

FAMICIDIO, TRAVESTICIDIO O TRANSFEMICIDIO

Ab. Gabriel Andrés Sagen

-Córdoba 2019-

INDICE

I. INTRODUCCIÓN	5
II. CONSIDERACIONES PREVIAS.	6
<i>II.1. Origen y evolución del término género.</i>	7
<i>II. 2. Identidad de Género. Concepto. Categorías.</i>	10
II.3. Violencia de Género.	13
III. DERECHOS HUMANOS EN JUEGO	15
III.1. Derecho a la Dignidad Humana.....	15
III.2. Derecho a la identidad	18
III.3. Derecho a la igualdad y no discriminación.....	20
IV. SITUACIÓN DE LAS PERSONAS LGTBIQ+ EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.....	22
IV.1. Declaración de Montréal (2006).	22
IV.2. Principios de Yogyakarta.	23
IV.3. Declaración de la ONU sobre orientación sexual e identidad de género.	26
IV.4. Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación y toda forma de Intolerancia.	26
IV.5. Repercusión en el ordenamiento jurídico interno.....	27
IV.6. Ley 23.590 “Penalización de los actos discriminatorios”	28
V. LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS TRANS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ARGENTINO.....	30
V.1. Ley de Identidad De Género (26.743). Conceptos. Implicancias.	32
V.2. Femeneidad travesti.	37
IV. LOS NUEVOS DELITOS DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO.	40
VI.1. Femicidio. Origen y evolución del término.	41
VI.2 Travesticidio.	43
VI.3. Homicidio agravado por odio.....	48

VI.4. Femicidio.....	51
VI.4.1. Bien Jurídico Protegido	52
VI.4.2. Tipo objetivo. La acción típica.....	53
VI.4.3. Sujetos del delito.....	53
VI.4.4. La identidad de género autopercebida de la víctima del delito, como base para la subsunción normativa	58
VII. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	63
VIII. REFLEXIONES FINALES.....	73
IX. BIBLIOGRAFIA.....	75

*“Hace falta coraje para ser mariposa,
en un mundo de gusanos capitalistas”
Lohana Berkins*

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de los grandes avances legislativos a nivel nacional e internacional, la violación de los Derechos Humanos del colectivo LGTBIQ+ (Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales, Intersex, Queer, etc.) y en especial de las personas trans, es una realidad presente no sólo en el ámbito político, religioso, social y cultural, sino también dentro del ámbito del Poder Judicial. En Argentina, los procesos de politización de la sexualidad por parte del colectivo LGTBIQ+ que precedieron a la sanción de la **Ley N° 26.743** -conocida como Ley de Identidad de Género- y las consecuencias jurídicas y sociales a las que dio lugar su entrada en vigencia, merecen ser considerados como experiencias socio-jurídicas muy significativas que permiten reflexionar acerca de cuál es la respuesta que la justicia argentina ofrece en la investigación, persecución y castigo de los crímenes cometidos en contra de la comunidad trans, a partir de una óptica particular, la de quienes se posicionan desde sexualidades e identidades de sexo y género excluidas y discriminadas por la visión heteronormativa, binaria y patriarcal.

Este proceso constituye un ejemplo de la entrada en vigencia de un texto legal que no sólo significa el reconocimiento formal de los derechos de ciertas minorías, sino que favorece y alienta un proceso de transformación social en términos sustantivos que nos obliga a repensar las categorías utilizadas por los operadores del derecho para constatar e individualizar los asesinatos cometidos en perjuicio de la comunidad trans.

A través del presente trabajo, trataré de analizar las implicancias, aportes y desafíos que introdujo la ley de identidad de género, como así también el cambio de paradigma que la mencionada legislación propuso en términos de derechos, iniciando así una era postgenérica, que vela por el reconocimiento y ejercicio del derecho humano a la libre expresión de género y a la promoción de la ciudadanía plena. Para ello, no sólo se analizarán las leyes que protegen los derechos humanos de esta minoría, históricamente vulnerada, discriminada, patologizada, excluida e invisibilizada, sino también, las recientes resoluciones del Poder Judicial Argentino que, a mi entender, lograron compatibilizar los derechos reconocidos por la LIG y las sanciones penales que introdujo la **Ley 26.791** al modificar el art. 80 del Código Penal Argentino. Pese a ello, continúo sosteniendo que en la actualidad y desde el Estado se justifica la violencia, a través de su negación, invisibilización y convalidación en los procesos judiciales. Ya que, estos mecanismos siguen estigmatizando a las personas trans y travestis e impide visualizarlas como verdaderas víctimas del delito.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Como es sabido, los sistemas jurídicos positivos suelen ser buenos espejos de las valoraciones que tiene vigencia en una sociedad determinada, en una época dada. Revisarlos, permite advertir en qué medida el derecho refleja desigualdades sistémicas, dado que normalmente cada individuo posee un status dentro de la sociedad, que le es impuesto con independencia de su voluntad y como consecuencia, si se quiere, de haber nacido en dicho contexto socio-cultural.

Hasta hace muy poco en Argentina, la posición legal y los derechos reconocidos a las personas, en relación a algo tan íntimo y humano como es el libre desarrollo de la personalidad, dependía de haber nacido con sexo masculino o femenino, desoyendo y vulnerando los derechos y garantías reconocidos por los más básicos y antiguos tratados sobre Derechos Humanos, de aquellas personas que no se adecuaban a la concepción de género clásico binaria en su desarrollo psicosexual.

Haber nacido con sexo masculino o femenino, como la mayoría de las diferencias de status, son desigualdades naturales, en el sentido de que dependen del nacimiento y de otras circunstancias inalterables que, por lo general, están fuera del control de cada individuo.

Basta con hacer un breve repaso en la historia del derecho argentino para empaparnos de ejemplos de status impuestos por el sistema jurídico argentino. A modo de ejemplo, puede mencionarse que antes de la reforma de Código Civil mediante la sanción de la ley 11.357, el art. 55 instituía la incapacidad civil de la mujer casada, mientras que el art. 57 inc. 4, establecía “*son representantes de los incapaces:... de la mujer, su cónyuge*”. También puede hacerse alusión al derecho al voto, instaurado en 1912 por la conocida ley Sáenz Peña (8871), que estatuyó el voto universal, secreto y obligatorio. Pese a que la ley no hacía ningún tipo de distinción en relación al sexo de las personas, las mujeres se vieron imposibilitadas de ejercer sus derechos civiles y políticos hasta que 1947, el gobierno de Juan Domingo Perón sancionó la ley 13.010, que permitió que las mujeres de la República Argentina pudiera votar y se candidatas. Así, ser soltero, poseer una incapacidad funcional o enfermedad mental, pertenecer a cierto rango, casta, raza, religión, nacionalidad, ser menor de edad o adulto mayor, haber sido declarado ausente con presunción de fallecimiento, en concurso preventivo, en quiebra, o culpable de la comisión de un hecho delictivo, signaba la suerte, derecho y destino de las personas.

Esta escueta ejemplificación da cuenta que muchas de las situaciones que fueron consideradas normales e incluso avaladas por la entonces legislación vigente, son, o deberían ser, consideradas discriminatorios y violatorias de los derechos humanos más básicos de las personas.

Estas reflexiones nos llevan a preguntarnos si son moralmente válidas aquellas interpretaciones que sostiene que las mujeres trans no pueden ser sujetos pasivos del delito de femicidio por el hecho de haber nacido varón, o mejor aún ¿dichas posturas se ajustan al ordenamiento jurídico vigente? Desde ya me inclino por la negativa, toda vez que negarle a

una mujer trans la posibilidad de ser considerada como sujeto pasivo de la figura del femicidio es negarle su condición de mujer. Toda vez que el actual ordenamiento jurídico sólo reconoce una clase de mujer y no subcategorías de la misma.

Ahora bien, antes de analizar las recientes reformas legislativas sobre la materia y las resoluciones judiciales más relevantes en relación a la comunidad trans, procede adelantar qué se entiende por género, para luego referirnos a los conceptos: identidad de género y violencia de género, sobre todo porque ya se han realizado numerosas críticas en relación a la utilización de dichos términos.

II.1. Origen y evolución del término género.

Al respecto, es necesario adelantar que el problema central o mayor objeción radica en que, en la actualidad, no existe un concepto unívoco de género, ni tampoco una interpretación homogénea en su acepción jurídica, lo que dificulta aún más la comprensión y el alcance del articulado que nos convoca.

Originariamente, el género fue definido en contraposición a sexo en el marco de una posición binaria sexo/género, aludiendo la segunda a los aspectos psico-socioculturales asignados a varones y mujeres por su medio social y restringiendo el concepto sexo a las características anatomofisiológicas que distinguen al macho de la hembra en la especie humana. Esta primera corriente se centró en explicar cómo los sujetos adquieren y actúan los roles e identidades de género, a través del proceso de sociabilización. Así, este enfoque suponía la existencia de una identidad personal o de un yo delimitado originariamente que, a través del proceso de sociabilización, adquiriría las capacidades, motivaciones y prescripciones propias de su identidad genérica adaptándose a las expectativas y mandatos socioculturales. De esta manera, el enfoque garantizaba la existencia de un orden de género sin fisuras (heteronormatividad). En otras palabras, esta corriente suponía que las personas nacidas con sexo masculino, por el sólo hecho de haber nacido con órganos genitales masculinos, se identificarían sólo y exclusivamente con el género masculino y a través del proceso de sociabilización, aprehenderían los mandatos sociales propios de su género preestablecido. Razón por la cual, todas aquellas personas que no se adecuaban a la concepción clásico/binaria, eran consideradas desviadas y/o anormales. Esta desviación social, entendida en los términos de la teoría funcionalista de Émile Durkheim, tendía a revertirse mediante pretendidos discursos científicos que patologizaban o criminalizaban a aquellas personas cuya identidad y/o expresión de género rompía las reglas del sistema heteronormativo dominante.

La concepción biologicista se mantuvo incólume hasta principios de los años 70. En 1972, la distinción sexo-género fue planteada desde la sociología por Ann Oakley ¹. Esta mujer fue la primera en precisar las diferencias existentes entre los conceptos sexo y

¹ Oakler, Ann (1991). *Sex, Gender and Society*. Londres. EBook ISBN 9781351900928.

género. Así, atribuyó al sexo las diferencias fisiológicas entre hombres y mujeres y al género las pautas de comportamiento culturalmente establecidas en el ámbito de lo femenino y lo masculino. Es por ello, que algunos autores consideran que el actual concepto de género reconoce sus orígenes en los contextos médicos y antropológicos antes que en los movimientos feministas.

Lo verdaderamente cierto es que, las teorías feministas, entre los que se destacaron los aportes de la filósofa francesa Simone de Beauvoir, propusieron una teoría que partía de la idea de que el género era socialmente construido, mientras que el sexo (entendido desde su genitalidad), era biológicamente determinado. La teoría principal de Beauvoir fue que “la mujer”, o más precisamente lo que entendemos por mujer (femenina, coqueta, cariñosa, madre, débil, incapaz de derecho, etc.) es un producto cultural que se ha construido socialmente, ya que muchas de las características que las mujeres presenta no les fueron dadas genéticamente, sino que fueron adquiridas por la manera en la que fueron educadas y socializadas. Es por ello que Beauvoir es recordada por su célebre frase “no se nace mujer: llega uno a serlo”².

Así, la primera ola del feminismo hizo suyo los aportes de Beauvoir para cuestionar fuertemente la teoría biologicista, principalmente por su sesgo funcionalista y mecanicista. Pues, si se tratara sólo de roles (en el sentido dado por el sociólogo estadounidense T. Parson), debería pensarse que son complementarios, lo cual despolitizaría la problemática de la desigualdad y consecuentemente ocultaría las cuestiones de poder y de conflicto, propias de las relaciones de subordinación. Estas ideas fue retomada por la filósofa estadounidense Kate Millet, en su ensayo titulado “*Sexual Politics*”³, en el cual analizó la dinámica entre los sexos como una relación de poder retomando el concepto weberiano de *Herrschaft*. A partir de los aportes teóricos de Millet, la crítica feminista refirió que la vida en sociedad está simbólicamente y materialmente dividida en dos géneros y que, entendiendo que estos son construidos, parafraseando a Simone de Beauvoir, es de suyo cuestionar la estratificación política y económica, la división sexual del trabajo, el reparto de roles y, en definitiva, todas las categorías con las que se había manejado el pensamiento social y político hasta el momento. Estas teorías coincidieron en afirmar que el género no era una identidad natural –como lo determinaban las teorías biologicistas-, sino una verdadera categoría política surgida en el marco de un discurso heterocentrado.

Por otro lado, la teoría biologicista sucumbió al ser incapaz de explicar las variaciones existentes entre personas pertenecientes a un mismo género/sexo –como es el caso de las personas homosexuales-, como así también, el cambio de los discursos y prácticas en la dimensión social, referidas a las actividades, comportamientos, valores, etc.

² De Beauvoir, Simone (1957) *El segundo sexo*. Buenos Aires. Ed. Siglo XX.

³ Millet, Kate (1970). *Política Sexual*. Madrid (Edición en español). Ed. Ediciones Cátedra S.A.

esperables en una mujer identificada con el género femenino o un varón identificado con el género masculino.

Otra de las características centrales de esta primera etapa fue el centralismo de los estudios de género en la interpelación y denuncia de la posición discriminada y subordinada de la mujer, ignorando que en su sentido más cabal, género, alude a una relación de poder social que involucra tanto a las mujeres y lo femenino, como a los varones y a lo masculino.

Fue recién en los años 90 que la filósofa Judith Butler se vuelva hacia las conceptualizaciones foucaultianas e inicia el camino de la deconstrucción, no ya sólo de la identidad y la subjetividad femeninas, sino del propio discurso feminista hasta ese momento. En ese contexto surgen las teorías *queer*, que se ubicaron en franca contraposición a las teorías biologicistas. Estas teorías afirmaron –al igual de Butler- que los géneros, las identidades sexuales y las orientaciones sexuales de las personas, son el resultado de una construcción social y que, por lo tanto, no están esencialmente o biológicamente inscriptos en la naturaleza humana, sino que se tratan de formas socialmente esencialmente variables.

Previo a ello, el surgimiento de identidades sexuales transgresoras, tales como lxs travestis y lxs homosexuales -que reivindicaron una identidad sexual propia-, llevó a que en 1963 se creara el concepto de “identidad genérica”, concepto que fue cuestionado por el feminismo de la tercera ola ya que, al igual que la teoría biologicista, no podía dar cuenta de las múltiples identidades que reclamaban un status.

Al respecto, Judith Butler, en su libro “El género en disputa”⁴, impugnó las categorías de género y deshizo su radical separación respecto al sexo argumentando que el dimorfismo sexual de la especie humana había sido tomado como criterio de diferenciación de forma culturalmente establecida. A su vez refirió que el discurso de la “identidad genérica” no era más que una ficción reguladora sin bases biológicas, que sólo le era útil al paradigma masculino de dominación. Retomando la idea de Beauvoir, afirmó que el género es una construcción social y por lo tanto deviene irrelevante la diferencia sexual como generador de una política subversiva. Así, resaltó que la búsqueda de identidades sexuales binarias no hacía sino reforzar la discriminación sexual que perpetúa roles asociados al sexo y por tanto a la escisión cultural del mismo. Más adelante, en su libro “*Gender Trouble*”, Judith Butler problematizó el concepto binario de género (femenino/ masculino) y sugirió que los actos performativos y repetitivos modelaban y definían al género dentro del colectivo social. Según su teoría, estos actos y gestos performativos creaban la ilusión individual y colectiva de fabricación cultural que obedecía a cánones heterosexuales, de que sólo existían dos géneros organizados, idealizados y deseados. Es por ello que propuso desestabilizar la

⁴ Butler, Judith (2001). *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Buenos Aires. Ed. Paidós. Es la versión española de *Gender trouble. Feminism and the subversion of identity*. Nueva York. Ed. Rouledge, 1990.

categoría “mujer”, a través de su deconstrucción como identidad o sujeto pre-discursivos de la política feminista, abriéndolo de este modo a las posibilidades de una resignificación permanente.

Es por ello que la teoría *queer* se caracterizó por rechazar la clasificación de los individuos en categorías universales y fijas, como varón o mujer, heterosexual u homosexual, transexual o travesti, al considerar que dichas clasificaciones estaban sujetas a restricciones impuestas por una cultura en la que la heterosexualidad es obligatoria – heteronormatividad-, y sostuvo que estas categorías escondían un sin número de variantes. Así, en contraposición al concepto clásico de género, que partía de la distinción entre la heterosexualidad aceptada como normal (en inglés *straight*, es decir, recto) de lo anómalo (en inglés *queer* o retorcido), la teoría *queer* afirmó que todas las identidades sociales son igualmente anómalas.

Lo verdaderamente cierto es que, cualquiera sea la corriente de pensamiento que se adopte, no puede negarse que el concepto de género, es un constructo social en permanente transformación y no una propiedad fija y terminada de los sujetos y por lo tanto condenada a la perpetua repetición como lo sostenían las posiciones biologicistas. De ahí que hoy sea posible hablar, como lo plantea Linda Nicholson, de una genealogía de las concepciones de género⁵

Este nuevo paradigma, permite colocarnos frente a la cuestión de género desde una posición diferente, impulsándonos a detectar y explicar cómo los sujetos se en-generan en y a través de una red compleja de discursos, prácticas e institucionalidades históricamente situadas, que le otorgan sentido y valor a la definición de sí mismos y de su realidad.

Estas líneas de pensamiento conducen, necesariamente, a una reflexión sobre la noción de sujeto y subjetividad, incluso desde la óptica del Derecho Penal, por lo que detenerse en estas cuestiones deviene fundamental para clarificar no sólo las producciones teóricas, sino también la práctica y en especial, la manera en que los operadores jurídicos subsumen los asesinatos de las mujeres trans en los distintos tipos penales contemplados en el art. 80 del C.P.

II. 2. Identidad de Género. Concepto. Categorías.

Habiendo explicado las diferencias existentes entre los conceptos de sexo y género, resta aclarar explicar, a los fines de evitar cualquier tipo de confusión, qué se entiende por identidad de género.

Atendiendo a las diferentes y múltiples categorizaciones y conceptos existentes, así como los debates que se dan en diferentes ámbitos académicos y sociales, la Unidad para los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (LGBTI) de la

⁵ Warner, Michael (1999). *The trouble whit normal*. New York: The free press. ISBN 0-684-86529-7

CIDH, ha tomado nota de la terminología que nos convoca y al mismo tiempo ha reconocido la auto-identificación de cada persona *como una línea de guía fundamental*.

