, se incluyen conductas ajenas a la violencia de género, reduce la pena, elimina una causal de agravación para las lesiones personales reduciendo el ámbito de protección penal y dificulta su aplicación. La regulación propuesta está llamada a cumplir con una función simbólica, que no propone una respuesta eficiente a la violencia contra la mujer, enfocándose única y exclusivamente en la violencia cuando de la misma se desprenda la muerte.

Por todo lo anterior la propuesta examinada no responde a una política criminal articulada y coherente. (Congreso de la República, 2014, Gaceta 693 de 10 de noviembre)

Posteriormente, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-297 de 2016, desarrolló una interpretación de la disposición más coherente con los principios limitadores del ius puniendi, señalando que: “independientemente de las circunstancias que se describen en los literales del artículo 2 [art. 104A del Código Penal], la conducta debe necesariamente contar con dicha intención de matar a una mujer por serlo o por motivos de su identidad de género (dolo calificado)”. A partir de este desarrollo jurisprudencial, el tipo penal de feminicidio no podrá aplicarse sin que se pruebe en el caso concreto que se da muerte a una mujer por el hecho de ser mujer o por su identidad de género, esto es, no se aplicará con la única prueba de las circunstancias antecedentes a la violencia que se encuentran establecidas en los literales a, b, c, d, e, f del art. 104A. del Código Penal. Estas circunstancias son entonces “situaciones contextuales y sistemáticas, que pueden ayudar a develar

el elemento subjetivo del tipo penal” (Corte Constitucional, Sentencia C-297 de 2016), es decir, hechos objetivos que pueden resultar indicadores del prejuicio.

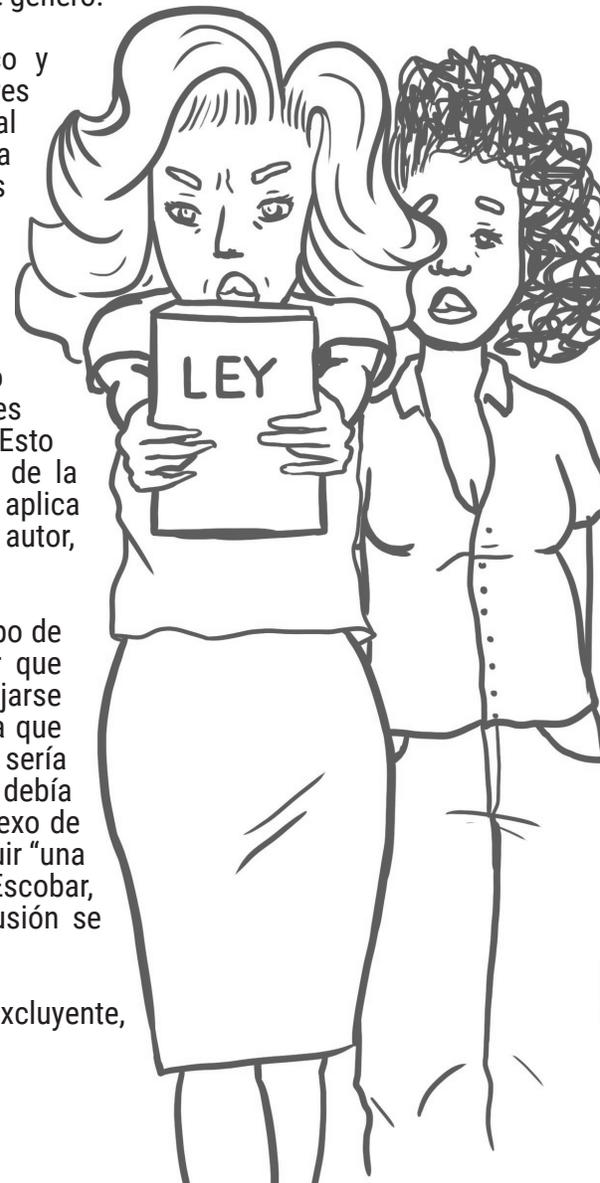
Es importante resaltar que no existen dudas en relación con la aplicación del tipo penal de feminicidio en casos de muerte a mujeres trans, puesto que la disposición expresamente se refiere a “por motivos de su identidad de género”. Así lo ratificó la Corte Constitucional, que señaló que “el sujeto pasivo es calificado, pues necesariamente se trata de una mujer o de una persona que se identifique en su género como tal”, refiriéndose entonces a mujeres cisgénero y a mujeres trans.

En la doctrina también se han suscitado cuestionamientos en torno a la aplicación del tipo penal de feminicidio en los casos en que se da muerte a un hombre trans por su identidad/expresión de género. Desde un análisis dogmático del asunto, se entiende que se sanciona el acto de una persona: si la persona da muerte a un hombre trans por prejuicio, considerando que se trata de una “mujer” que no cumple con su rol “femenino”, esto quiere decir que percibe a la víctima como mujer y la mata debido a su identidad o expresión de género.

Lo anterior si se considera que el bien jurídico y penalmente protegido cubre también a los hombres trans, por el hecho de que a ellos se le asignara al nacer el rol de mujer y así se les colocara en una posición de desigualdad frente a los hombres en una sociedad patriarcal. En este sentido, en aquellos casos en que sea vulnerado el derecho a la vida de un hombre trans debido a que el agresor lo ataca porque lo percibe realmente como una mujer que transgrede su rol, que la víctima no sea mujer supone un error irrelevante sobre el objeto de la conducta, que no debería tener implicaciones en el tipo penal aplicable, que sería el feminicidio. Esto no se debería al desconocimiento o la negación de la identidad del hombre trans, sino a que la sanción se aplica atendiendo al bien jurídico protegido y al dolo del autor, quien percibe a la víctima como mujer.

En ese orden de ideas, la propuesta de aplicar el tipo de feminicidio en estos casos derivaría de entender que el hombre trans está siendo victimizado por alejarse de la condición que el autor de la conducta afirma que es “real”, que es la de mujer cisgénero, esto es, sería victimizado por separarse del rol de género que debía mantener, por ser el que “correspondería” con el sexo de hembra asignado al nacer. Pero esto podría constituir “una segunda negativa judicial de dicha identidad” (Escobar, 2016). A pesar de estos planteamientos, la discusión se mantiene vigente.

Estos casos pueden ser de delitos por prejuicio excluyente,



cuando se realiza la violencia con el ánimo de excluir al otro por su característica identitaria, o por prejuicio jerarquizante, cuando se realiza con el ánimo de marcar su inferioridad, a tal punto que termina excluyéndosele.

3.2.3.3. **CASOS EN QUE SE DA MUERTE A MUJERES EN RAZÓN DE SU ORIENTACIÓN SEXUAL: APLICACIÓN DEL TIPO PENAL DE FEMINICIDIO AGRAVADO**

El tipo penal de feminicidio (art. 104B del Código Penal, literal d) se agrava cuando es cometido “por prejuicios relacionados con la condición étnica o la orientación sexual”. Esto quiere decir que en los casos en que se da muerte a una mujer lesbiana por su orientación sexual, es decir, por ser mujer lesbiana, se trata de un feminicidio agravado.

3.2.3.4. **TIPOS PENALES DE ACTOS DE DISCRIMINACIÓN Y HOSTIGAMIENTO**

Los tipos penales de actos de discriminación (art.134A del Código Penal) y hostigamiento (art.134B del Código Penal) fueron creados en el año 2011, mediante la Ley 1482. Al momento de su creación, estos tipos recibían los nombre de *actos de racismo o discriminación* -que incluía como móviles discriminatorios la raza, la nacionalidad, el sexo y la orientación sexual, dejando por fuera la discapacidad y demás razones de discriminación, incluidas a partir de la Ley 1752 de 2015- y de *hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural* –que incluía móviles asociados a la raza, étnica, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, dejando por fuera la discapacidad y demás razones de discriminación, incluidas a partir de la Ley 1752 de 2015-.