Como se adelantó, existen múltiples definiciones de los conceptos **identidad de género y orientación sexual**⁶. Sin embargo, las utilizadas en este ensayo son las contenidas en los Principios de Yogyakarta (2007), cuya principal característica consiste en que su definición es independiente del sexo registral de cada una de las personas y cuyo determinante es la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente.

En este orden conceptual, los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (Principios de Yogyakarta), define la **identidad de género** como *“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”*.

A continuación, el documento explica que existen una serie de variantes de la identidad de género y expresa que el **transgenerismo** (personas trans), es un término utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género de las personas, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de estas y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada al mismo. Seguidamente, aclara que una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos (Naciones Unidas, 2013), siendo esta la línea de pensamiento seguida por los legisladores argentinos al sancionar la Ley de Identidad de Género, como se verá al analizar la legislación nacional.

Conforme al documento citado, una subcategoría del transgenerismo sería el caso de las personas travesti. En términos generales, las personas **travestis** son aquellas que expresan su identidad de género —ya sea de manera permanente o transitoria— mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuestas a las que socioculturalmente se les asignan a su sexo biológico, la que puede incluir (o no) la modificación de su cuerpo a través de intervenciones quirúrgicas y/o hormonales.

A su vez, el documento define a las personas **transexuales** como aquellas que se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto al que social y culturalmente se le asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica –

⁶ Los términos y definiciones fueron extraídos del Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH”, en cumplimiento de la Resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11) Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012.

hormonal, quirúrgica o ambas- para adecuar su apariencia físico-biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.

Por último, nos encontramos con una tercera subcategoría, compuesta por las personas **intersex**. Estas, son aquellas que poseen características genéticas de hombres y mujeres y se han definido como todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente. Históricamente, la comprensión de esta identidad biológica específica, se ha denominado a través de figuras mitológicas del hermafrodita –la persona que nace con ambos sexos-, es decir, literalmente, con pene y vagina. En la actualidad, el movimiento social LGTBIQ+, como la literatura médica y jurídica contemporánea, consideran que el término **intersex** es técnicamente más adecuado. Una persona intersex puede identificarse como hombre o mujer o como ninguno de los dos, mientras que su orientación sexual puede ser lesbiana, homosexual, bisexual o heterosexual.

Por su parte, la Asociación Americana de Psicología define la **orientación sexual** como una atracción emocional, romántica, sexual o afectiva duradera hacia otros, que se diferencia de la conducta sexual, porque se refiere a los sentimientos y al concepto de uno mismo. Aclarando que las personas pueden o no expresar su orientación sexual en sus conductas. Según la misma fuente, la orientación sexual existe a lo largo del continuo que va desde la heterosexualidad exclusiva hasta la homosexualidad exclusiva e incluye diversas formas de bisexualidad.

A su turno, los Principios de Yogyakarta definen la **orientación sexual** como la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha definido la **expresión de género** como la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado (CIDH, 2008).

De ello se colige que una persona que nació con sexo biológico masculino, puede identificarse con el género socioculturalmente esperable al sexo opuesto, modificar su cuerpo a través de procedimientos médico-hormonales para adecuar su físico a la autopercepción de sí mismo y sentirse atraído física y emocionalmente hacia personas del mismo género. Es decir, si se tratara de una persona que nació con el sexo biológico correspondiente al macho de la especie humana, pero que se autopercibiera con el género femenino y adecuara quirúrgicamente su cuerpo a su género y se sintiera atraído física y emocionalmente por personas de su mismo género, estaríamos en presencia de una mujer transexual homosexual. Ahora bien, si esta misma persona se sintiera atraída por personas de un género opuesto al autopercebido, sería una mujer transexual heterosexual. Lo cierto es que, e independientemente de cuál sea su objeto de deseo, estaríamos, en ambos casos, en

presencia de una verdadera mujer. Ello se debe a que el transgenerismo se refiere sólo y exclusivamente a la identidad de género del individuo y no a su orientación sexual que, por lo tanto, puede ser heterosexual, homosexual o bisexual.

II.3. Violencia de Género.

Habiendo explicado las diferencias entre sexo y género, pasaré a analizar qué debería entender por violencia de género, en el contexto actual.

Antes de ahondar en el tema, es necesario señalar que la mayoría de los documentos internacionales no ofrecen una definición explícita de violencia de género, sino que contienen cláusulas generales de *no discriminación*. Para peor, los instrumentos internacionales⁷ relacionados directamente con la temática bajo examen, se refieren sólo y exclusivamente a la violencia ejercida en contra de las mujeres y omiten referirse al género como categoría de análisis independiente o, directamente, definen “violencia contra las mujeres” como sinónimo de violencia de género.

Si se tiene en cuenta las recomendaciones efectuadas en los Principios de Yogyakarta para aplicar la legislación internacional sobre derechos humanos a los problemas que afectan a la comunidad LGTIBQ+, se colige que, en el derecho internacional no existe plena conciencia respecto de las diferencias conceptuales existentes entre las categorías *sexo* y *género* –ya analizadas-, toda vez que los tratados internacionales relacionados a la materia suelen agruparlas en una sola categoría, asociando normativamente los atributos masculinos y femeninos al sexo biológico de las personas. Ello ha llevado a varios doctrinarios de nuestro país, entre ellos a Jorge Eduardo Boumpadre, a sostener que “*la violencia de género es violencia contra la mujer*”⁸.

Pero lo verdaderamente cierto es que, la violencia de género, no es más que un tipo específico de violencia interpersonal; que puede ser definida como el tipo de violencia física o psicológica ejercida en contra de cualquier persona o grupo de personas sobre la base de su orientación o identidad sexual, sexo o género y que impacta de manera negativa en su identidad y bienestar social, físico, psicológico o económico.

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas, el término violencia de género se utiliza para distinguir la violencia común de aquella que se dirige a individuos o grupos de individuos sobre la base de su género, constituyéndose en una verdadera violación de los Derechos Humanos; tal enfoque es compartido por *Human Rights Watch* en diversos estudios realizados en los últimos años.

⁷ Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1992) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará, 1994).

⁸ Boumpadre, Jorge Eduardo. (2013) *Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal. Los nuevos delitos de género*. Córdoba. Ed. Alveroni. Pág. 137.

De hecho, ONU Mujeres, ha advertido sobre el error habitual de considerar la expresión violencia de género como sinónimo de la expresión violencia contra la mujer, señalando que el concepto de violencia de género es más amplio y tiene como fin destacar la dimensión de género en la subordinación de la mujer en la sociedad y su vulnerabilidad frente a la violencia, que es dirigida contra cualquier persona que no respete los roles que una sociedad determinada le impone a hombres y mujeres, razón por la cual también hombres y niños y en especial las personas trans, pueden y suelen ser víctimas de la violencia de género⁹.

Recordemos que al analizar el concepto de género, se refirió que éste constituye una relación social de poder que crea y mantiene relaciones sociales asimétricas entre sujetos generizados, en el que la mujer se encuentra subyugada al poderío del hombre, pero, paralelamente, construye y mantiene normas heteropatriarcales que excluyen a los individuos que se desvían de este modelo. De ello se desprende que es la *feminidad* y no el sexo biológico de las personas, lo que expone a los individuos a múltiples formas de violencias y discriminación. Es por ello, que en el presente trabajo se entenderá por violencia de género a toda acción u omisión basada en el género, que usa la fuerza (física, verbal y/o emocional) para lograr que otra persona haga o deje de hacer algo en contra de su voluntad, que atenta contra los bienes, la libertad, la salud y los Derechos Humanos, e implica daños físicos, económicos, sexuales y/o psicológicos.

Sobre este punto, resulta dable mencionar que Amnistía Internacional ha referido que la violencia hacia las mujeres trans es también violencia de género, que se funda en la violación de derechos humanos debido a la negación e impedimento del disfrute de sus derechos fundamentales mediante el no reconocimiento de su identidad, el que redundan en la violación de otros derechos constitucionales tales como el derecho al disfrute de una vida libre de violencia, a la educación, al trabajo, a la salud, a una vivienda digna, a la no discriminación, a la libertad, a la igualdad, al reconocimiento y respeto de su identidad, entre otros.

⁹ Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ed.). «Definición de la violencia contra las mujeres y niñas». *Centro Virtual de Conocimiento para Poner Fin a la Violencia contra las Mujeres y Niñas*. Consultado 2 de febrero de 2019. «Frecuentemente los términos “violencia basada en género” y “violencia contra las mujeres” son usados de modo indistinto en la bibliografía y por los abogados, sin embargo, el término “violencia basada en género” se refiere a aquella dirigida contra una persona en razón del género que él o ella tiene así como de las expectativas sobre el rol que él o ella deba cumplir en una sociedad o cultura. La violencia basada en el género pone de relieve cómo la dimensión de género está presente en este tipo de actos, es decir, la relación entre el estado de subordinación femenina en la sociedad y su creciente vulnerabilidad respecto a la violencia. Sin embargo, resulta importante advertir que tanto hombres como niños también pueden ser víctimas de la violencia basada en el género, especialmente de la violencia sexual.»

Lo hasta aquí analizado, nos invita a reflexionar desde dónde hay que mirar la violencia de género, pues, a rigor de verdad, la violencia de género no se asimila y mucho menos se circunscribe a la violencia ejercida en contra de la mujer en sentido biológico. Ésta, es sólo una sub categoría de la violencia de género y para nada lo agota, ya que la violencia de género la vive toda persona desde el momento mismo de su nacimiento, al imponérsele una identidad de género que modulará sus cuerpo sexuado y que afectará también (en distintas formas y niveles) a todas aquellas personas que pretenden organizar sus vidas en los márgenes de una cultura sexual hegemónica¹⁰. Sostener lo contrario, implicaría invisibilizar e ignorar categorías no hegemónicas del género y su expresión. Es más, asociar las problemáticas del género al binomio heterosexual implicaría, por un lado, no admitir que la sexualidad es un fenómeno individual, complejo y diverso, y por el otro, un retroceso en los avances académicos del concepto género y su expresión.

Resulta entonces necesario deconstruir la noción tradicional de género y utilizar la noción en forma inclusiva, sin pretender someter al paradigma heterosexual a todos los seres humanos. Es que sólo incluyendo a los cuerpos transexuales, se podrá a empezar a trabajar en alternativas válidas para evitar la violencia de género, que hasta el momento subyace en el mismo término, en la medida en que es usado en forma excluyente de las expresiones de género no convencionales.

III. DERECHOS HUMANOS EN JUEGO

III.1. Derecho a la Dignidad Humana

La idea de dignidad humana ha sido objeto de numerosos debates filosóficos y ocupa un lugar relevante en el derecho internacional. A pesar de ello, se trata de un concepto controvertido básicamente porque es una expresión eminentemente ética-filosófica.

Sin pretensiones de exhaustividad, considero que resulta conveniente realizar algunas reflexiones acerca del concepto dignidad humana, a la hora de analizar cómo se deberían aplicar las disposiciones del Código Penal Argentino al juzgar los homicidios cometidos en contra de las personas trans. Sobre todo porque varios doctrinarios argentinos, ya se han expresado en contra de la utilización de la figura del femicidio cuando de mujeres trans se trata.

De la lectura de diversos tratados internacionales y leyes fundamentales, entre las que se encuentra la Constitución de la Provincia de Córdoba, se observa que el concepto de dignidad humana aparece expresamente relacionado con el respeto absoluto que se le debe al ser humano por el solo hecho ser persona. A modo de ejemplo, la Ley Fundamental Alemana, en su artículo primero, destaca el concepto de la dignidad humana y lo vincula

¹⁰ Huacuz Elías, María Guadalupe, 2011, "Introducción", en Huacuz Elías, María Guadalupe (ed.), *La bifurcación del caos. Reflexiones interdisciplinarias sobre violencia falocéntrica*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Editorial Itaca.

directamente con el goce y disfrute de los derechos fundamentales del ser humano. Asimismo obliga al Estado a protegerla incluso contra los actos provenientes de los órganos de gobierno. Así, la citada ley fundamental expresa "1) *La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.* 2) *El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo*".

A su turno, el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa, en su primer Considerando, que "*la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad*"; a su vez, en su quinto Considerando afirma que "*los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en... la dignidad y el valor de la persona...*".

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre afirma, en el Considerando 1º, que "*los pueblos americanos han dignificado la persona humana...*"; mientras que el Considerando 2º refiere "*...los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...*".

Esta misma línea de pensamiento fue seguida por los constituyentes cordobeses al redactar la Constitución de la Provincia de Córdoba, toda vez que en el preámbulo de nuestra carta magna expresamente se lee "*...nos los representantes del pueblo de la Provincia de Córdoba, reunidos en convención constituyente, con la finalidad de exaltar la dignidad de la persona y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos...*". A su vez, el art. 4 consagra –al igual que la Ley Fundamental Alemana– el carácter inviolable de la dignidad humana y compele a la comunidad y, en especial, a los poderes públicos, a protegerla frente a cualquier acción u omisión que intente vulnerarla.

De ello se colige que tanto a nivel local como internacional, se tiene en cuenta el principio de la "eminente dignidad de la persona humana", a la que todo individuo, y en especial los órganos del estado, están obligados a respetar y proteger. Es que, como bien lo señaló el filósofo alemán Immanuel Kant, este postulado occidental y cristiano es el fundamento de todos los derechos y deberes del ser humano.

Como es sabido, Kant concibe a la dignidad como un valor intrínseco de la persona moral, la cual no admite equivalentes. Al respecto, señala que dignidad no debe ser confundida con ninguna *cosa*, con ninguna *mercancía*, dado que no se trata de nada útil ni intercambiable o provechoso. El filósofo alemán enseña que el ser humano, en cuanto ser dotado de razón y voluntad libre, es un fin en sí mismo, que, a su vez, puede proponerse fines. Es un ser capaz de hacerse preguntas morales, de discernir entre lo justo y lo injusto, de distinguir entre acciones morales e inmorales y de obrar según principios morales, es decir, de obrar de forma responsable. Los seres moralmente imputables son fines en sí mismos, esto es, son seres *autónomos* y merecen un *respeto incondicionado*. El valor de la persona no remite al mercado ni a apreciaciones meramente subjetivas (de conveniencia, de

utilidad, etcétera), sino que proviene de la dignidad que le es inherente a los seres racionales libres y autónomos.

En consecuencia, la *autonomía moral* es el concepto central con el que Kant caracteriza al ser humano y constituye el fundamento de la dignidad humana: "La *autonomía*, es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional"¹¹. Esta caracterización moral marca una diferencia entre los animales y los seres humanos y, a la vez, deja abierto un espacio para el respeto a otros seres que pudieran ser moralmente imputables.

El reconocimiento de todo ser personal, y particularmente de todos los seres humanos como personas, tiene como consecuencia fundamental que cada uno debe ser tratado *siempre* al mismo tiempo como fin y nunca *sólo* como medio. De esta comprensión deriva Kant el imperativo categórico: "Obra del tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como un fin y nunca solamente como medio". Como consecuencia, refiere que siempre que se objetiviza al otro y se lo instrumentaliza -es decir, se lo utiliza sólo y exclusivamente para los fines propios-, se lesiona su dignidad como persona.

En síntesis, desde la perspectiva de la ética kantiana, puede sostenerse lo siguiente: por un lado, la dignidad humana es una cuestión fundamentalmente moral: radica en la autonomía. El fundamento de la dignidad humana no remite a la constitución ontológica o a la especificidad genética (ésta posibilita sólo la demarcación entre los seres que pertenecen y los que no pertenecen a la comunidad moral), sino a la *autonomía* como capacidad moral y autofinalidad. En consecuencia, *todos* los miembros de la *especie humana* poseen, por principio, la misma dignidad.

De lo hasta aquí expuesto, se colige que la mayoría de los textos legales consideran a la dignidad humana, como algo natural de todo ser humano. Es por ello que en vez de tratar de esbozar una definición respecto de qué debe entenderse por ella, se encargaron de destacar que su finalidad es exaltar la dignidad de las personas, reconociéndola como algo propio y natural de la raza humana y por lo tanto previa a la existencia de los Estados, limitándose a garantizarla y protegerla al proclamarla inviolable.

Por tal razón, considero que la dignidad humana debe ser el norte que guíe a los operadores jurídicos a la hora de analizar, investigar y resolver los crímenes cometidos en contra de la comunidad trans. Ya que jamás se podrá reconocer el derecho a la identidad de las personas si se desconoce la autonomía que cada ser humano posee para ser reconocida como un fin en sí mismo. Pretender juzgar los homicidios cometidos en contra de las personas con identidad de género diversa, desde el punto de vista heteronormativo, patriarcal y binario, sería ignorar el derecho de estas personas a un trato digno, que incluye, sin lugar a dudas, el respeto y la tutela de la identidad conforme a la vivencia interna de

¹¹ Kant, Immanuel (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México. Ed. Porrúa.

cada individuo, lo que exige su categorización de acuerdo a su identidad de género autopercibida.

III.2. Derecho a la identidad

Este derecho fue reconocido a nivel de la más avanzada jurisprudencia y doctrina extranjera. La corte de Casación Italiana, pionera en sistematizar una doctrina tutelar del derecho a la identidad, se expresó en el sentido de que “*cada sujeto tiene un interés generalmente considerado merecedor de tutela jurídica, de ser representado en la vida de relación con su verdadera identidad*”¹².

Por su parte, y de *lege data*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 14 de la Convención de Roma, que comienza enunciando “*el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en este Convenio debe ser asegurado sin distinción alguna*”, señaló algunos aspectos centrales: a) la condición específica de “no discriminación” no debe entenderse en el sentido de que éste prohíba el establecimiento de diferenciaciones legítimas; b) una diferencia de trato vulnera el art. 14 cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable; la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada, considerados desde la perspectiva de los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas; c) una diferenciación no sólo debe perseguir una finalidad legítima, sino que ha de respetar asimismo una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida; d) el derecho a la igualdad protege a los individuos o grupos que se encuentren en una situación comparable¹³.

Lo aludido constituye un compromiso solemne que adquieren los estados firmantes de los Tratados de Derechos Humanos, fruto del cual deben llevar a cabo todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que impidan que esas disposiciones gobiernen efectivamente, ajustando su legislación interna a los principios contenidos en el ordenamiento internacional.