Por medio de la sentencia C-671 de 2014 (M.P. Luis Guerrero Pérez), la Corte Constitucional colombiana resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra los tipos penales de *actos de racismo o discriminación* y de *hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural*, en la que los demandantes planteaban una omisión legislativa relativa por la no inclusión entre los elementos subjetivos de ambos tipos la comisión de la conducta en razón de la condición de discapacidad. En el marco de esta sentencia, la Corte planteó un importante análisis del fenómeno discriminatorio que caracterizó como: a) de connotación estructural; b) dinámico; c) en función del contexto en que se genera, el escenario concreto en que se produce y las relaciones subyacentes al mismo; d) multifacético (dimensión individual /origen institucional; y e) con diferentes usos: la eliminación o exterminio, la segregación o marginación o aislamiento, y la explotación).

A su vez, la Corte Constitucional explica cómo el fenómeno discriminatorio incluye las manifestaciones que tienen componentes de odio, hostilidad o violencia, y que este tipo de daños pueden ser identificados con menos dificultad y ser más visibles. Así, apunta que las leyes de odio

han tenido como referente inmediato experiencias particularmente traumáticas de agresión y segregación en contra de determinados colectivos, como ha ocurrido con el antisemitismo, el apartheid, el racismo en el colonialismo en América y África, y otras formas agresivas de segregación, expulsión, persecución y exterminio, a las que subyace este elemento de odio, hostilidad y violencia. (Sentencia C-671 de 2014, M.P. Luis Guerrero Pérez)

Pero advierte que no todas las prácticas discriminatorias están atravesadas por los patrones de animadversión. En ese sentido, aclara la Corte, los tipos penales de los artículos 134A y 134B del Código Penal, en sus versiones iniciales, estaban inscritos en el modelo sancionatorio que penaliza los crímenes de odio, que se caracterizan por los sentimientos de hostilidad, de animadversión o de rechazo como patrones de la conducta (Corte Constitucional, sentencia C-671 de 2014, M.P. Luis Guerrero Pérez). Los delitos de actos de discriminación y hostigamiento serían, en su mayoría, por prejuicio jerarquizante, en tanto buscan marcar al otro como inferior; pero también se darían casos basados en prejuicios excluyentes.

3.2.3.5. **EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PUNIBILIDAD DE IRA E INTENSO DOLOR**

Se hizo referencia previamente a que los delitos por prejuicio excluyente, generalmente, incluyen un elemento de odio u animosidad, entendida como un deseo de causar mal a la víctima. Sin embargo, es posible que algunos se planteen la discusión sobre si la presencia del odio permite atenuar de alguna manera la responsabilidad de la víctima, aludiendo a la causal de atenuación de ira e intenso dolor. Esta causal se encuentra establecida en el artículo 57 del Código Penal colombiano, el cual señala

El que realice la conducta punible en estado de ira o de intenso dolor, causados por comportamiento ajeno grave e injustificado, incurrirá en pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada en la respectiva disposición.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, son elementos de esta causal de atenuación los siguientes:

- a. Conducta ajena, grave e injusta.
- b. Estado de ira e intenso dolor.
- c. Relación causal entre la provocación y la reacción. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 30 de junio de 2010, Rad. 33.163, M.P. María del Rosario González Lemos).

Sobre la gravedad y la injusticia de la conducta ajena, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que

Caso	Norma aplicable	Comentarios.
------	-----------------	--------------

Habr  gravedad cuando dicho comportamiento tiene capacidad para desestabilizar emocionalmente al sentenciado y será injustificado cuando la persona no est  obligada a soportar la ofensa que conlleva una situación insostenible por vulnerar sentimientos o conceptos que para el ofendido son importantes y valiosos.

Así, la gravedad y la injusticia de la provocación debe ser estudiada en cada situación, dadas las condiciones particulares de los protagonistas del conflicto y de aquellas en las que se consumó el hecho, como por ejemplo, su situación psicoafectiva, la idiosincracia, la tolerancia, las circunstancias, los sentimientos, el grado de educación, el nivel social y económico. Por manera que se infiere que no toda provocación es grave e injusta y que sólo los estados de ánimo originados por comportamientos con estas últimas connotaciones quedan amparados por la disminuyente de la ira o intenso dolor, siempre que la provocación provenga de quien padece las consecuencias. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 13 de febrero de 2008, Rad.22.783, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés).

La causal de ira e intenso dolor implica una atenuación de la responsabilidad penal porque supone un menor grado de culpabilidad, que se da por un menor nivel de exigibilidad de actuación conforme a derecho configurado en una persona que actúa contra otra persona hallándose en un elevado estado de alteración emocional originado en una conducta injustificada.

Atendiendo a la jurisprudencia de la Corte Suprema, la presencia de odio no es suficiente para plantear la aplicación de la causal de ira e intenso dolor. Si bien el odio puede generar una fuerte alteración emocional en la persona, no es posible decir que este haya sido causado por una conducta ajena grave e injustificada, puesto que el hecho de una persona tenga una determinada característica identitaria en el ejercicio libre de sus derechos no puede ser considerado como una ofensa para otras personas. Esto significa que ser una mujer lesbiana, bisexual o trans no puede ser considerada una conducta ajena grave injustificada, que pueda dar lugar a la aplicación de la causal de ira e intenso dolor en violencias fundadas en la orientación sexual o identidad de género de la víctima.

3.2.4. RESUMEN DEL MARCO JURÍDICO APLICABLE A LAS VIOLENCIAS POR PREJUICIO A MUJERES LESBIANAS, BISEXUALES Y TRANS

El siguiente cuadro resume el marco jurídico aplicable a casos de violencias por prejuicio contra mujeres lesbianas, bisexuales y trans.

Cuadro 7. Marco jurídico colombiano aplicable a violencias por prejuicios fundadas en la orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género de mujeres

Caso	Norma aplicable	Comentarios.
Una persona ocasiona la muerte a una mujer trans en razón de su identidad de género.	Art. 104A del Código Penal colombiano. Femicidio.	Al tenor literal de la disposición, y siguiendo la jurisprudencia, es clara su aplicación cuando la víctima es una mujer cisgénero o una mujer trans, siempre que la violencia se fundamente en la identidad de género (real o percibida) de la víctima. Existen dudas sobre su aplicación cuando la víctima es un hombre trans, y el sujeto activo fundamenta su conducta en la identidad de género (real o percibida) de la víctima.
Una persona ocasiona la muerte a una mujer en razón de su orientación sexual.	Art. 104B, literal d, del Código Penal colombiano. Femicidio agravado.	Al tenor literal de la disposición, y siguiendo la jurisprudencia, es clara su aplicación cuando la víctima es una mujer heterosexual, lesbiana o bisexual, siempre que la violencia se fundamente en la orientación sexual (real o percibida) de la víctima.
Una persona lesiona a una mujer en razón de su orientación sexual y/o identidad de género.	Art. 119 del Código Penal. Lesiones agravadas en mujer por el hecho de ser mujer. // Art. 53.8 del Código Penal. Circunstancia de mayor punibilidad por motivos discriminatorios.	Atendiendo al caso, se puede aplicar lesiones personales agravadas por cometerse contra una mujer por el hecho de ser mujer o lesiones personales y circunstancia de mayor punibilidad por móviles discriminatorios.
Una persona impide, obstruye o restringe los derechos de una persona, en razón de su orientación sexual y/o identidad de género.	Art.134A del Código Penal colombiano. Actos de discriminación.	
Una persona promueve o instiga actos, conductas o comportamientos orientados a causar daño físico o moral contra una persona, en razón de su orientación sexual y/o identidad de género.	Art.134B del Código Penal colombiano. Hostigamiento.	
Una persona realiza una conducta punible por motivos discriminatorios relacionados con la orientación sexual o identidad de género.	Art. 58, numeral 3 del Código Penal colombiano. Circunstancia de mayor punibilidad por motivos discriminatorios.	Es aplicable en cualquier delito fundamentado en la orientación sexual y/o identidad de género real o percibida de la víctima, con excepción de los casos en que se configuren los tipos penales o agravantes previamente expuestos, puesto que se trataría de una vulneración del principio de non bis in idem.