Sobre este punto es importante señalar que Fernández Segado ha señalado que el derecho a la identidad tiene una doble proyección; una **estática**, referida a la identificación física, biológica o registral de un sujeto - como el nombre, la imagen, el sexo, el lugar y la fecha de nacimiento, la huellas digitales, la filiación, la nacionalidad, el ADN, etc.-; mientras que la identidad **dinámica** trasciende a la estática y se extiende a la “verdad personal o proyecto de vida” de cada sujeto que comprende el derecho de cada uno a que se le reconozca como titular de sus actividades reales y potenciales y de sus principales

¹² Corte de Casación Italiana, sentencia del 22/6/85 citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Derecho a la Identidad” Buenos Aires, Ed. Astrea, 1996, Pág. 86.

¹³ Conf. FERNÁNDEZ Segado, Francisco (1992). *El sistema constitucional español*, Pág. 202, Ed. Dykinson, España, en Gil Domínguez, Andrés, La discriminación: una cuestión constitucional, La Ley S.A., 2001-B, 896

activos, que para las mayorías son sus tierras, viviendas y pequeños negocios. Ahora bien, si consideramos a la vida, a la libertad y a la identidad como una trilogía de intereses, calificados como esenciales entre los esenciales, hemos de concluir que éstos merecen una privilegiada y eficaz tutela jurídica.

El primer bosquejo del derecho a la identidad personal proviene de la sentencia del pretor romano del 6 de mayo de 1974 la cual reconoce, por primera vez, el derecho a la identidad personal como la “verdad personal” proyectada socialmente (Fernández 1992: 63 y 66). Hasta antes de esta innovadora sentencia, el derecho a la identidad era concebido en Italia sólo en su dimensión estática. Luego de esta precursora sentencia, los jueces italianos emitieron algunas sentencias relativas a la dimensión dinámica del derecho a la identidad, pero dichos pronunciamientos recién empezaron a organizarse a partir de la sentencia de la Corte de Casación Italiana del 22 de junio de 1985. El aporte fundamental de esta sentencia consistió en concebir a la identidad personal “como un bien especial y fundamental de la persona, que implica, entre otros, el derecho de cada sujeto a exigir el respecto de su modo de ser en la realidad social y a que se garantice su libertad de desarrollarse integralmente como persona individual”.

A nivel de la comunidad internacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, reconoce el carácter fundamental e inalienable del derecho a la identidad personal de los menores de edad (artículos 6, 7 y 8). En Sudamérica, el reconocimiento del derecho a la identidad en su doble dimensión –estática y dinámica– recién se inicia a partir de los años noventa, al consignarse en constituciones y leyes de Perú, Ecuador, Argentina, entre otros.

A pesar de ello, las personas trans tuvieron que esperar hasta el año 2012, con la sanción del Ley de Identidad de Género, para que se les reconozca su derecho a la identidad, en su doble dimensión, formal –al permitirles el cambio de registración– y dinámica, al obligar a todas las personas y a los órganos del estado a reconocer y proteger el derecho a la identidad de género autopercebida, la que se proyecta como una potestad inherente a la persona, que va más allá de la simple facultad de solicitar la rectificación registral ante el Registro Nacional de las Personas. Como se verá *infra*, la propia ley, en consonancia con lo establecido en los Principios de Yogyakarta (2007), establece que toda persona tiene derecho al libre desarrollo conforme a su identidad de género y a ser tratada y respetada de acuerdo con esa identidad. Esta tutela que brinda la ley, comprende necesariamente el derecho de quien, siendo atacada y/o asesinada en un contexto de violencia de género, sea amparada por la legislación penal dirigida a castigar los crímenes de dicha naturaleza. Razón por la cual, resultará viable hablar de femicidio, travesticidio o transfemicidio, de acuerdo al contexto en el que se produjo el asesinato y la identidad de género que dicha persona ostentaba antes de morir.

Es que la identidad dinámica, puesta de manifiesto a través del “proyecto de vida” de cada ser humano, comprende, entre otros, el derecho de cada persona a que se le reconozca su identidad de género autopercebida, así como el derecho a que se le brinden los

instrumentos jurídicos y mecanismos institucionales necesarios para realizar sus actividades y defender sus derechos dentro un sistema legal, moderno e inclusivo, que tenga en cuenta que la identidad de género de cada persona, poco tiene que ver con sus características anátomo-fisiológica o interpretaciones dogmáticas basadas en teorías hegemónicas del género y sus implicancias.

Es por ello que adscribo a la interpretación jurídica del jurista Fernández Sessarego, al sostener que la tutela jurídica efectiva del derecho a la identidad personal – especialmente teniendo en cuenta la extensión de su aspecto dinámico- debe ser enfocada desde la perspectiva de la tutela integral de la persona. Toda vez que, siendo el ser humano “...una unidad inescindible, en la que se conjugan naturaleza y espíritu, soma y sique...” su tutela debe ser también integral¹⁴.

III.3. Derecho a la igualdad y no discriminación.

Tal y como lo reconoce la más calificada doctrina internacional, el principio de igualdad y no discriminación es la base del sistema internacional de protección de derechos humanos. De hecho, es un principio de orden transversal que se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En este sentido, y como se adelantó al analizar el principio de la dignidad humana, la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra en su artículo primero que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. A su vez, en su artículo segundo, establece que “*todas las personas tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*”.

A su turno, el Pacto Internacional sobre los derechos Civiles y Políticos (art. 2.1) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2) establecen la obligación de cada Estado parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en ellos, sin discriminación alguna por raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Además, el artículo 26 del PIDCP establece que todas las personas son

¹⁴ “... La tutela integral de la persona...no considera inadecuada la presencia de un conjunto de derechos subjetivos típicos, que se hagan cargo de diversos intereses existenciales, siempre que se tenga presente que todos ellos se vinculan esencialmente ya que se refieren a un solo y único “yo”. Pero, al mismo tiempo, al lado de esta multiplicidad de derechos subjetivos, no debe desconocerse la posibilidad de que, a través de una clausula general y abierta, se pueda proteger cualquier interés existencial aun en el caso que no estuviese expresamente tutelado por un derecho subjetivo.” FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. (2015) “*El Derecho a la Identidad Personal*”. Buenos Aires: Editorial Astrea, Segunda edición actualizada y ampliada, Instituto Pacífico S.A.C.

iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley y en consecuencia se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley.

También en el plano universal hay otros instrumentos que se refieren a la no discriminación como lo son: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, entre otros.

Como se adelantó, el Sistema Regional también cuenta con instrumentos que hacen alusión a dichos principios, en este sentido La Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en su artículo 3 establece: “*Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo*”, mientras que en su artículo 45 inc. A dispone: “*Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica*”.

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), en su artículo tercero establece la obligación de no discriminación y dispone “*Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”. También, existen otras convenciones en el ámbito interamericano que se refieren expresamente al principio de la no discriminación como lo son la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores y la más reciente Convención contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia.

Ahora bien, a pesar de que la nómina de criterios de discriminación que figuran en los instrumentos internacionales mencionados parece amplia, de su simple lectura se observa que no incluyen de manera expresa algunas formas de discriminación que han sido motivo de preocupación en los últimos años. Este es el caso de la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género. A pesar de ello, la doctrina internacional ha interpretado de manera pacífica, que la enumeración de los actos discriminatorios efectuada en los respectivos tratados internacionales es meramente ejemplificativa. Ello se debe a que la mayoría de tratados internacionales contienen una cláusula abierta que prohíbe “*cualquier otra forma de discriminación*”.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló en su Observación General N° 10 que “*los Estados partes deben cerciorarse de que las*

preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto (...) La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación”.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha referido, de conformidad con los distintos tratados internacionales mencionados que, por discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género debe entenderse “*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos que tenga por objeto o resultado -ya sea de jure o de facto- anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social o culturalmente se han construido en torno a dichas categorías”.*

De ello se desprende que, todos los seres humanos deben gozar de manera igualitaria del amplio espectro de los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos por los tratados internacionales, sin distinción alguna. Razón por la cual, es dable afirmar que la protección de los derechos de las personas que integran el colectivo LGTBIQ+, se fundamenta en un marco de derechos humanos según el cual todas las personas merecen igual respeto y dignidad cualquiera sea su situación personal¹⁵.

IV. SITUACIÓN DE LAS PERSONAS LGTBIQ+ EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.

IV.1. Declaración de Montréal (2006).

El 29 de julio de 2006, el marco de los World Outgames -evento deportivo y cultural organizado por la comunidad LGBT-, organizado en Montréal, Canadá, se llevó a cabo la Conferencia Internacional de los Derechos Humanos LGBT. Esta conferencia buscó crear conciencia sobre los derechos de este colectivo y contó con la participación de juristas, activistas y personalidades de renombre como Claire L’Heureux-Dubé (ex jueza de la Corte Suprema de Canadá) y Louise Arbour (ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos 2004–2008), entre otros exponentes.

En este contexto surgió la Declaración de Montréal que contempla todos los aspectos de la vida de las personas LGBT y se divide en cinco secciones. La primera, “Derechos Fundamentales”, exige salvaguardar y proteger los derechos más básicos de las personas LGBT. Para ello, en la sección primera se enuncia y detalla la forma en la que estos se violan y se resalta la enorme preocupación que la situación genera. En la segunda sección, denominada “Retos mundiales”, se describe un diagnóstico de situación, mencionando las próximas metas a alcanzar a nivel mundial. En tercer lugar se desarrolla el tema de la “Diversidad de la comunidad LGBT”. Dicha comunidad está conformada por

¹⁵ Conf. Beto de Jesús, Fecha 03/2007, “*Diversidad sexual, identidad y género*”. Publicada por el Ministerio de Educación y Cultura de la Nación, Dirección de Derechos Humanos. Edición amparada al decreto 218/96.

una pluralidad de personas, por lo que resulta de gran relevancia mantener el respeto y la no discriminación tanto fuera como dentro del colectivo. En un cuarto punto, se hace referencia a la “Participación en la sociedad” con relación a los distintos aspectos de la vida de cualquier persona, como ser el trabajo, la educación, la atención sanitaria, los medios de comunicación, entre otros. Se pretende trascender el marco legal y apelar al respeto por parte de todas las personas que conforman la sociedad hacia las personas LGBT. Finalmente, la última sección denominada “Crear el Cambio social” es un llamado para que cada uno desde su espacio realice un esfuerzo para mejorar la situación local y mundial del colectivo LGBT.

Por su parte, el preámbulo de la Declaración establece que *“el mundo ha ido aceptando poco a poco que los seres humanos sean diferentes por su sexo, raza u origen étnico y religión y que se respeten esas diferencias sin que sean causa de discriminación. Con todo, algunos países siguen sin aceptar otros dos aspectos de la diversidad humana: que haya personas de orientación sexual o de identidad de género diferentes; que dos mujeres, o dos hombres, se enamoren y que no sea el cuerpo con el que se nace lo que determine la identidad personal como mujer, como hombre o como ninguno de los dos”*

Si bien no tiene carácter vinculante, esta declaración resultó relevante para visibilizar y garantizar el reconocimiento de los derechos del colectivo LGBT pronunciados a nivel internacional.

IV.2. Principios de Yogyakarta.

En noviembre de 2006, un grupo internacional de expertos se reunió en la ciudad indonesia de Yogyakarta para desarrollar un conjunto de principios que sirvieran para aplicar los estándares de la legislación internacional sobre derechos humanos a los problemas que afectan a las personas LGBTIQ+. De esta reunión surgieron los Principios de Yogyakarta, una serie de principios legales internacionales sobre la orientación sexual y la identidad de género que identifican los derechos específicos, y las obligaciones y deberes relacionados que corresponden a los Estados para garantizar que las personas LGBTIQ+ puedan ejercer y disfrutar de sus derechos humanos.

Los Principios de Yogyakarta, aunque no legalmente vinculantes, se convirtieron pronto en una referencia muy útil para parlamentarios y otros actores relevantes, como así también en una importante fuente de interpretación de la legislación nacional e internacional, tal y como se verá al analizar algunos fallos relacionados a la materia.

Entre los derechos que se incluyen en los 29 Principios se encuentran el derecho a la no discriminación, el derecho a la seguridad humana y personal, los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a la expresión, la opinión y la asociación, el derecho al asilo y el derecho a la participación en la vida cultural y familiar. A su vez, cada principio incluye recomendaciones específicas sobre cómo poner fin a la discriminación y al abuso.

Si bien estos principios abarcan un amplísimo espectro de situaciones y aspectos vitales de las personas LGTTIBQ+, a una década de su lanzamiento, se acordó revisarlos

para incluir elementos que habían quedado en el tintero y que diferentes actores habían venido echando de menos, por ejemplo, los relativos a la expresión de género y las características sexuales. Así, en noviembre de 2017 se adoptaron los Principios de Yogyakarta más 10, como suplemento de los Principios originales.

Estos principios ratifican la obligación primordial que tienen los Estados de implementar los derechos humanos; cada uno de los cuales va acompañado de recomendaciones detalladas a los Estados. El documento también subraya que todos los actores tienen responsabilidad a la hora de promover y proteger los derechos humanos de la diversidad sexual. Por tanto, se hicieron recomendaciones adicionales dirigidas al sistema de derechos humanos de la ONU, a instituciones nacionales de derechos humanos, a los medios, a las organizaciones no gubernamentales y a otras instancias con el objeto de proteger y velar por el respeto de los derechos de esta minoría históricamente segregada.

Ya en su Principio Primero, sobre el “*derecho al disfrute universal de los Derechos Humanos*”, establece que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tiene derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos*”. Como se advierte, este principio enfatiza que la legislación internacional de derechos humanos afirma que todas las personas, **con independencia de su orientación sexual o identidad de género**, tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos.

A continuación y para evacuar todo tipo de dudas, el Principio N° 2 establece “*todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*”, y agrega que “*Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier forma de discriminación*”. Tras ello, recomienda a los Estados a consagrar en sus constituciones nacionales o en cualquier otra legislación relevante, los principios de igualdad y no discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, inclusive por medio de enmienda e interpretación, como así también velar por la efectiva realización de estos principios.

En lo que aquí interesa, el Principio N° 3, referido al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica refiere “*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de la autodeterminación, la dignidad y la libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o*

paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género". A su vez, obliga a los Estados a que adecúen su ordenamiento interno a los fines de facilitar que cualquier persona pueda rectificar su documentación personal a los fines de compatibilizarla con su identidad autopercebida.

El Principio N° 5 se refiere al derecho a la seguridad personal y expresamente establece *"Toda persona, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tiene derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado frente a todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal que sea cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución"* y entre otras obligaciones, compele a los Estados a adoptar todas las medidas legislativas necesarias para imponer castigos penales apropiados por violencia, amenazas de violencia, incitación a la violencia y hostigamientos relacionados con la orientación sexual o la identidad de género de cualquier persona o grupo de personas, en todas las esferas de la vida, incluyendo la familia, como así también a *"asegurarán que la perpetración de tal violencia sea investigada vigorosamente y, en aquellos casos en que se encuentren pruebas apropiadas, las personas responsables sean perseguidas, enjuiciadas y debidamente castigadas, y que a las víctimas se les brinden recursos y resarcimientos apropiados, incluyendo compensación"*.

Por su parte, el Principio N° 29 titulado *"Responsabilidad penal"* expresa *"Toda persona cuyos derechos humanos sean violados, incluyendo los derechos a los que se hace referencia en estos Principios, tiene derecho a que a las personas directa o indirectamente responsables de dicha violación, sean funcionarios públicos o no, se les responsabilice penalmente por sus actos de manera proporcional a la gravedad de la violación. No deberá haber impunidad para autores de violaciones a los derechos humanos relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género"*, recomendando a los Estados partes a eliminar cualquier obstáculo que impida iniciar procesos penales contra personas responsables de violaciones de los derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género, garantizando de este modo el derecho al acceso a la justicia de este grupo vulnerable.

Como se advierte, estos principios constituyen un significativo avance en materia de Derechos Humanos, toda vez que, estos derechos son reconocidos a partir de la convicción de que todos los seres humanos, por el mero hecho de serlos, tiene dignidad, cualidad en virtud de la cual merecen ser tratados con ciertos miramientos, por ser sensibles a las ofensas, desprecios, humillaciones y falta de consideración por parte de la sociedad civil y en especial de los Estados.

IV.3. Declaración de la ONU sobre orientación sexual e identidad de género.

En el plano internacional, el 18 de diciembre de 2008, por iniciativa de Francia y con el apoyo de la Unión Europea, se presentó ante el pleno de la Asamblea General de las Naciones Unidas una declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, leída por el embajador argentino, que contó con el respaldo de 66 países de los 192 que conformaban la comunidad internacional.

Dicha declaración condenó expresamente todo tipo de violencia, acoso, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicio basado en la orientación sexual e identidad de género de las personas e hizo lo propio con los asesinatos y ejecuciones, las torturas, los arrestos arbitrarios y la privación de derechos económicos, sociales y culturales efectuados por estos motivos.

En su texto, los países signatarios reafirmaron el principio de la universalidad de los derechos humanos, tal y como lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como así también que todas las personas tienen derecho al goce de sus derechos humanos sin distinción alguna, en consonancia con lo estipulado el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 2 de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A continuación, reafirmaron el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género, manifestando su preocupación por las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales basadas en la orientación sexual o identidad de género de las personas.

Por último exhortó a los Estados para que tomen todas las medidas que sean necesarias, en particular las legislativas o administrativas, para asegurar que la orientación sexual o identidad de género no puedan ser, bajo ninguna circunstancia, la base de sanciones penales, ejecuciones, arrestos o detenciones. Y los incitó para que investiguen las violaciones de derechos humanos basados en la orientación sexual o la identidad de género y que sus responsables enfrenten las consecuencias civiles y penales por ante la justicia¹⁶.

IV.4. Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación y toda forma de Intolerancia.

En junio de 2013, en la ciudad de Antigua, Guatemala, las naciones que integran la Organización de Estados Americanos aprobaron la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación y toda forma de Intolerancia.

¹⁶ Asamblea General de Naciones Unidas A/63/635. Link.
https://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Declaracion_ONU.pdf

La importancia de este instrumento internacional deriva del hecho de que por primera vez en la historia, se reconoce, garantiza, protege y promueve el derecho a la no discriminación por la identidad y/o expresión de género, junto al derecho a la no discriminación por la orientación sexual de las personas.

En su artículo primero establece que, a los efectos de la presente Convención se entenderá por discriminación “*cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes*”. A continuación, y a diferencia de lo que venía ocurriendo a nivel internacional, explica que los actos discriminatorios pueden estar basado en motivos de “*nacionalidad, edad, sexo, **orientación sexual, identidad y expresión de género**, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra*”.

IV.5. Repercusión en el ordenamiento jurídico interno.

En principio es necesario recordar que varios de los instrumentos internacionales citados precedentemente, poseen jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inc. 22 C.N.), y que todos estos tratados son los que, de conformidad con lo que dispone el inc. 23 de la C.N., obligan a la promoción y a la adopción de medidas positivas para el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos.

También, mediante la reforma constitucional referida, la prohibición de discriminar negativamente fue incorporada expresamente en diversos institutos. Así, los tratados internacionales incorporados al “bloque constitucional”, no sólo prohíben toda forma de discriminación, sino que imparten directivas a los Estados miembros para que verifiquen y aseguren el cumplimiento de esas disposiciones a fin de que resulten efectivas las normas y confiere, a su vez, acciones a los particulares para denunciar los incumplimientos en que se pudiera incurrir.

En este sentido, nuestra Constitución Nacional establece un sistema de contención contra formas expresas o implícitas de discriminación negativa, específicamente, con relación a las orientaciones sexuales.

Por otra parte, el derecho a la igualdad, se encuentra consagrado en el art. 16 de la C.N. Deriva categórico al respecto el extracto de los principios que surgen de la

jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación elaborados por el Dr. Germán J. Bidart Campos¹⁷.

Paralelamente, el art. 19 de nuestra Carta Magna establece la libertad de intimidad, que implica proteger jurídicamente al ser diferente y el ejercicio de ese derecho.

Ahora bien, las discriminaciones arbitrarias configuran una negación de la igualdad. La prohibición de la discriminación arbitraria es una proyección de la garantía de la igualdad en su sentido amplio, esto es, tanto ante la ley, como ante la administración, la jurisdicción y entre los particulares¹⁸.

Por todo lo expuesto, no cabe duda, que en la Nación Argentina se encuentran absolutamente prohibidos la realización u omisión de cualquier acto que arbitrariamente discrimine o vulnere los derechos de una persona por su orientación sexual o identidad de género, ya que los principio y derechos reconocidos por los Tratados Internacionales poseen plena operatividad en el ordenamiento interno, sin necesidad que una ley nacional los reglamente.

IV.6. Ley 23.590 “Penalización de los actos discriminatorios”.

Con fecha 03/08/1988 se sancionó la ley de Actos discriminatorios, mediante la cual se repudian los actos y acciones de aquellas personas que *arbitrariamente* impidan, obstruyan, restrinjan o de algún modo menoscaben el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, obligando al sujeto activo a pedido del damnificado a “*dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados*” (Art. 1º).

En su párrafo segundo, el mencionado artículo realiza una enumeración de los actos comprendidos, estableciendo que “*...a los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos...*”.

Como se advierte, el segundo párrafo no incluye como motivo de discriminación la orientación sexual y la identidad de género de las personas. En principio podría interpretarse -al igual que cuando se analizó el contenido de los Tratados y Pactos Internacionales-, que la enumeración efectuada por el artículo en cuestión es meramente ejemplificativa, máxime si se tiene en cuenta que en su redacción utiliza la locución “*...se considerarán particularmente...*”, lo que deja abierto a la interpretación de que cualquier acto u omisión que de algún modo menoscabe el pleno ejercicio de los derechos y garantías

¹⁷ BIDART CAMPOS, German J. (1998) “*Manual de la Constitución Reformada*”, Tomo I, Pág. 532 y ss. Buenos Aires. Ed. Ediar.

¹⁸ BIDART CAMPOS, German J., ob. Cit. Pág. 534.

reconocidos quedan comprendidos, permitiéndole al damnificado solicitar el cese y la reparación del daño causado.

Claramente el artículo en cuestión hace referencia al daño civil, por lo que el juez, frente a un caso de discriminación por orientación sexual o identidad de género, deberá, aplicando el artículo 15 del Código Civil, fallar en consecuencia.

Por su parte, el artículo 2° de la normativa sub examen se refiere específicamente a la materia penal. Así establece “...elévase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o Leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una **raza, religión o nacionalidad**, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo **nacional, étnico, racial o religioso**...”.

Así, por ejemplo, un delito de lesiones, o bien de abuso de autoridad (art. 248 CP), si son perpetrados por odio racial o religioso, serán pasibles de la agravante genérica aludida.

De la mera lectura del artículo en cuestión se advierte que, la Ley de Actos Discriminatorios, no incluyó expresamente la discriminación por **orientación sexual e identidad de género o su expresión**. Al respecto podrían realizarse las mismas consideraciones efectuadas al momento de analizar los Pactos y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, o el artículo 1° de la presente legislación, para terminar concluyendo que la enumeración efectuada por la ley 23.590, es meramente ejemplificativa, y por ende, ante la comisión de un delito perpetrado por odio a la orientación sexual o identidad de género del sujeto pasivo, el juez, al momento de fallar, deberá aplicar la agravante genérica del artículo 2°. Pero existen varias razones que impiden, en esta materia, llegar a tal conclusión:

1) la norma no contiene una cláusula abarcativa, como en el caso de los pactos o tratados sobre derechos humanos mencionados supra.

2) en derecho penal rige el principio de legalidad, en su máxima expresión (art. 19 C.N.), que implica en primer lugar la exclusión del derecho consuetudinario. Por este último no puede crearse ningún nuevo tipo penal ni ninguna agravación punitiva, pues el rango primario de la ley como fuente formal del Derecho está reforzado por la función de garantía que cumple.

Nuestra Constitución Nacional determina que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en *ley anterior* al hecho del proceso (art. 18 C.N.). Los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución de la Nación (art. 75 inc. 22 C.N.), le otorgaron jerarquía constitucional al principio de *retroactividad de la ley penal más benigna* (CADH, art. 9; PIDCP, art. 15 inc. 1°).

3) en derecho penal se prohíbe en principio la *analogía* (legis o iuris), *in malam partem* como medio de creación y extensión de los preceptos penales, así como la agravación de las penas y medidas de seguridad. Así, ante más de un posible significado racional de la ley, el intérprete debe inclinarse por el más restrictivo de todos.

Por otro lado, los tipos penales deben redactarse con la mayor exactitud posible, *evitando los conceptos elásticos* o las remisiones constantes y prever sólo marcos penales

de alcance limitado. Ello constituye el aspecto *material* del principio de legalidad de garantías contra la utilización de cláusulas generales absolutamente indeterminadas. Así, la generalización se torna inadmisibles cuando ya no permite al destinatario de la ley comprender y conocer qué está prohibido y qué está permitido.

Debido a ello, el órgano jurisdiccional no podrá nunca aumentar el nivel de generalización de los elementos positivos del tipo delictivo, es decir, llegar a ser más general, ampliando así el ámbito de aplicación. Razón por la cual, ningún Juez podrá aplicar la agravante contemplada en el artículo 2 de la ley 23.590, cuando el delito sea cometido con motivo de discriminación por la orientación sexual o identidad de género.

Aunque resulte un injusto, y la intención de la normativa sea castigar a quien movido por actos discriminatorios comete un ilícito, siempre es preferible un *numerus clausus*, incompleto por definición, que una cláusula general abierta. El *numerus clausus* es siempre más seguro. Además, el alcance de la enumeración es algo que se puede ir perfeccionado a lo largo del tiempo, pero sólo por vía legislativa, al menos en materia penal. Razón por la cual, dicha agravante resulta imposible de aplicar, al menos en la actualidad, en delitos que hayan sido cometidos por persecución u odio a la orientación sexual y/o a la identidad de género y su expresión.

Sobre este punto es importante mencionar que antes de la aprobación de la ley 23.590, la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) promovió la inclusión de la orientación sexual e identidad de género dentro de los motivos en los que se podría basar la discriminación, a pesar de ello, sus pedidos no fueron tomados en cuenta. Con posterioridad a su entrada en vigencia, ingresaron varios anteproyectos para modificar la ley. Sin embargo, un proyecto de modificación de la ley con la inclusión de la orientación sexual e identidad de género no fue presentado sino hasta el año 2005. Fue aprobado por el Senado en 2006, pero perdió estado parlamentario en la Cámara de Diputados en 2007. Ese mismo año, se presentó un nuevo proyecto que obtuvo la media sanción en 2008, pero luego perdió estado parlamentario en el Senado. Con el apoyo de la CHA y la Federación Argentina LGBT (FALGBT), se volvió a presentar el proyecto en varias oportunidades, pero lamentablemente nunca fue tratado por ambas cámaras.

Actualmente numerosos proyectos de ley están siendo tratados en el Congreso de la Nación, ya que la realidad hace imperativa su modificación. Los caminos para lograr esta ley son diversos, por encontrarse propuestas que van adoptando distintas estrategias legislativas, y poseen ya sea un tinte penal o un enfoque que se inclina por la perspectiva de derechos humanos.

V. LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS TRANS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ARGENTINO.

Si bien el reconocimiento, la garantía, la defensa, la protección y la promoción de los derechos humanos de la comunidad LGTBIQ+ tienen hoy sustento legal a nivel nacional e internacional, las prácticas discriminatorias, arraigadas en una sociedad signada por el

paradigma heteronormativo, binario y patriarcal afectan la vida y los derechos de las y los sujetos de la diversidad sexual.

Ello se debe a que el derecho a la igualdad y no discriminación, a pesar de ser abundantemente reconocido, es insuficientemente satisfecho. La persistencia de la brecha existente entre su declaración como uno de los derechos humanos fundamentales e incluso su reconocimiento en diversos instrumentos internacionales y leyes de distintas jerarquías a nivel local¹⁹ y su actualización efectiva, esto es como un hecho concreto, revela tanto la dificultad de su concreción, como la renovada importancia de su tratamiento teórico y empírico. Es que el debate en torno al derecho a la igualdad y no discriminación se justifica allí donde existe alguna forma de injusticia para alguna persona o grupo de personas, cualquiera sea el tipo y/o intensidad de la misma y esto es lo que ocurre con las personas trans, históricamente segregadas y excluidas de la categoría de ciudadanos. También, cuando nuevos conceptos e interpretaciones ajustadas a la realidad actual, abren nuevos desafíos, como lo son los conceptos de mujer, travesti, femineidad travesti, transgénero, género, violencia de género, etc.

De otro costado, no se puede obviar que -de manera conflictiva y en tensión-, el sistema jurídico y el Poder Judicial reflejan y reproducen distintas formas de desigualdad social y se constituyen en partes integrantes de los conflictos socio-políticos que se generan a partir de distintas formas de desigualdad, avaladas por el paradigma hegemónico de la heteronormatividad. Es que el debate sobre el derecho a la identidad, la igualdad y la no discriminación vincula tensiones que se manifiestan en el campo social, político, jurídico y religioso, es decir, en palabras de Pierre Bourdieu, en el campo del poder.

En consecuencia, en la actualidad, el estudio de este fenómeno abarca un amplio espectro de circunstancias socio-jurídicas específicas de resistencia, referidas al reconocimiento de distintos derechos²⁰, por parte de los órganos estatales y doctrinarios renombrados en el sistema local, a partir de los reclamos que llevan a cabo diversos grupos sociales²¹.

¹⁹ Le Ley 23.592 acerca de las omisiones discriminatorias establece que el “sexo” no debe ser motivo de menoscabo, el art. 75 inc. 22 CN, incorpora los Tratados Internacionales de derechos Humanos suscriptos por Argentina y el Decreto Ley N° 1085/05 establece un Plan nacional contra la Discriminación, se refiere a la discriminación basada en orientación e identidad sexual y de género.

²⁰ Debates sobre el concepto de género, el femicidio, los llamados “delitos de odio”, el derecho a la salud, al acceso a la justicia, al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas trans, la igualdad de género, diferencia de orientaciones sexuales, identidades, expresiones y prácticas sexuales, etc.

²¹ Asociación de Travestis, Transexuales y Transgénero Argentina (ATTTA), SER Trans, Devenir Diverse, AMMAR, familiares y víctimas de la violencia y el delito, minorías sexuales, personas privadas de su libertad, estudiantes y doctrinarios disidentes, etc.

Una revisión de la literatura sobre la figura penal del femicidio y los homicidios cometidos en perjuicio de las personas de la diversidad sexual da cuenta de tal pluralidad, amplitud y complejidad. En ella, los aspectos a destacar son: la existencia de interpretaciones heteronormativas y binarias respecto al concepto de género, violencia de género e identidad de género y a partir de ello, énfasis en distintos obstáculos que se oponen a su concreción efectiva, lo que da lugar a propuestas de solución también diversas y en más de una oportunidad, discriminatorias.

Como se adelantó, en las últimas décadas, los movimientos sociales, la evolución de las teorías *queer* y su impacto en la legislación transnacional y en algunas resoluciones del Poder Judicial, han visibilizado la problemática en la que se encuentran inmersas las personas trans. Entre ellas pueden mencionarse: la discriminación, la persecución y el hostigamiento, que se traducen en dificultades, obstáculos y limitaciones en el goce y ejercicio de sus derechos humanos tales como la vida, la salud, la educación, el trabajo, la vivienda, las condiciones dignas de existencia, entre otros. Todo lo cual, permite aseverar que la comunidad trans es un colectivo que se encuentra en una especial situación de estigmatización y vulnerabilidad social que merece medidas de acción positivas para erradicar la discriminación y facilitar su inclusión social.

V.1. Ley de Identidad De Género (26.743). Conceptos. Implicancias.

La ley de Identidad de Identidad de Género fue el resultado de una histórica lucha en la arena política de las diferentes organizaciones de la sociedad civil y ONG's LGTBIQ+, que promovieron la inclusión y el reconocimiento de los derechos de las personas trans, promoviendo así un cambio de paradigma en términos de género a nivel legislativo.

La presente legislación reconoce sus orígenes en el anteproyecto presentado por el Bloque de la Unión Cívica Radical conformada por los diputados Silvana Myriam Giudici (ciudad de Buenos Aires), Silvia Storni (Córdoba), Juan Pedro Tunessi (Buenos Aires) y Rubén Orfel Lanceta (Buenos Aires), quienes recogiendo las demandas del colectivo trans y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en particular, los Principios de Yogyakarta, presentaron por ante la Excma. Cámara de Diputados de la Nación, un proyecto de ley compuesto por 11 artículos. Luego de un par de modificaciones, el 9 de mayo de 2012, el Congreso de la Nación Argentina, sancionó con fuera de ley, la Ley 26.743.

La principal virtud de la presente ley fue que propulsó un cambio de paradigma a nivel legislativo, iniciando una era pos genérica, en pos del reconocimiento del derecho humano a la libre expresión de género y a la promoción de la ciudadanía plena de todas las personas, y en particular de las personas trans, que hasta el momento, habían sido segregadas, marginalizadas, patoloigizadas, excluidas e imposibilitadas de ejercer sus derechos.

En primero lugar, la sanción de la LIG le dio visibilización pública a la problemática de las personas tras y, en segundo lugar, se constituyó en un instrumento

jurídico de importancia para permitir que los miembros de dicha comunidad se constituyeran como plenos sujetos de derecho, al reconocerles diferentes derechos y brindarles diversas herramientas para el ejercicio y pleno disfrute de sus derechos humanos.

Mediante la promulgación de la presente ley, se le reconoció a la comunidad trans los siguientes derechos:

1) Derecho a la identidad de género. Al respecto, el artículo 1 reconoce que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género; al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género y a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en todos aquellos instrumentos que acrediten su identidad respecto de el/los nombre/es de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada. De esta manera la ley obliga a todas las personas a que se respete la identidad de género autopercibida, corresponda o no con el sexo y el género asignados por el Estado al momento de nacer, como así también a que se reconozca de pleno derecho tales identidades. De este modo, el derecho humano a la libertad de expresión de género pasó a tener raigambre legislativa operativa.

En su artículo 2, la ley sometida a análisis define a la identidad de género, en consonancia con la definición sostenida por los Principios de Yogyakarta, como *“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”*.

Al sostener esta definición, la ley socavó las estructuras de dominación sobre las que se encontraba cimentado el patriarcado heterosexista, toda vez que impone un nuevo paradigma, donde las identidades y expresiones de género están construidas por una multiplicidad de miradas y experiencias, y se opone férreamente a la imposición esencialista erigida sobre el pilar binario sexo genérico, con la consecuente polarización y asimetría de los géneros. De esta forma, la normativa bajo examen viene no sólo a reconocer los derechos a un colectivo altamente vulnerado, sino también a promover el resquebrajamiento de la dicotomía varón/mujer, que sustenta la asimetría política, cultural, económica y social. Poniendo fin a los que Diana Maffia denomina terror sexista, esto es que el Estado le asigne un género a una persona desde el momento mismo de su nacimiento, sin que esa subjetividad haya aflorado, sin que esa vivencia de género se haya expresado, de una manera imperativa en función de la lectura de los cuerpos²².

²² MAFFÍA, Diana. Jornada de capacitación sobre “Crímenes de género: del femicidio al travesticidio/transfemicidio”. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=b936aFQpWvg&t=371s>

En suma, a través de la presente ley se reconocieron y validaron las identidades de género no binarias y se constituyó en una pieza fundamental del andamiaje jurídico protector de los Derechos Humanos, siendo uno de los primeros eslabones en la cadena del reconocimiento judicial de la autonomización de los cuerpos y en la propia creación de los géneros en tanto híbridos postgenéricos.

2) **Derecho al libre desarrollo de las personas trans.** Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 11 de la LIG. El mismo establece que todas las personas mayores de dieciocho años de edad podrán, conforme al artículo 1 de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integrar, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. A su vez, la ley establece que dicha readecuación corporal no será requisito previo para que la persona pueda solicitar la rectificación registral de su sexo, el cambio de nombre de pila e imagen en los instrumentos destinados a acreditar su identidad. De este modo, la LIG puso en jaque el discurso jurídico falocentrista heterosexista, al permitir que una persona con genitalidad y cuerpo masculino pueda acceder al cambio registral de sus documentos nacionales de identidad, y de esta manera, a los derechos que de su género derivan, dejando en claro que no existen dos polos opuestos, sino una gama infinita de identidades que merecen igual respeto y protección por parte de la ley.

Sobre este punto, resulta relevante destacar que la LIG ordena que las terapias hormonales y reasignaciones de sexo sean incluidas en el Plan Médico Obligatorio y que en ningún caso se les pueda negar el derecho a acceder a ella a quienes lo soliciten.

En este sentido, uno de los redactores de la LIG sostuvo que *“a diferencia de las legislaciones pioneras, como la española o la sueca, que son bastantes restrictivas, nuestra ley despatologiza las identidades trans, además de desjudicializarlas, descriminalizarlas y desestigmatizarlas”*²³

3) **Derecho a un trato digno.** Como se adelantó, el respeto a la dignidad humana es un derecho inalienable de todas las personas. Siguiendo a Ekmekdjian, la dignidad es *“el derecho que tiene todo hombre a ser respetado como tal, es decir, como ser humano con todos los atributos de su humanidad”*²⁴.