Elaboración propia a partir del Código Penal colombiano.

Asimismo, en el caso en que se negocien los preacuerdos, será clave que éstos no dejen por fuera el móvil discriminatorio o prejuicioso que ha sido probado. Escobar (2018) sugiere que, en estos casos, por ejemplo, es preferible conceder la aplicación de una circunstancia de menor punibilidad, como la corresponsabilidad del art.56 del Código Penal, en lugar de dejar de aplicar la circunstancia de mayor punibilidad de móviles discriminatorios. Asimismo, no deben quedar consignadas en el preacuerdo razones que “justifiquen” o “naturalicen” los delitos.



REFERENTES BIBLIOGRÁFICOS

Alcaldía Distrital de Bogotá (2013). Lineamientos distritales para la aplicación del enfoque diferencial. Disponible en: [http://intranetsdis.integracionsocial.gov.co/anexos/documentos/2.1_proc_misi_construccion_implementation_politicas_sociales/\(10062015\)_Lineamiento_distrital_para_la%20aplicacion_de%20enfoco_difrencial.pdf](http://intranetsdis.integracionsocial.gov.co/anexos/documentos/2.1_proc_misi_construccion_implementation_politicas_sociales/(10062015)_Lineamiento_distrital_para_la%20aplicacion_de%20enfoco_difrencial.pdf)

Butler, J. (2007). Género en disputa. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Caribe Afirmativo (2018). Enterezas: mejorando la respuesta a casos de violencia contra mujeres lesbianas, bisexuales y trans. Barranquilla: Caribe Afirmativo.

Caribe Afirmativo (2017). Arcoíris en Blanco y Negro: Reflexiones en torno a derechos, condiciones de vida y construcción de Paz de personas LGBTI en el Caribe. Barranquilla: Caribe Afirmativo. <http://caribeafirmativo.lgbt/wp-content/uploads/2013/06/Linea-BaseSubi.pdf>

Caribe Afirmativo (2013). Raros... y oficios. Diversidad sexual y mundo laboral: discriminación y exclusión. Disponible en: <http://caribeafirmativo.lgbt/docs/Raros%20y%20oficios.pdf>

Caribe Afirmativo, Colombia Diversa y Santamaría Fundación (2015). Cuerpos excluidos: rostros de impunidad. Disponible en: <http://caribeafirmativo.lgbt/ddhh/Informe-Violencia-LGBT-Colombia-DDHH-2015.pdf>

Caribe Afirmativo y Colombia Diversa (2018). La discriminación, una guerra que no termina. Disponible en: http://caribeafirmativo.lgbt/wp-content/uploads/2018/07/A-0450_OS_baja-Informe-DDH.pdf

Centro de Memoria Histórica (2014). Enfoque de género. Disponible en: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/areas-trabajo/enfoque-diferencial/genero>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América.

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (2012). Guía para la acción pública contra la homofobia. México D.F.: Conapred. Disponible en: https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/GAP-HOMO-WEB_Sept12_INACCSS.pdf

Corte Constitucional (2016). Sentencia C-297 del 8 de junio. M.P. Gloria Ortiz Delgado. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-297-16.htm>

Corte Constitucional (2016). Sentencia C-257 del 18 de mayo. M.P. Luis Guerrero Pérez. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-257-16.htm>

Corte Constitucional (2014). Sentencia C-671 del 10 de septiembre. M.P. Luis Guerrero Pérez. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-671-14.htm>

Corte Suprema de Justicia (2016). Sala de Casación Penal. Sentencia de octubre 12, Rad. 37175. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Corte Suprema de Justicia (2015). Sala de Casación Penal. Sentencia de marzo 4, Rad. 41457.