El artículo 12 de la LIG establece que deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niños, niñas y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en sus documentos nacionales de identidad y a su

²³ Emiliano Litardo en Emilio Ruchansky, “Una norma de vanguardia”, Suplemento Soy Página 12 10/05/2012, disponible en <http://www.página12.com.ar/diario/elpais/subnotas/193713-58965-2012-05-12.html> (consultado por última vez el 12/02/2019).

²⁴ EKMEKDEJIAN, M.A. (1999). *El valor de la dignidad y la teoría del orden jurídico de los derechos individuales* en BIDART CAMPOS, G.J. (Coord.) *“Los valores en la Constitución Argentina”*. Ed. Buenos Aires.

solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados.

En referencia a la situación de lxs transexuales, el doctrinario Bidart Campos ha expresado que *“para aproximar lo más posible la sexualidad psicológica a la sexualidad física hay que arrancar firmemente de un principio axial: el de que la persona humana es un ser con dignidad, también cuando es transexual. La dignidad personal prevalece sobre la sexualidad: ser persona se antepone a ser varón o a ser mujer, también a ser transexual. Pero en la dignidad no se agota el problema. Se lo acumula el de saber, el de buscar y el de definir cuál es la verdad personal en su completa identidad. “Ser el que soy”, vivir dignamente es la “mismidad de mi yo”, hacer coincidir mi sexualidad genital con mi sexualidad psicosocial. Algo difícil, entreverado, polémico; pero, al fin, el derecho tiene que dar respuesta, hoy más que nunca, cuando el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos enclavan una raíz profunda en defensa de los derechos humanos... Bidart Campos, Germán J., “El sexo, la corporeidad, la psiquis y el derecho: ¿Dónde está y cuál es la verdad?...”²⁵*

De esta manera, la LIG impactó directamente sobre la construcción e interiorización de la misma identidad trans. Ya que al reconocérseles el derecho a la identidad autopercebida, se reformularon los discursos de la población trans, construyendo una normativización de lo que significa ser trans, lo que impactó directamente en la formulación de demandas y prácticas de visibilización por parte del colectivo.

4) **Derecho a no sufrir discriminación en razón de su identidad de género.** En consonancia con las disposiciones de raigambre constitucional y completando las disposiciones de la ley 23.592, el artículo 13 de la LIG establece que *“toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas”* y que *“ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo”*.

De este modo, la LIG establece como principio vector que la identidad de género autopercebida no puede resultar una causal de discriminación esgrimida por el Estado o los particulares para limitar el ejercicio de los derechos de las personas trans.

A los fines de salvaguardar el derecho constitucional a la intimidad, la LIG prohíbe en su artículo 6 cualquier tipo de referencia a la presente ley en las actas de nacimiento rectificadas, como en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma. En concordancia, el artículo 7, al tratar los efectos de la rectificación, determina que en los

²⁵ Citado en el Proyecto de la Ley de Identidad de Género, Expte. N° 5259-D-2007, Trámite Parlamentario 153 (16/11/2007) Ed. Imprenta del Congreso de la Nación.

casos de discordancia entre los nombres asentados en actas anteriores y el rectificado “*será relevante el número de documento nacional de identidad de las personas, por sobre el nombre de pila o apariencia morfológica de la persona*”. Por su parte, el artículo 9 establece que “*sólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del/la titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada*”. Como se advierte, estas disposiciones tienden a resguardar la identidad de género autopercibida de la persona que ha solicitado la rectificación registral, amparando su derecho a mantener la confidencialidad de los datos originarios.

Por todo ello, el derecho a la identidad de género, reconocidos en la normativa subexamen y en los Principios de Yogyakarta, no se limita exclusivamente a la posibilidad de cambiar el nombre y el sexo consignado en los instrumentos públicos –acta de nacimiento, D.N.I., etc.–, sino que garantiza el derecho de las personas transexuales al reconocimiento de su identidad autopercibida, corresponda o no con el sexo de nacimiento.

Que la ley reconozca la identidad de género, no de la lectura biológica de los cuerpos sino de la propia percepción de las personas, trae aparejado que a la mujer trans se le deba aplicar toda la normativa tendiente a evitar, prevenir y erradicar todo tipo de violencia en contra de la mujer, pues situación contraria implicaría en sí mismo un acto de discriminación y negación de derechos que es lo que justamente la ley ha tratado de evitar.

Al respecto, la Sala Penal del TSJ, al ordenar el traslado de Laura Dominique Pilleri a una cárcel de mujeres, refirió “*la legislación nacional reconoce y protege el derecho a la identidad de género autopercibida, la que se proyecta como una potestad inherente a la persona, que va más allá de la simple facultad de solicitar la rectificación registral ante el Registro Nacional de las Personas. Así, la propia Ley 26.743 establece que toda persona tiene derecho al libre desarrollo conforme a su identidad de género, a ser tratada y respetada de acuerdo con esa identidad... Resulta necesario que el Juez encargado de controlar la ejecución de la pena, garantice a la persona que se encuentra privada de su libertad, el pleno ejercicio del derecho a un trato digno (art. 12 Ley 26.743) que incluye sin lugar a dudas, el respeto y la tutela a la identidad personal conforme a la vivencia interna de cada individuo lo que exige su alojamiento en un establecimiento penitenciario de mujeres*”²⁶. A continuación nuestro Máximo Tribunal refirió que el concepto “sexo”, no se refiere ya a una identidad biológica sino que debe interpretarse en el sentido de identidad autopercibida, conforme lo establecen los Principios de Yogyakarta. De allí resulta la responsabilidad del Estado Argentino por violación de estos principios.

Este fallo fue un antecedente de gran importancia en la justicia cordobesa, pues aclaró, por primera vez en la historia, que la identidad de género no se agota en la rectificación de los documentos de identidad de las personas, sino que reconoce y protege

²⁶ Sala Penal –T.S.J. in re “P., L.D. (o) R.J. s/ejecución de pena privativa de la libertad –Recurso de Casación” (Expte. “P”, 62/13).

la identidad de género de éstas, otorgándole los derechos que le corresponden de acuerdo a su identidad autopercebida, pues negárselos, implicaría lisa y llanamente una afectación a la dignidad humana al no reconocerlos como un verdaderos sujetos de derecho.

V.2. Femeneidad travesti.

A pesar de que la LIG reconociera el derecho de toda persona a que se le respete su identidad de género autopercebida, las travestis tuvieron que esperar hasta el 01 de marzo de 2019 para que se les permitiera rectificar sus documentos nacionales de identidad con la identidad de género por ellas construidas. Con anterioridad al fallo “Bertolini”, las personas que querían readecuar su sexo y nombre de pila a su identidad de género autopercebida se veían limitadas a elegir entre dos opciones de género impuestas por la concepción clásico binaria, esto es, masculino/femenino, ya que ninguna otra categoría de género era reconocida por el Registro Civil y Capacidad de las Personas.

En su lucha por el reconocimiento de la identidad travesti, Lohana Berkins refirió que la identidad travesti latinoamericana poseía circunstancias y características propias que hacían del travestismo un fenómeno diferente de la transgeneridad norteamericana o europea. En primer lugar, porque las travestis latinas viven circunstancias diferentes respecto de las que atraviesan muchas transgéneros de otras regiones, quienes a menudo, pueden recurrir a cirugías de reasignación de sexo y tiene como objetivo “*reacomodarse en la lógica binaria como mujeres o varones*”. Y en segundo lugar, porque gran parte de las travestis latinoamericanas reivindican la opción de ocupar una posición por fuera del binarismo varón/mujer, proponiendo comprensiones alternativas del travestismo como identidad encarnada, que trascienden las políticas de la corporalidad binaria y de la lógica sexo-genérica dicotómica.

Antes de morir, Berkins escribió “*quienes nos asumimos como travestis rechazamos la binariedad, nos situamos en una identidad propia, con el trabajo que eso nos cuesta. Decir “soy travesti” es asumir nuestra propia belleza T, nuestros cuerpos y una cuestión que incluso a veces deja paralizado al feminismo: nosotras tenemos un pene, que no es lo mismos que hablar de falo*”.

Un fallo histórico en el reconocimiento de la identidad travesti, los constituyó la sentencia dictada por la jueza nacional en lo civil Myriam Cataldi, al resolver la acción sumarísima presentada por la activista por los derechos trans Lara María Bertolini²⁷.

En su presentación, Bertolini solicitó que se rectificaran los datos consignados en su acta de nacimiento y en su documento nacional de identidad, con el fin de que reflejaran su verdadera identidad de género, la que denominó **femineidad travesti**.

²⁷ Juzgado Civil 7 –Poder Judicial de la Nación- *in re “BERTOLINI, Laura María c/ EN.M. Interior OP y V s/ Información sumaria”*, (Expte. N° 46756/18).

Previo a dicha acción, la peticionante había logrado la rectificación de sus documentos identificatorios a través del procedimiento establecido en la LIG. Como consecuencia de ello, el Registro Civil y Capacidad de las Personas le extendió un nuevo Documento Nacional de Identidad. El problema fue que, el mencionado Registro, sosteniendo el statu quo de la existencia de un género binario sin fisuras, sólo le permitía escoger entre el género femenino o masculino, lo que coartaba uno de los derechos reconocidos por la LIG, relativa al reconocimiento de la identidad de género autopercibida, en el sentido y con el alcance establecido en la propia legislación. Es que, como lo explicó Bertolini en su presentación ante la justicia, su identidad autopercibida no se correspondía con la concepción clásico/binaria del género, sino que se realizaba con el reconocimiento de su identidad como femineidad travesti.

En su escrito sostuvo que *“la identidad de género de una persona es la que ella misma autopercebe y por ende hace a su esfera más íntima. En virtud de ello debe ser respetada dicha identidad, ya que de no hacerse lugar a su petición se estaría violando ese derecho, lo que implica una restricción al ejercicio de un derecho personalísimo como lo es el derecho a la identidad”*.

En primer lugar, el fallo bajo examen reconoció que la principal consecuencia de la sanción de la Ley de Identidad de Género fue desjudicializar y despatologizar las identidades de género disidentes, permitiendo el paso del paradigma médico psiquiátrico al de los derechos humanos. De este modo, la LIG se fundó sobre la base de dos pilares fundamentales, en lo que a decisiones de política legislativa se refiere: 1) permite el cambio de género en el registro civil sin necesidad de acreditar previamente ningún padecimiento médico/psiquiátrico, ni modificación corporal alguna, y 2) que la autoridad pública competente para decidir es la administrativa, esto es, el Registro Civil y Capacidad de las Personas.

A continuación, la jueza señaló que la LIG fue sancionada con anterioridad a la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación, el que avanzó en materia de derechos humanos en la medida en que se evolucionó en relación a la interpretación de ciertos conceptos. Es por ello, que consideró que a la hora de resolver la petición presentada por Bertolini, la LIG debía interpretarse y aplicarse en forma armónica con las disposiciones del CCyCN y de los principios que integran el bloque de constitucionalidad en la que encuentran basamento.

En este sentido, mencionó que la conjunción de los arts. 1, 2 y 3 del C.C. y C.N. establece que los jueces deben resolver los casos que lleguen a su conocimiento mediante una decisión razonablemente fundada, la cual es producto de aplicar la fuerza normativa de la Constitución y los tratados de derechos humanos como una regla de reconocimiento plenamente operativa que resignifica y resimboliza de forma permanente los contenidos del derecho de familia.

Apoyándose en filósofas de la talla de Judith Butler, critica a la idea esencialista de que *“los géneros son inmutables y encuentran su arraigo en la naturaleza, el cuerpo o en*

una heterosexualidad normativa y obligatoria”, mencionó que la literatura especializada sobre la materia sostiene que muchos de los conceptos relativos al género que se utilizan en las culturas occidentales se basan en una concepción binaria del sexo, que considera que existen básicamente dos polos opuestos: varón-mujer, masculino-femenino, hembra-macho. No obstante, la literatura reciente explora el género y el sexo, como continuos conceptuales, al sostener que no existen sólo dos géneros que se corresponden con dos sexos, sino que hay tantos géneros como identidades, y por ende tantas identidades de género como personas existen en el mundo. Esta ruptura binaria del género, también se presenta respecto del sexo. Razón por la cual resulta necesario, también, deconstruir las categorías sociales y políticas que lo binarizan, o simplemente entender que la distinción se funda en ellas. Ya no se puede afirmar que hay dos sexos, sino *“una multiplicidad de características sexuales que son compulsivamente encasilladas en dos categorías sexuales”*.

Eso es lo que se refleja y se expone con las identidades tran en las que no importa la biología. Siguiendo a Eleonora Lamm, sostiene que en las personas trans existe un desprendimiento absoluto entre cuerpos e identidades, si entendemos a los cuerpos sobre la base de las asociaciones efectuadas en las categorías sexuales. En las identidades tras, cualquiera sea el cuerpo, lo que importa es la identidad que es independiente de toda biología. Las identidades trans implican una ruptura, casi absoluta con el biologicismo.

Seguidamente, la magistrada hizo referencia a Judith Butler al establecer que *“un discurso de género que insista en el binarismo del hombre y la mujer como la forma exclusiva para entender el campo género performa una operación reguladora de poder que naturaliza el caso hegemónico y reduce la posibilidad de pensar en su alteración”*²⁸.

Tras ello, mencionó los Principios de Yogyakarta Plus 10. En particular el Principio adicional N° 31, sobre el reconocimiento legal que prevé *“...Los estados deberá: ... b. Asegurar el acceso a un mecanismo rápido, transparente y accesible para cambiar los nombres, incluidos los nombres neutros de género, basados en la autodeterminación de la persona; c. Mientras el sexo o el género continúe siendo registrado:... i. Asegurar un mecanismo rápido, transparente y accesible que reconozca y afirme legalmente la identidad de género autodefinida de cada persona; ii. Poner a disposición una multiplicidad de marcadores como opciones de género; iii. Asegurar que ningún criterio de elegibilidad como intervenciones médicas o psicológicas, diagnósticos psicomédicos, edad mínima o máxima, estado económico, salud, estado civil o parental, o cualquier opinión de un tercero, sea requisito previo para cambiar el nombre, el sexo legal o el género...”*.

En este orden de ideas, la magistrada sostuvo que el cambio de nombre y en general la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad para que estos sean conforma a la identidad de género autopercibida constituye un derecho protegido por los arts. 3, 7.1, 11.2 y 18 de la Convención Americana, en relación con los arts. 1.1 y 24 del

²⁸ BUTLER, Judith (2006) *“Deshacer el género”*. Barcelona. Ed. Paidós, pp. 70/71.

mencionado instrumento, razón por la cual los Estados partes están obligados a reconocer, regular y establecer los procedimientos adecuados a tales fines.

A continuación se expuso respecto de si en nuestro ordenamiento jurídico una persona podía exigir o no ser inscripta en sus documentos como “*Femeneidad Travesti*”. Al respecto, señalo que Laura Saldivia enfatiza que “*el binarismo que pareciera conservar la ley termina siendo una fachada que se cae no bien se rasga un poco... El supuesto punto de referencia sobre el género de las personas que implica la clasificación hombre/mujer se diluye en la práctica con realidades de género que superan tal clasificación y que hoy tiene el amparo de la ley*”.

Razón por la cual concluyó que, la LIG al permitir y establecer que la identidad de género es la “*vivencia interna e individual del género tal como cada persona la vive*”, absolutamente desligada de cualquier biología, está permitiendo otras identidades fuera del binarismo. Por lo que no existiría ningún impedimento legal en permitir que el Registro Civil consigne en el campo sexo “*femineidad travesti*”.

Por último, determinó que esta nueva registración debía realizarse sólo y exclusivamente por la vía administrativa, pues no se trata de la expresión establecida en el art. 8 de la LIG, que establece que un nuevo cambio registral sólo se podrá ordenar vía judicial, ya que en el caso se trata de “*profundizar*” o “*completar*” el cambio ya inscripto.

Por todo ello, la magistrada resolvió hacer lugar a lo peticionado por Bertolini y ordenar al Registro Civil y Capacidad de las Personas a que proceda a la rectificación registrar de la peticionante de acuerdo a su identidad de género autopercebida, debiéndose consignar “*femineidad travesti*” y ordenó al Registro Civil que, “*en lo sucesivo, con el fin de garantizar y reconocer legalmente la identidad de género autodefinida de cada persona, las solicitudes como la del presente caso se realizarán en ese órgano estatal administrativo, a cuyo efecto, deberá ponerse a disposición una multiplicidad de marcadores como opciones de género*”.

IV. LOS NUEVOS DELITOS DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO.

En consonancia con la tendencia generalizada en el derecho comparado, el 14 de noviembre de 2012, la Excma. Cámara de Diputados de la Nación, sancionó la Ley N° 26.791, que introdujo por primera vez en la historia del derecho penal argentino la problemática del género al digesto punitivo, aunque solo referido a los delitos de homicidio y lesiones dolosas, incorporando –en lo que a la problemática del género se refiere– dos agravantes, relativas a lo que coloquialmente se conoce con los nombre de delitos por odio y femicidio.

La primera de las agravantes mencionadas, se encuentra consagrada en el art. 80 inc. 4 del C.P., relacionada a la identidad de género y su expresión, mientras que la segunda, Femicidio (art. 80 inc. 11), se encuentra estrictamente relacionada al problemática de la violencia de género.

Como se adelantó, varios doctrinarios de renombre se han expedido acerca del contenido y el alcance de la figura del femicidio, manifestando categóricamente que las mujeres trans no pueden ser, bajo ningún pretexto, sujetos pasivos de este delito. Pese a ello, en la actualidad contamos con varias sentencias judiciales que sostienen lo contrario. Esto es lo que ocurrió en la ciudad de Salta, al condenar a prisión perpetua a Carlos Plaza y Juan José del Valle, quienes fueron declarados coautores del delito de femicidio cometido en perjuicio de Gimena Álvarez. En idéntica línea, el pasado 18 de abril de 2019, la Excma. Cámara de Acusación de la Provincia de Córdoba, confirmó la requisitoria de juicio de Fabián Casiva, quien se encuentra imputado por el femicidio de Azul Montoro, una chica trans de 24 años de edad. Paralelamente, se cuenta con el fallo dictado por la justicia porteña que declaró a Gabriel David Marino coautor penalmente responsable del travestimiento de la activista trans Diana Socayán, bajo la figura del art. 80 inc. 4.

Ahora bien, teniendo en cuenta el plexo normativo hasta aquí analizado y los avances científicos, académicos y jurisprudenciales relativos al derecho al reconocimiento de la identidad de género autopercibida ¿cómo deberían encuadrarse los asesinatos de mujeres trans, cuando el hecho fuera perpetrado por un hombre y mediare violencia de género?

Para poder dar respuesta a dicho interrogante, es necesario analizar cada una de las agravantes por separado, partiendo del análisis y sistematización de las figuras bajo examen.

VI.1. Femicidio. Origen y evolución del término.

Como se adelantó, el femicidio es uno de los nuevos delitos incorporados por la ley 26.791, que se caracteriza por la calidad o condición del sujeto activo y del sujeto pasivo, como así también, por las circunstancias particulares en las que se produce su comisión, basadas en un entorno de violencia de género.

Tal y como lo explica el catedrático Jorge Eduardo Boumpadre, el término femicidio tiene su origen en estudios realizados por movimientos feministas anglosajones que introdujeron el concepto en los años 70, para denominar el asesinato de una mujer.

De hecho, Diana Russel usó por primera vez la expresión *femicide* en el Tribunal Internacional sobre Crímenes contra la Mujer celebrado en Bruselas, en 1976, para oponerlo al concepto homicidio con la idea de que esta raíz semántica llamara la atención sobre las víctimas. Al referirse a ello, decía que el femicidio está en el extremo final de un continuum de terror sexista que incluye una amplia variedad de abusos verbales y físicos como la violación, la tortura, la esclavitud sexual (particularmente la prostitución), el abuso sexual infantil incestuoso o extrafamiliar, las golpizas físicas y emocionales, el acoso sexual (por teléfono, en las calles, en la oficina y en el aula), la mutilación genital (cliteridectomías, escisión, infibulaciones), las operaciones ginecológicas innecesarias (histerectomías), la heterosexualidad forzada, la esterilización forzada, la maternidad forzada (por la criminalización de la anticoncepción y del aborto), la psicocirugía, la privación de comida para mujeres en algunas culturas, la cirugía plástica y otras

mutilaciones en nombre del embellecimiento. Siempre que estas formas de terrorismo resultan en muerte, se convierten en femicidio”. Este terror sexista a la que se encuentra sometida la mujer, desde su nacimiento, hace que esta sea diferenciada y subalternizada por su diferencia de género, colocándola en una situación de riesgo que un varón jamás correría en su posición.

Es decir que, cuando hablamos de femicidio estamos hablando de un sistema ideológico, cultural, de jerarquización de géneros, de división de trabajo y roles en virtud del género, que fomenta la idea de que el cuerpo de la mujer sea de propiedad, o conforma parte del patrimonio de los varones, habilitando que se puede ejercer sobre ellas esa patrimonialidad.

Con posterioridad, Jane Canuti popularizó el término en su artículo titulado “*Speaking the unspeakable*”²⁹, definiendo al femicidio como el asesinato de mujeres realizado por hombres motivados por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres. Más adelante, en 1992, la misma Diana Russell, pero esta vez con la ayuda de Jill Radford, definió al femicidio como el asesinato “*misógino de mujeres cometidos por hombres*”.

Al respecto Russell y Radford manifestaron que el término femicidio “...es la palabra que mejor describe los asesinatos de mujeres por parte de los hombres, motivados por el desprecio, el odio, el placer o el sentido de propiedad sobre ellas”. Es así, que el concepto de femicidio comenzó a ser utilizado para dar cuenta que las relaciones inequitativa de los géneros determinan socialmente estas muertes. A su vez, resulta útil porque indica el carácter social y generalizado de estas violencias y permite alejarse de planteamientos individualizantes, naturalizados o patologizados que tienden a culpar a las víctimas, al representar a los autores como “locos”, o al considerar estas muertes como el resultado de conflictos pasionales.

Resumiendo, se entiende por femicidio el asesinato de mujeres por razones asociadas con su género. Es la forma más extrema de violencia de género, entendida ésta como la violencia ejercida por los varones contra las mujeres en su deseo de obtener, conservar y/o acrecentar el poder, dominación, control y propiedad sobre ellas.

Al decir de Boumpadre, se caracteriza por la presencia de una víctima mujer vulnerable, que es el elemento determinante del mayor contenido del injusto del hecho típico. Por lo tanto, el femicidio implica, en todo caso y como se dijo antes, una cuestión de género, así, no todo asesinato de una mujer puede ser calificado como femicidio, para ello es necesario que el deceso de la mujer se haya producido en un contexto de uno de los subtipos de violencia de género, en el cual se somete a la mujer, por su condición de tal.

En esta línea conceptual, entonces, se puede definir al femicidio como la muerte de una mujer en un contexto de género, por su pertenencia al género femenino. Es que el femicidio

²⁹ Este artículo fue reproducido en el libro *Femicide: The politics of woman killing*”, de Diana Russel y Jill Radford (1992).

no es un homicidio, simplemente, porque haya resultado la muerte de una persona, sino el homicidio de una mujer por su pertenencia a un género determinado; porque se es una mujer. Y porque el autor del delito es siempre un hombre, lo que la convierte en una categoría jurídica distinta y con características propias que las diferencias del resto de los atentados contra la vida e integridad física de las personas.

Es por ello que el la incorporación del femicidio al digesto punitivo, al igual que lo ocurrido con la LIG, es una respuesta del Estado argentino no sólo a los permanentes reclamos de la sociedad y de las ONG's comprometidas en la lucha contra la violencia de género, sino también, una respuesta a la manda internacional de criminalizar la violencia contra la mujer en los ordenamientos internos que se desprende del cumplimiento por parte de los legisladores argentinos de los compromisos asumidos a la hora de firmar y ratificar la Convención Internacional para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "*Convención de Belém do Pará*" (1994), a la que ya se ha hecho mención en puntos anteriores.

VI.2 Travesticidio.

Como se adelantó en puntos anteriores, nuestro país cuenta con una formulación legal, que reconoce que las identidades de género no están "atadas" a los cuerpos ni a su genitalidad.

A partir de la sanción de la LIG, el ordenamiento jurídico argentino, reconoció que existían otros tipos de femineidades que merecían igual protección por parte del derecho. Sobre este punto, es necesario recordar que los Principios de Yogyakarta, diferenció los conceptos de "sexo", "género", "identidad de género", "orientación sexual" y "prácticas sexuales".

El punto que nos convoca hace especial hincapié en la conjunción de dos conceptos que, desde la lógica heterosexista, binaria y patriarcal se encontrarían en franca contraposición. Esto es "sexo" y "género".

Si hacemos un breve repaso de la forma en que desde el derecho se les daba respuestas a estos cuerpos dicotómicos, se puede concluir que el discurso jurídico, no había logrado incorporar una perspectiva crítica del género, limitándose a reproducir las normas reguladores del género binario.

De hecho, previo a la sanción de la LIG, cuando una persona pretendía rectificar los documentos destinados a acreditar su identidad, debía patologizarse demostrando que padecía de "disforia de género"; luego judicializarse, demostrándole a un juez que padecía de dicha "patología" y, si fallaban a su favor, se veía obligado a readecuar su cuerpo al género autopercibido, a través de operaciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales, pagando el precio del desconocimiento de su identidad en pos de mantener un orden de género sin fisuras. Con la LIG, dicha situación varió, pero las opciones de inscripción ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas se mantuvieron incólume, ya que las persona

sólo podía elegir entre el género masculino o femenino, desoyendo nuevamente sus derechos, en especial, a que se le reconozca su identidad de género autopercebida.

Esta desidia en reconocer la autopercepción de las personas, no sólo violaba los principios establecidos en los “Principios de Yogyakarta” y los derechos reconocidos en nuestra LIG, sino que, obligaba a las personas a que se adecuaban a una identidad de género preestablecida que no se adecuaba a su verdadera identidad, estos es femenino o masculino. Dicha situación se sostuvo, desde la práctica jurídica, hasta que una jueza civil se expidió a favor de lo solicitado por la travesti Lara María Bertolini. A partir de dicho momento y por primera vez en la historia del derecho argentino, se reconoció una identidad de género disidente al binomio heteronormativo, en el caso: femineidad travesti. Sobre el punto me remito a lo expuesto en el punto V.3.

Lo cierto es que, la lucha de las travestis socavó, no solo la asunción de que a un sexo le corresponde de manera unívoca una identidad de género, sino que existen más de dos género y que todos y cada uno de ellos deben ser reconocidos, amparados y protegidos por el ordenamiento jurídico vigente. Lo contrario sería negarles su condición de sujetos de derecho.

Al mostrarse como identidades fluidas, donde la masculinas y la feminidad se vuelven límites permeables y transitables en lugar de sustancias herméticas, cuestionaron el binomio hombre-mujer como sistema exclusivo y excluyente de identificación e interpelaron a los operadores jurídicos del derechos a que se recategorice la forma en que son denominados sus asesinatos. Es que si no son mujeres, mal podría hablarse de femicidio.

La difunta activista trans Lohana Berkins, al explyarse sobre la identidad travesti como identidad política, refirió *“las travestis somos personas que construimos nuestra identidad cuestionando los sentidos que otorga la cultura dominante a la genitalidad. La sociedad hace lectura de los genitales de las personas, y a esas lecturas le siguen expectativas acerca de la identidad, las habilidades, la posición social, la sexualidad y la moral de cada persona –permítaseme agregar el reconocimiento de sus derechos-. Se considera que a un cuerpo con un pene seguirá una subjetividad masculina y a un cuerpo con una vagina seguirá una subjetividad femenina. El travestismo irrumpe con esta lógica binaria que es hegemónica en las sociedades occidentales y que oprime a quienes se resisten a ser subsumidas y subsumidos en las categorías “varón” o “mujer”*³⁰.

A pesar del reconocimiento legal de dicha identidad, la experiencia y los hechos que trascienden en los noticieros y redes sociales, como el informe presentado ante la Comisión Internacional de los Derechos Humanos para Gays y Lesbianas³¹, nos demuestran que el

³⁰ BERKINS, Lohana, “Travesti, una identidad política”. Disponible en www.bivica.org/upload/feminismo_bolivia.pdf p. 222.

³¹ Informe presentado en el Programa para América Latina y el Caribe. Comisión Internacional de los Derechos Humanos para Gays y Lesbianas. Disponible en http://issuu.com/siluetax/docs/marcelo_ferreyra_informe_sobre_travestismos_y_pobre

destino social de la mayoría de las identidades que desafían el binarismo genérico incluyen: la expulsión temprana del hogar, la iniciación en el trabajo sexual desde la pubertad o la adolescencia como único medio de subsistencia, la exclusión radical de los sistemas educativos y sanitarios, del mercado laboral y de la vivienda, el riesgo temprano y continuo de infección de ETS, la discriminación generalizada, la criminalización, el hostigamiento, la persecución y la violencia policial, la tortura, el asesinato, así como la indiferencia, la complicidad y el olvido de las sociedades en las que convive. Esto es demostrativo de la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas que no encajan en las categorías hegemónicamente admitidas.

Lo cierto es que, al igual que las mujeres sic, travestis y mujeres trans (es decir, aquellas personas que fueron asignadas al género masculino al nacer y se identifican como travestis o como mujeres respectivamente) *son víctimas privilegiadas de la violencia letal*. El brutal asesinato de la dirigente travesti Diana Socayán, hizo eco en todas las esferas de la sociedad. ONG's y reparticiones del estado reivindicaron la identidad de Socayán a la hora de categorizar los crímenes cometidos contra este colectivo. Ello llevó a que Lohana Berkins, desde el Observatorio de Género, planteara la necesidad de repensar el vocabulario utilizado para referirse a estos particulares crímenes de odio. La autopercepción de Socayán como travesti y no como mujer, hacía imposible que se sugiera hablando sólo de femicidios, ya que existían otras clases de feminidades, reconocidas por el derecho, que se debían considerar. Por ello, Berkins sostuvo que debía comenzarse a desarrollar el termino **travesticidio**. En un primer momento, el asesinato de Diana Socayán fue tramitado como un femicidio, y a pesar de ser una gran apertura por parte de la justicia porteña porque por primera vez trató incorporar la cuestión de género y la autopercepción por sobre la genitalidad y valoró la situación de vulnerabilidad a la se veía expuesta Socayán por su condición de tal, desoía la verdadera identidad de la víctima, toda vez que ésta no se reconocía como mujer, sino como travesti. Esto se debió, a que faltaban presiones conceptuales que permitieran identificar cuál eran la verdadera situación de riesgo existente en el caso. Tal y como se hizo al analizar el problema del femicidio desde su óptica política, poniendo énfasis en el continuum de violencia a la que se veían sometidas, analizaron la situación sistemática de riesgo que atravesaba la vida de las travestis, los que los llevó a considerar que existía un concepto especial para denominar estos particulares crímenes de género que los diferenciaba del femicidio.

Considerar a las travestis como un grupo diferenciado permitió reconocer la especificidad de sus identidades y expresiones de género y atender a las particularidades de los crímenes perpetrados en contra de ellxs. En particular, permitió distinguir estos crímenes de aquellos cometidos en virtud de la orientación sexual de las víctimas “crímenes homofóbicos /lesbofóbicos”. Además, incluirlos en el término de femicidio implicaba no reconocer identidades de género específicas post-mortem, negándoles nuevamente su derecho a ser reconocidas como verdaderos sujetos de derecho, reduciendo todo a una ficción.

Así, desde el Observatorio de Género se concluyó que **el travesticidio** es la expresión más visible y final de una cadena de violencias estructurales que responden a un sistema cultural, social, político y económico vertebrado por la división binaria excluyente entre los géneros. Cuando me referí al femicidio, hablé de patriarcado, aquí de cissexismo. En este sistema, las personas cis (es decir, aquellas que no son trans) detentan privilegios que no se reconocen como tales, sino que se asimilan al “orden natural”. En este contexto, ser travesti tiene consecuencias materiales y simbólicas en las condiciones de existencia. Así entendido, el correlato del privilegio cis es la precariedad estructural de las vidas trans, sometidas a una dinámica expulsiva que, en el caso de travestis, las mantiene cuidadosamente separadas de la sociedad y las ubica en un lugar material y simbólico mucho más expuesto a la visita frecuente de la muerte prematura y violenta. Máxime si se tiene en cuenta que la expectativa de vida de las travestis en Argentina se reduce a los 40 años.

Al analizar los asesinatos de las personas travestis desde un óptica política, al igual que se hizo con el femicidio, en donde la sociedad mata o deja morir a estas personas por el sólo hecho de expresar su identidad de género, desde el Observatorio de Género de la ciudad de Buenos Aires se ofreció la siguiente definición: *“El travesticidio/transfemicidio es el extremo de un continuum de violencias que comienza con la expulsión del hogar, la exclusión del sistema educativo, del sistema sanitario y del mercado laboral, la iniciación temprana en el trabajo sexual, el riesgo permanente de contagio de enfermedades de transmisión sexual, la criminalización, la estigmatización social, la patologización, la persecución y la violencia policial. Esta trama de violencias constituye el espacio de experiencia de travestis y mujeres trans y se espeja en su menguado horizonte de expectativas. En él, la muerte no tiene nada de extraordinario, por el contrario, al decir de Octavio Paz “vida y muerte son inseparables y cada vez que la primera pierde significación, la segunda se vuelve intrascendente”³².*

A los fines de conceptualizar el problema se utilizaron términos reconocidos y utilizados a nivel internacional para referirse a esta clase particular de crímenes y que permite diferenciarlos de los crímenes homofóbicos que encuentran su razón de ser en un conflicto interpersonal basado en una fobia del sujeto activo, para con la orientación sexual de la víctima. Como así también de los llamados “crímenes de odio”, cuya caracterización hace hincapié en un dato personal del perpetrador de ese crimen, que se traduce en un sentimiento o una emoción de hostilidad por parte del sujeto activo.

Así, luego de consultar a la población trans de Argentina y a los representantes de la sociedad civil comprometidos con la lucha de los derechos de este colectivo, se llegó a la conclusión de que debían utilizarse dos clases de términos, de acuerdo a las circunstancias personales de las víctimas de estos delitos. Esta caracterización de sus propias identidades

³² Definición extraída del Boletín N° 9 del Observatorio de Género.

obligó a que se utilizaran dos tipos de conceptos, de acuerdo a la autopercepción de género del sujeto pasivo del delito.

Tal y como Lara María Bertolini luchó para que se le reconociera su propia identidad de género, femineidad travesti, las ONG's que bregan por los derechos de las travestis en Argentina, manifestaron su preocupación y deseo a que se les reconozcan sus identidades aún después de muertas. Ya que si bien el termino transfemicidio se refiere a las personas trans que engloba a toda la población cuya identidad de género autopercebida no se corresponde con la asignada imperativamente por el Estado al momento de nacer, la comunidad travesti manifestó que era una construcción social que surgió como consecuencia de una larga demanda política y social. No permitir que sus asesinatos sea individualizados como travesticidios, era nuevamente, no reconocer sus propias identidades e incumplir los más antiguos tratados sobre Derechos Humanos. Ya que todos tenemos derechos a exigir y decidir cómo queremos vivir y cómo queremos que nuestros cuerpos sean interpretados, aún después de muertos.

Ahora bien, la dualidad del concepto propuesto "*travesticidio/transfemicidio*", tiene como característica que hace alusión, debido a su raíz semántica, a la especial situación del sujeto pasivo, pero también permite que otras expresiones de la femineidad, que no quedan incluidas en el término travesti, queden amparadas.

Atento a los compromisos asumidos por el Estado argentino, es responsabilidad estatal crear políticas de acción positiva que tiendan a poner fin a toda situación de violencia y discriminación que condene al colectivo trans. Ello también debe verse reflejando en la forma en que el Poder Judicial aborda dicha problemática e investiga los delitos cometidos en perjuicio de ellxs, como así también su caracterización, la que debe, necesariamente, evidenciar las tramas de relación que hicieron posible estos tipos de violencias. Esta perspectiva hermenéutica cuestiona la idea de que los travesticidios/transfemicidios resultan exclusivamente del odio de individuos particulares y los reconocen más bien como una cuestión de estado, tal y como ocurrió con la figura del femicidio.

Este reconocimiento por parte del Estado se vio reflejado en la apertura del Poder Judicial de la Nación en el año 2016, a través de la Oficina de la Mujer, de incorporar los conceptos de travesticidio/transfemicidio en el Registro Nacional de Crímenes de Género³³, que se traduce en una admisión de la legitimidad de las identidades de género autopercebidas y en la posibilidad de que se piense desde el Estado en medidas efectivas para prevenir y castigar estos crímenes de género.