Corte Suprema de Justicia (2010). Sala de Casación Penal, Sentencia de 30 de junio, Rad. 33.163, M.P. María del Rosario González Lemos.

Corte Suprema de Justicia (2008). Sala de Casación Penal, Sentencia de 13 de febrero, Rad. 22.783, M.P. Jorge Luis Quintero Milánes.

Díaz, J. (2012). El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de Derecho. Madrid.

Escobar, S. (2018). Experiencias procesales casos LGBT. Ponencia presentada en la Barra académica sobre violencias fundadas en la orientación sexual e identidad de género de las víctimas. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.

Escobar, S. (2016). Del odio al prejuicio: reflexiones sobre la subjetividad y su prueba en los instrumentos penales antidiscriminación. *Estudios Socio-Jurídicos*, 18(2), 175-202.

Foucault, M. (1976). Historia de la sexualidad. Volumen I: La inquietud de sí. 1976. Siglo XXI Editores. Citado por Monsalve, D. (2013). Diversidad sexual: Reflexiones en torno al género, el cuerpo y la sexualidad en el caribe colombiano. Universidad de Cartagena. Facultad de Ciencias Sociales y Educación. Programa Trabajo social. Junio 2013, p 23. Cartagena.

Gayle, R. (2004). Thinking sex: notas for a radical theory of the politics of sexuality, en Henry Abelove, Michéle Aina Barale y David M. Halperin (comps.). *The lesbian and gay studies reader*. New York y Londres, Routledge, p 3. Citada por. SPARGO, Tamsin. Foucault y la teoría queer. Editorial Gedisa. Barcelona, 2004.

Gómez, M. (2004). Crímenes de odio en Estados Unidos. La distinción analítica entre excluir y discriminar. *Debate feminista*. V.29 (p. 158-186).

Gómez, M. (2008). Violencia por prejuicio. En Motta, Cristina y Sáez, Macarena (ed.), *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*. Tomo 2. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for

Reproductive Rights.

Guzmán, J. (2017). Travestis, mujeres trans. Manifiestos hechos cuerpos trans en el caribe colombiano, diferencias y resistencias cotidianas. Monografía de Grado. Universidad de Cartagena.

Monsalve, D. (2013). Diversidad sexual: Reflexiones en torno al género, el cuerpo y la sexualidad en el caribe colombiano. Universidad de Cartagena. Facultad de Ciencias Sociales y Educación. Programa Trabajo social. Cartagena.

Nussbaum, M. (2008). Paisajes del pensamiento: la inteligencia de las emociones. Barcelona: Paidós.

Organization for Security and Co-operation in Europe (2009) Hate Crime Laws – A practical Guide. Poland: OSCE/ODIHR. <https://www.osce.org/odihr/36426?download=true>

Organización Mundial de la Salud (2006). Defining sexual health Report of a technical consultation on sexual health 28–31 January 2002. Ginebra: OMS

Pérez, A. (2017). Transitar periferias y resistir en la precariedad. Construcción de identidades trans en el Caribe colombiano. En: Revista Tabula Rasa. No 17. Bogotá.

Principios de Yogyakarta

Shively, M. (2005). Study of Literature and Legislation on Hate Crime in America. National Institute of Justice. Washington D.C.

Spargo, T. (2004). Foucault y la teoría queer. Editorial Gedisa. Barcelona.

Unidad de Víctimas (27 de enero de 2017). ¿Qué son los enfoques diferenciales?. Recuperado de: <http://www.unidadvictimas.gov.co/es/%C2%BFqu%C3%A9-son-los-enfoques-diferenciales/88>

Uniform Crime Reporting (2015). Hate Crime Data Collection Guidelines and Training Manual.

Velásquez, F. (2009). Derecho Penal Parte General. 4 Ed. Bogotá: Comilibrios y Cia.