³³ Centro de Información Judicial. Poder Judicial de la Nación. <https://www.cij.gov.ar/nota-29345-La-Oficina-de-la-Mujer-ampl-a-datos-del-Registro-Nacional-de-Femicidios-de-la-Justicia-Argentina.html>

VI.3. Homicidio agravado por odio.

Como se mencionó, una de las modificaciones introducidas al digesto punitivo mediante la sanción de la Ley 26.741, se centró en el inciso 4 del art. 80, el que quedó redactado de la siguiente manera “*Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión*”.

De esta manera, se amplió el catálogo de crímenes de odio para tutelar a grupos especialmente victimizados por cuestiones de género y orientación sexual, como lxs lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, travestis, transgéneros, e intersexuales (LGBTI). Su formulación también es neutra en términos de género.

Siguiendo la letra del artículo, se puede decir que estos homicidios se caracterizan por el móvil del autor, que consisten en el odio o la aversión que siente por la víctima por su condición de pertenecer a un determinado género o por su orientación sexual (por ser heterosexual, homosexual o bisexual), su identidad de género (por autoperibirse con un género distinto al asignado por la sociedad y el Estado al realizar una lectura biológica de los cuerpos) o su expresión.

Como se advierte, el legislador contempló en primer lugar, el homicidio calificado por odio al género.

Según Arocena³⁴, el odio es “de género” cuando la apatía del homicida, en relación con el sujeto pasivo, tiene como base la condición femenina o masculina del sujeto pasivo. A continuación, y a los fines de distinguir el presente inciso del femicidio -cuando de una mujer víctima se trata-, refiere que lingüísticamente la alocución “género” alude al conjunto de seres humanos que tiene uno o varios caracteres biológicos comunes que permite distinguirlos en varones y mujeres. Concluyendo que matará por odio de género, entonces, el hombre o la mujer que priva arbitrariamente de la vida a un tercero, por la condición biológica masculina o femenina de este.

No comparto la interpretación efectuada por Arocena, toda vez que en su intento de diferenciar este tipo de delito del femicidio, asimila los conceptos “género” y “sexo”, al referirse a las características biológicas de los seres humanos. Repárese en las consideraciones formuladas al momento de analizar el significado y la evolución del concepto en cuestión.

Por otro lado, resulta sumamente difícil imaginar un supuesto en el que una persona, desprovista de cualquier tipo de imperativo social y/o cultural, decida matar a una mujer o un hombre por su sola pertenencia al género femenino o masculino. La propia interpretación inter-sistémica del tipo legal, hace imposible que se pueda concebir este tipo de homicidios sin que el motivo haya sido el odio o la aversión que le genera al sujeto activo la identidad de género autopercebida del sujeto pasivo u observar un supuesto de

³⁴ AROCENA, Gustavo A. (2017) “*Femicidio y otros delitos de género*” pp. 46 y ss. Buenos Aires. Ed. Hammurabi

violencia hacia la mujer por cuestiones de género que no sea recogido por la figura del femicidio. Es que en el actual ordenamiento jurídico, el género como dato biológico no existe, en todo caso deberíamos referirnos al sexo o al ADN de las personas, pero estos no fueron los conceptos utilizados por el legislador. Razón por la cual deberíamos preguntarnos ¿qué casos quedan incluidos en este supuesto?

Se me ocurre, como ejemplo de un supuesto por odio al género masculino, el mito griego de las amazonas, quienes sacrificaban a los niños varones o los abandonaban a su suerte por haber nacido con sexo masculino. Pero entiendo que ni aún este caso se puede aseverar que el “odio” de las mujeres hacia los hombres sea una cuestión meramente interpersonal, basada en las características biológicas de la persona; sino, por el contrario, social, cultural y de jerarquización de género, situaciones que fomentan la violencia hacia las mujeres, uno de los subtipos de violencia de género que justifica la existencia de la figura del femicidio, como se analizará infra.

A continuación, el inciso bajo examen se refiere a los homicidios causados por el odio o aversión que le genera al sujeto activo, la **orientación sexual** del sujeto pasivo.

En este caso el sujeto activo puede ser cualquier persona, mientras que el sujeto pasivo podrá ser un heterosexual, un homosexual o un bisexual. Lo cierto es que esta agravante se pensó a los fines de brindar una respuesta estatal a los compromisos asumidos por el Estado Argentino en lo atinente a la protección de los derechos de la comunidad LGTB, y en particular, para castigar los crímenes homolesbofóbicos. Ya que, si bien es cierto que el tipo penal incluye a las personas heterosexuales como sujetos pasivos de esta clase de homicidio, la realidad y las estadísticas publicadas por el Área de Análisis Criminal y Planificación de la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres, determinan que el mayor porcentaje de víctimas está compuesto por aquellas personas que poseen una orientación sexual no hegemónica.

Sobre este punto, José Milton Peralta enseña que *“los motivos de odio, cuanto menos en muchos casos, señalan una pretensión de sometimiento de la víctima por parte del autor. Esta pretensión se materializa, además, en el hecho tornándolo más grave incluso desde un punto de vista estrictamente objetivo. La tesis central es la siguiente: la manera en que las víctimas pueden evitar la agresión en estos casos es sometiéndose a la voluntad de un autor que quiere imponerles un modo de vida; la contracara es que el autor las mata porque no se han sometido. Esta idea de sometimiento no se presente en los homicidios comunes en los cuales la víctima, para no ser tal, no necesita someterse a la voluntad de ningún autor concreto. Esto es lo que marca la diferencia entra ambas clases de homicidios y justifica su trato diferenciado”*³⁵.

³⁵ PERALTA, José M. (2013) *“Homicidios por odio como delitos de sometimiento”*. Revista para el análisis del derecho. Disponible en <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/270187>. Consultado con fecha 02/12/2018.

Como se advierte, esta agravante se funda en la mayor perversidad del autor, y en el gran peligro social que un homicidio por tales motivos representa. Pues, al deprecio de la vida en sí misma se le suma el menosprecio hacia determinadas orientaciones sexuales no hegemónicas. Ya que es la homofobia lo que motiva al autor a acabar con la vida del sujeto pasivo.

A continuación, el tipo penal se refiere a los homicidios motivados por el odio o aversión que le genera al perpetrador la **identidad de género** o **su expresión** del sujeto pasivo. De este modo, la actual agravante se aleja de la concepción clásico/binaria del género, entendida esta desde la perspectiva hegemónica de la heteronormatividad – correlato socialmente esperable entre el sexo biológico y el género adoptado-, y comprende expresamente a aquellas personas que poseen una identidad de género diversa a la asignada por la lectura biológica que de sus cuerpos hace el Estado al momento de su nacimiento. En este punto, tratándose el concepto “identidad de género” de un elemento normativo del tipo, extrapenal, es ineludible referirse al concepto de identidad de género, normativamente prescripto en el artículo 2 de la ley 26.743. Esta última motivación, incluye el odio a la persona por su cambio de género o por tener modales, formas de hablar o vestimentas socialmente esperables en el género opuesto.

Aquí, el delito se configura cuando el agente mata a quien habiendo nacido con sexo masculino, se representa socialmente como perteneciente al género opuesto al esperable para ese sexo, es decir, a lo que coloquialmente se conoce con el término travesti (para ello me remito a lo desarrollado al analizar el Travesticidio). También, cuando se mata a una persona con sexo biológico masculino que se expresa o actúa de manera afeminada o a una mujer masculinizada. Pero no ocurre lo mismo con aquella persona que habiendo nacido con sexo biológico masculino se autopercibe como mujer. Pues este caso, podríamos estar en presencia de un femicidio, si dicho asesinato se produce en un contexto de violencia de género. Ahora bien, si estamos frente a un sujeto pasivo que se autopercibe como travesti o su identidad de género es travesti (como es el caso de “Bertolini”), no cabe dudas que si su muerte, si se debió a dichas razones, deberá quedar incluido en el inc. 4 bajo la figura del “travesticidio”.

En un sentido bastante aprehensible, se advierte que, lo que hace el autor con el homicidio por odio es, además de matar, censurar la acción de las víctimas, es decir, manifestar que no existe derecho a travestirse o a ser afeminado –en el caso de una persona nacida con sexo masculino-, o por lo menos, que esa no es, mientras el autor exista, una opción inteligente. Por ello, si el sujeto pasivo no desea morir, deberá someterse a la heteronomía, cuando debería regir, en un aspecto tan íntimo de la personalidad de las personas, la autonomía. Es por ello, que estos delitos podrían ser definidos, como concluye José Peralta “*como el delito originado en el ejercicio de la víctima de su derecho a elegir y manifestar cómo identificarse sexualmente*”. El objetivo de la ley es garantizar el derecho a que el único que puede disponer sobre este ámbito personalísimo de la vida de un ser

humano es uno mismo, en concordancia con lo estipulado por el artículo 19 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional

Resta agregar que todas estas hipótesis constituyen la razón de ser del homicidio, ya que inspiran al sujeto activo a actuar de tal modo, pues el autor decide matar a una persona que no vive, en su esfera de privacidad, conforme a los parámetros que aquél considera correctos y/o “normales”. La víctima rechaza con su conducta la heteronomía y el binarismo genérico implícitamente pretendido en la agresión, justamente allí donde la heteronomía y el binarismo no deben regir. Por eso, siendo el móvil el elemento que produce su agravación, el dolo directo es el único modo posible desde la perspectiva del tipo subjetivo.

Para algunos autores, estos delitos se caracterizan por contener el tipo subjetivo elementos subjetivos del ánimo, que aluden a la actitud o ánimo del autor en el momento de cometer el hecho. Al respecto, Boumpadre refiere que “*se trata de delitos subjetivamente configurados, de resultado cortado, portadores de elementos subjetivos del tipo que añaden al dolo propio de todo homicidio*”³⁶.

Lo cierto es que la fórmula utilizada por el legislador al redactar el nuevo inc. 4 del art. 80 no es satisfactoria. Toda vez que ha recurrido a expresiones como “género” “identidad de género” “expresión de género”, sin tener en cuenta los avances terminológicos y jurídicos efectuados en la materia. Tal vez, hubiera sido más conveniente que utilizara expresiones tales como “odio a una persona que se autopercebe femenina o masculina”, en armonía con lo establecido por la Ley 26.743 y con los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Argentina.

VI.4. Femicidio.

Según lo establecido en el nuevo inc. 11 del art. 80 del Código Penal, se impondrá reclusión o prisión perpetua al que *matara a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediar violencia de género*.

Tal y como se desarrolló a lo largo del punto VI, el femicidio es uno de los nuevos delitos incorporados por la ley 26.791, que se caracteriza por la calidad o condición del autor y de la víctima, como así también, por las especiales circunstancias en la que se produce su comisión, esto es, basado en un entorno de violencia de género.

Numerosos han sido los proyectos ingresados al Congreso de la Nación en los últimos tiempos tendientes a introducir en el Código Penal Argentino el delito de femicidio. Finalmente, con fecha 14/12/2012, fue sancionado el proyecto original de la Cámara de Diputados titulado “Orden del día N° 202. Modificación del art. 80 del Código Penal sobre homicidio agravado”.

³⁶ BOUMPADRE, Jorge E. (2013) “*Violencia de Género, femicidio y derecho penal. Los nuevos delitos de género*”. Córdoba. Ed. Alveroni

Buompadre definió al femicidio como “*la muerte de una mujer en un contexto de género, por su pertenencia al género femenino*”³⁷.

Para Arocena, la definición legal de femicidio es “*la muerte dolosamente causada de un hombre a una mujer, mediando violencia de género*”. Es decir, que se trataría de la privación arbitraria de la vida de una mujer por parte de un hombre, en un contexto de violencia de género.

Por su parte, José Milton Peralta, adscribe al femicidio en su teoría de homicidios por odio como delito de sometimiento. Es decir, aquellos en los que el sujeto activo mata a otro en razón de su constitución individual, toda vez que, en el caso del femicidio, se mata a una mujer por su condición de tal. En los casos de femicidio, el autor se siente provocado frente a ejercicios de derechos por parte de la mujer. Sobre este punto, Peralta explica que el sujeto activo del delito, de manera más o menos consciente, tiene una concepción machista de las relaciones entre hombre y mujer y concibe a esta última como a un sujeto carente de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. Censura, a través de su hecho, la autonomía de la mujer frente al hombre.

Al respecto, el comité creado en el marco de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, señaló que el femicidio es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre³⁸. En efecto, para evitar ser víctima y provocar al agresor, la mujer, por supuesto, especialmente la que está en pareja, debe llevar adelante un modo de vida sumiso y digitado por el hombre. Es por ello que Peralta concluye que en este supuesto, se puede ver una vez más que donde debería regir la autonomía rige la heteronotividad, machista y patriarcal.

VI.4.1. Bien Jurídico Protegido.

Conforme surge de la sistematización del Código Penal Argentina, esta hipótesis delictiva ha sido incorporada al Título I, Capítulo I. No cabe duda entonces que el bien jurídico tutelado por la norma es la vida independiente del sujeto pasivo. Ahora bien, que la muerte de la mujer se produzca en un contexto de violencia de género, no lo convierte en un Bien Jurídico distinto al de la figura base (art. 79 del C.P.), pues sea cual fuere la motivación del autor, estamos en presencia de un homicidio.

Entonces, ¿dónde debe buscarse el fundamento de la mayor punibilidad? La doctrina mayoritaria entiende que en este caso, al igual que en los homicidios encuadrados en la agravante del inc. 4., la mayor punibilidad encuentra su razón de ser en las condiciones del

³⁷ BUOMPADRE, Jorge E. (2013) “*Violencia de Género, femicidio y derecho penal*” *Los nuevos delitos de género*. Córdoba. Ed. Alverioni.

³⁸ Recomendación N° 19. Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

sujeto pasivo y en las circunstancias especiales de su comisión: violencia ejercida en un contexto de género. Si esta especial condición de subordinación no existe, la conducta de dar muerte a una mujer no podría quedar subsumida en la agravante del inc. 11. Pero ello no quita que dicho homicidio pueda quedar encuadrado en el resto de los incisos estatuidos en el art. 80. Es que si así no fuere, se estaría concediendo mayor valor a la vida de una mujer por sobre la de un varón en iguales circunstancias, lo que resultaría violatorio del principio constitucional de igualdad ante la ley (art. 16 y cc de la C.N.).

Es por ello que la autonomía y mayor punibilidad de la figura se justifica en el hecho de que la víctima forma parte de un colectivo que, por sus propias características, está más expuesta a sufrir actos de violencia que un hombre en situaciones similares. Es que la mujer, en una sociedad machista y patriarcal, es siempre una víctima en situación de riesgo.

En palabras de José Milton Peralta, el fundamento de la mayor punibilidad de esta clase de delitos radica en el hecho de que el sujeto activo decide acabar con la vida del sujeto pasivo, simplemente porque éste realiza conductas lícitas que le resultan provocadoras, una conducta que tiene que ver, además, normalmente, con el ejercicio de derechos individuales. Es por ello que concluye, *“en estos supuestos, entonces, todo el injusto es incumbencia de un autor intolerante, que se siente provocado por acciones que no pueden considerarse provocación en un sentido relevante”*³⁹.

VI.4.2. Tipo objetivo. La acción típica

De conformidad al texto de la ley, se trata de un tipo agravado de homicidio, especial impropio, cualificado por el género del autor, cuya perfección típica requiere la concurrencia de las siguientes condiciones:

- 1) Que el autor del homicidio sea un hombre;
- 2) Que la víctima sea una mujer;
- 3) Que el agresor haya matado a la víctima *“por ser mujer”*, esto es, por pertenecer al género femenino, y;
- 4) Que el asesinato se haya perpetrado en un contexto de violencia de género.

Cada condición debe verificarse y probarse en el debate oral y público para que el autor pueda ser considerado responsable de esta clase de homicidio agravado.

VI.4.3. Sujetos del delito

Antes de entrar de lleno en el análisis de los sujetos del delito, es necesario poner de relieve la renuencia de los legisladores, catedráticos del derecho, juristas y de la sociedad argentina en general de aceptar que hoy, conceptos que parecían tan inmutables como

³⁹ PERALTA, José M. (2013) *“Homicidios por odio como delitos de sometimiento”*. Revista para el análisis del derecho. Pág. 18. Disponible en <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/270187>. Consultado con fecha 02/12/2018.

hombre y mujer se encuentran atravesados por los nuevos paradigmas, avances científicos y epistemológicos del concepto de género y sus implicancias.

La clásica interpretación biologicista de los términos hombre y mujer, ha llevado a algunos doctrinarios del derecho a sostener que por *hombre* sólo debe entenderse al macho de la especie humana, es decir, a aquél que posee órganos genitales masculinos (pene y gónadas), mientras que por mujer, debe interpretarse aquél sujeto de la misma especie que posee órganos genitales femeninos (vagina, útero, ovarios y mamas desarrolladas), sin tener en cuenta que dichos conceptos exceden, en la actualidad, el plano biologicista, y como tal, se encuentran entrampados en una constante estructuración y reestructuración socio-cultural. Pues como lo ha dicho Simone de Beauvier “*lo que entendemos por mujer es un productor cultural que se ha construido socialmente... muchas de las características que presentan las mujeres no les vienen dadas de su genética, sino de cómo han sido educadas y socializadas... no se nace mujer: llega uno a serlo*”. Es por ello que puede sostenerse que el género de las personas, no está completamente sometido a puros determinismos biológicos, sino, a relaciones de poder que ocultan con la biología el imperio de lo masculino por sobre lo femenino para justificar el sometimiento de segundo por el primero.

Siguiendo este punto de vista, en lo que a los sujetos del delito bajo examen se refiere, se podría afirmar que sujeto activo, sólo puede ser un hombre (en sentido biológico), mientras que el sujeto pasivo sólo puede ser una mujer (en el sentido biológico del término).

Antes de continuar, resulta oportuno recordar que sólo puede hablarse de femicidio cuando la muerte de la mujer se hubiera producido en un contexto de violencia de género, pues, la razón de ser de esta agravante, radica en el hecho de que el femicidio *es la mayor expresión de discriminación, construida sobre una desigualdad estructural de poder entre varones y mujeres*, que se encuentra favorecida por patrones culturales que alientan y justifican la supremacía material de los varones –heterosexuales-, al tiempo que coloca a las mujeres en una situación permanente de vulnerabilidad, convirtiéndola desde lo discursivo en una persona fragilizada frente a situaciones en las que debe confrontar con un varón.

Entendido esto desde una perspectiva meramente biologicista, se concluye que esta nueva formulación penal tiene dos aspectos a destacar:

- 1) Por un lado, implica la hiperprotección de la mujer, con exclusión del varón, exclusivamente en el marco de una relación heterosexual. Esta interpretación a la par de discriminar y colocar en una situación de desprotección a la población que excede la clasificación binaria, podría generar algún tipo de planteo de inconstitucionalidad por violar del principio de igualdad (art. 16 y cc. C.N.), por la diferencia de tratamiento que se otorga en relación al homicidio perpetrado en el ámbito de una relación homosexual.
- 2) Por otro lado, exhibe un marco punitivo de gran severidad para aquellos hechos de violencia que involucran una cuestión de género y no así en circunstancias en que no existe de por medio un contexto de tal naturaleza.

Entonces, el tipo penal exige además del desvalor del resultado –la muerte de una mujer-, que éste resultado se haya producido en un contexto de género, es decir, en una situación de subordinación y sometimiento de la mujer por el varón, basada en una relación desigual de poder. Situación que deberá ser sometida a las reglas de la prueba en el respectivo proceso judicial, a diferencia de lo que sucede en un hecho de homicidio simple, donde se parte del acto y no de las vivencias previas de las partes relacionadas por el delito que determinó la suerte y el destino del sujeto pasivo.

Ahora bien, la locución violencia de género, es un elemento normativo del tipo, extrapenal, razón por la cual su definición debe ser buscada fuera del Código Penal. Al ser un elemento normativo, el juez no puede apartarse de su contenido, ni ser sometido a una interpretación judicial libre y mucho menos creada jurisprudencialmente. Sólo la ley puede definir qué se entiende por violencia de género y así debe ser interpretado.

Lamentablemente, doctrinarios de la talla de Boumpadre, en su esfuerzo por encontrar una definición de “violencia de género”, confunden dicho concepto y lo equiparan con el de “violencia contra la mujer”, desconociendo lo analizado en el punto II.3 del presente trabajo, como así también lo afirmado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, quien aseveró que las violencias homofóbicas y transfóbicas “constituyen una forma de violencia de género, impulsada por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género –heteronormativas-”⁴⁰

En su lógica, los doctrinarios que niegan la posibilidad de que una mujer trans pueda ser objeto pasivo de la figura del femicidio, argumentan que las disposiciones contenidas en el la Ley 26.485 de Protección Integral para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos donde Desarrollen sus Relaciones Interpersonales y en la Convención de Belén do Pará, son legislaciones que se refieren a la mujer (en sentido biológico), ya que se no sólo se pensaron para ayudar a las mujeres, sino que regulan situaciones y establecen derechos específicamente determinados para las mujeres cis. Lo cierto es que, esta misma línea argumentativa nos lleva a considerar que la ley que se toma de guía para interpretar qué debe entenderse por violencia de género, no es una ley de género en sentido escrito, ya que excluye en su regulación a las demás expresiones de género que pueden ser objeto de igual forma de violencia machista, heteronormativa y patriarcal. De hecho, hasta qué punto puede sostenerse que dicha argumentación no constituye otra forma de violencia de género en el sentido otorgado por la propia ley 26.485

⁴⁰ ONU, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, 19º período de sesiones, 17/11/2011: Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, III. A. 20., p. 8.

al definir a la violencia indirecta como “*toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón*”.

Lo verdaderamente cierto es que, guiados por la perspectiva heteronormativa y binaria del género, diversos autores que se han expedido sobre la figura del femicidio, concluyen que el legislador argentino, al hablar de violencia de género, limita el concepto a una de sus subcategorías: la “*violencia contra la mujer*”, y no a otra clase de violencia de género que también puede ser utilizada en las relaciones interpersonales, contra individuos que poseen orientaciones de sexo o identidades de género distintas, como sucede con las lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgéneros, etc.

Es por ello, que Boumpadre y Arocena entienden que, los conceptos de hombre y mujer utilizados por el legislador al redactar el inciso 11 del artículo 80, se refieren sólo y exclusivamente al sentido biológico de los términos, excluyendo el homicidio de una mujer trans, de la referida normativa.

Como consecuencia, concluyen que el homicidio de una mujer trans encuadraría, *necesariamente*, en el artículo 79 del C.P. o en alguna de las otras agravantes previstas por el art. 80, pero nunca en el femicidio, por su exclusión biologicista.

Ahora bien, sean cuales fueran los antecedentes históricos y legislativos que inspiraron al legislador en la redacción de esta nueva agravante, resulta inadmisibles obviar el hecho de que en la realidad actual –tanto cultural, científica, como legislativamente (ley 26.743)-, se ha producido una profunda transformación en los conceptos de hombre y mujer, superando la distinción biologicista en su inclusión categórica.

Hoy no sólo existen en los hechos, sino que son reconocidas por el derecho –interno e internacional-, tanto las mujeres de sexo femenino, como aquellas que, habiendo nacido con sexo masculino se reconocen y autoperceben como tales, aunque no hubieran modificado su estructura anatómica, mujer en “sentido formal”.

Esta ampliación conceptual del término mujer, trae como consecuencia directa, la modificación del concepto violencia de género, ampliando su alcance y contenido. El actual ordenamiento jurídico argentino permite interpretar, sin violar derechos o garantías constitucionales, que la violencia de género es: cualquier tipo de violencia ejercida hacia una persona por su condición de género, sea hombre, mujer o transgénero.

Desde esta nueva perspectiva, una interpretación armoniosa de los derechos humanos nos lleva a considerar que, cuando se habla de femicidio, se alude a aquel tipo de violencia sistemática en la que el cuerpo femenino o feminizado es ocupado, sujetado y finalmente exterminado. Pues las principales víctimas de la violencia de género son, las mujeres y las personas trans, dado que dentro del sistema patriarcal representan una minoría invisibilizada.

Esta conclusión e inclusión de la mujer trans en la figura del femicidio, que para muchos sería errónea, deriva de la aplicación e interpretación conjunta de la normativa actual –nacional e internacional- referida al derecho penal y la identidad de género.

Es que si la normativa civil reconoce el derecho de la persona que ha nacido con un sexo biológico determinado, a rectificar su nombre y sexo para readecuarlo a la identidad de género por el/ella autopercebido y obliga, por lo tanto, a los particulares y al Estado, a que respeten la identidad de género por ellxs percibida, protegiendo mediante la absoluta confidencialidad del trámite, la intimidad de las personas, resultaría un absurdo normativo sostener que estos ciudadanos –recientemente reconocidos como sujetos de derecho-, se les desconozcan los derechos y garantías que el derecho argentino estatuye a favor de los géneros con los cuales se identifica y aún más, se reconocen.

En el caso que nos ocupa, sostener que una mujer, por el hecho de no haber nacido con genitales femeninos, no puede ser sujeto pasivo del delito de femicidio, además de configurar una contradicción normológica, representaría una interpretación desajustada al derecho vigente y por lo tanto violatoria del principio constitucional de igualdad ante la ley y del derecho humano a vivir de acuerdo a su identidad de género autopercebida.

De otro costado, las reglas de la lógica nos enseñan que una persona no puede ser varón y mujer a la misma vez y en el mismo sentido. Por lo tanto, una mujer trans o es mujer o no lo es, no existe una tercera posibilidad. O se la reconoce como tal o simplemente se la excluye del sistema, pues no existen en el derecho categorías intermedias.

Sobre este punto, es necesario resaltar que la LIG hace especial hincapié en la autopercepción de las personas. Por ello, sostengo que el caso que se analiza no aplica para aquellas personas que se identifican como travestis, pues estas, se autoperciben en una tercer categoría que no es puesta en discusión, la que involucra otros derechos y garantías, igualmente válidos para el derecho nacional vigente.

Dicho esto, si la LIG reconoce que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género, una persona que nació con sexo masculino pero que se identifica con el género femenino, tiene derecho a que se la reconozca como mujer en su plenitud. Pues el objetivo de la ley no fue crear ciudadanos de segunda, sino, reconocer identidades sistemática e históricamente excluidas.

A ello se suma que la LIG refiere que toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su identidad de género, por lo tanto, cada cual podrá desarrollar su identidad de género conforme a su íntima convicción, sin necesidad de ajustarse a parámetros socialmente establecidos. De esta forma, el actual ordenamiento jurídico reconoce y valida cualquier forma de exteriorización de dichas identidades, obligando a la par, a los individuos y al Estado a reconocerlos como verdaderos sujetos de derecho y por ende, merecedores de protección frente a acciones u omisiones destinadas a vulnerar sus derechos.

Por todo ello, puede aseverarse que el asesinato cometido por un hombre, en perjuicio de una mujer trans -que se autoperciba como mujer-, es un verdadero femicidio, ya que este particular delito se ve propiciado, en parte, por la situación de violencia de género estructural contra las mujeres, y en particular, por los perjuicios cissexistas y transfóbicos

que hacen que esta violencia de género contras las mujeres trans sea, en proporción, desmesuradamente mayor.

A la par de los travesticidios, debe reconocerse la existencia de los femicidios trans o transfemicidios. Ahora bien, ¿qué debe tener en cuenta el juzgador a la hora de subsumir el asesinato de una persona trans en la figura del travesticidio o femicidio?. La respuesta parece una sola, la identidad de género autopercebida por la víctima.

VI.4.4. La identidad de género autopercebida de la víctima del delito, como base para la subsunción normativa.

Cuando se analizó la agravante contenida en el inciso 4 del art. 80, se especificó que el mismo es un delito que requiere dolo directo, es decir, que el sujeto activo, a sabiendas de que está en presencia de una persona de un determinado sexo biológico que expresa su identidad de género transgrediendo las exigencias heteronormativas y que, a pesar de ello, no se autopercibe como mujer, decide matarlo por el odio o aversión que dicha expresión de género o identidad de género disidente –en el sentido de que no se autopercibe ni como varón ni como mujer- le provoca. Si así no lo hiciera, o fuera otro el motivo que lo llevara a acabar con la vida del sujeto pasivo, o no pudiera probárselo, necesariamente debería aplicarse la figura base contenida en el artículo 79 o encuadrarla dentro de las otras agravantes mencionadas en el artículo 80, según fuere el caso.

Este a sabiendas, no es sólo un requisito del tipo subjetivo, sino que constituye la razón de ser del mayor repudio al injusto perpetrado por el sujeto activo, y revela la mayor peligrosidad social que la persona representa para una sociedad democrática y respetuosa de los derechos humanos.

Ahora bien, como se analizó precedentemente, existen diversas maneras de manifestarse socialmente, en lo que a la identidad de género se refiere, y todas y cada una de estas autopercepciones son igualmente válidas y se encuentran protegidas tanto por el derecho interno como el internacional. Pues, como ya se explicó al analizar el fallo Bertolini, la LIG establece que toda persona tiene derecho al libre desarrollo conforme a su identidad de género, como así también, a ser tratada y respetada de acuerdo a esa identidad. Es por ello, que nuestro Máximo Tribunal provincial, sostuvo en el fallo “Pilleri” que el derecho a la identidad de género autopercebida, se proyecta como una potestad inherente de la persona, que va más allá de la simple facultad de solicitar la rectificación registral ante el Registro Nacional de las Personas. Esta tutela que brinda la ley, comprende necesariamente el derecho de las personas a ser reconocidas de la forma en que se autoperciben aún después de su muerte.

Por otro lado, cuando se analizó la figura del travesticidio y el femicidio, se hizo especial hincapié en el hecho de que dichos homicidios se caracterizaban por encontrarse en el tramo final de un continuum de terror sexista (anti-femenino) que incluía una amplia variedad de abusos físicos, verbales, psicológicos, económicos, etc. que colocaban a la mujer y a los cuerpos feminizados en una posición de subordinación por parte de los

varones heterosexuales. Forma parte del terror anti-femenino a la que se ven sometidas las mujeres trans, el hecho de que el sujeto activo del delito y peor aún, el Estado, no las reconozca de la manera en que ellas se autoperciben. Por lo tanto, resulta indiferente si el sujeto activo del delito asesinó a una mujer trans, por el odio o aversión que le ocasionaba el hecho de que una persona que nació con sexo biológico masculino exprese su identidad de género de acuerdo a las pautas socialmente establecidas para las hembras de la especie humana. Ya que, si la víctima se autopercibía como una mujer, así deberá ser analizado y valorado por el tribunal. De esta forma, si el homicidio se produjo en un contexto de violencia de género y el asesino es un hombre, no caben dudas de que estaremos en presencia de un verdadero femicidio, independientemente del sexo biológico con el que la víctima hubiera nacido. Afirmar lo contrario sería desconocer su identidad, que es – justamente- lo que la Ley de Identidad de Género pretende evitar. Ahora bien, si el sujeto pasivo se autopercibía como un travesti –tal como ocurre con Bertolini o con Socayán-, entonces la figura que habrá que aplicar, si el autor se vio motivado por cuestiones de género que considera inadecuadas, es la agravante contemplada en el inciso 4 del art. 80, más precisamente, la figura del travesticidio.

Sólo de esta manera, se estará respetando la identidad de género autopercebida por la víctima, derecho éste que se extiende aún después de su muerte.

Es que la identidad de género, viene a conformar lo que en la legislación civil se denomina “derechos personalísimos”. Estos derechos se caracterizan por ser una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales, que pertenecen a las personas por su sola condición humana y que se encuentran en relación a ella, en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral. Hoy, la doctrina y jurisprudencia nacional están de acuerdo en que su naturaleza se encuentra abarcada por el concepto de derecho subjetivo, que está dado como el poder o acción reconocido o concedido a una persona por el ordenamiento jurídico, es decir, por el derecho objetivo, para exigirle un comportamiento o conducta determinada a otra persona, que sirve para la satisfacción de intereses humanos.

Así entendidos, los derechos personalísimos tiene como pilar fundamental permitirle al ser humano su autodeterminación, esto es, poder decidir sobre determinados ámbitos personales, teniendo como único límite la afectación de intereses legítimos de terceros.

De este modo, los derechos personalísimos reconocen y garantizan a la persona humana, el goce de su propia entidad e interioridad en todas sus manifestaciones físicas y espirituales.

Habiendo aclarado ello, los invito a imaginarse los siguientes supuestos:

- 1) “A” mata a “B”, porque “B” mantiene públicamente una relación amorosa con “C”, que pertenece al mismo sexo biológico que “B”. Si durante el proceso penal se prueba que “A” mató a “B” por el odio o aversión que le producía que el sujeto pasivo mantenga relaciones sexuales o sostenga una relación amorosa con una persona de su mismo sexo, entonces no cabe dudas que se habrá perfeccionado el tipo contenido en el inc. 4 del art. 80 del C.P., por odio a la orientación sexual.

- 2) Avanzando con los ejemplos: “A” mata a “B” porque “B” ha decidido expresar su identidad de género de acuerdo a lo que desde el paradigma heteronormativo es socialmente esperable para las personas que poseen un sexo biológico opuesto al suyo. Si ello ha sido acreditado durante el debate, entonces el juez deberá aplicar, nuevamente, el agravante contenido en el inc. 4 del art. 80 C.P., por odio a la expresión de género.

Ambos ejemplos tienen como común denominador el hecho de que cualquier persona que convive en el mismo contexto sociocultural que “A”, podrá advertir que “B” expresó su identidad de género o su orientación sexual transgrediendo las normas establecidas por el paradigma heteronormativo, por lo tanto “A” no podrá esgrimir en su favor el “error de hecho” o “sobre los elementos del tipo”, como eximente de responsabilidad.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando “A” mata a “B” por el odio o aversión que le genera que “B” haya optado por vestir ropas que socioculturalmente fueron asignadas para cubrir el cuerpo de personas que hubieran nacido con un sexo biológico distinto al suyo? Para responder ello, deberán analizarse no sólo las motivaciones personales del perpetrador, sino también el contexto en el que se desarrolló la conducta y la identidad de género autopercibida por la víctima.

Así, si estamos en presencia de una persona que se autopercibe como travesti, como ha sido el caso de Bertolini, entonces no cabe dudas de que el homicidio deberá ser encuadrado en la agravante estatuida por el art. 80 inc. 4, es decir, la figura del “travesticidio”. Pues con su accionar, el sujeto activo, motivado por el odio o aversión que le genera dicha situación, habrá sometido a la víctima a sus propias convicciones, al punto tal de acabar con su vida. En este caso, la violencia de género resulta patente.

Pero si el sujeto activo, mata en un contexto de violencia de género a una persona que nació con sexo biológico masculino pero que se autopercibe como mujer, haya o no rectificado sus documentos de identidad –toda vez que la LIG no lo exige-, la aplicación del inc. 4 del art. 80 se torna más que discutible.

Si bien es cierto que el legislador, al sancionar la figura del femicidio, tuvo en consideración la situación de subordinación en la que se encuentra y se ha encontrado la mujer –en sentido biológico- a lo largo de la historia, negar que la mujer transexual se encuentra en idéntica o incluso peor situación de vulnerabilidad, sería desconocer la realidad que aqueja a esta minoría.

Así, si el sujeto activo mata a una mujer trans en un contexto de violencia de género, dicha acción deberá ser absorbida por la figura contemplada en el inc. 11 del art. 80, lo contrario sería sin más negarle su condición de mujer.

Nótese que en este caso, lo que motivó a “A” a poner fin a la vida de “B”, no fue el odio o aversión que a éste le provocaba el hecho de que “B” haya decidido expresar su identidad de género transgrediendo las normas del binarismo, que incluso pudo no haber discutido, sino, el hecho de que “B” haya decidido ejercer los derechos que le corresponden por el hecho de ser mujer, que haya salido del ámbito de su patrimonialidad patriarcal y que

se haya antepuesto como un verdadero sujeto de derecho. Es que como bien lo explica Arocena, en este supuesto, el hombre mata a la víctima, no ya en virtud de un elemento subjetivo individual y vinculado con las motivaciones de la acción (como sucede en los delitos contemplados en el inc. 4 del art. 80), sino motivado por un componente cultural en función del cual el primero concibe a la segunda prácticamente como una cosa. Aquí, el hombre priva arbitrariamente a la mujer trans de su vida, en razón de parámetros culturales que colocan a la mujer como un individuo carente de derechos o, al menos, como integrante de un colectivo de sujetos de segunda categoría.

Toda vez que, como ya se abordó, el concepto de violencia de género de un hombre en perjuicio de una mujer, es una noción que no repara en la cuestión biológica de la condición humana, sino en el aspecto cultural de la construcción de roles derivada de las estructuras sociales de naturaleza patriarcal, en las que un aprendizaje cultural de signo machista ha consagrado desigualdades sensibles entre una “identidad masculina” y un subordinado conjunto de rasgos inherentes a lo femenino.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la Sala III del Tribunal de Juicio de la ciudad de Salta, con fecha 03 de agosto de 2016, condenó a prisión perpetua a Juan José del Valle y Carlos Plaza, por el femicidio de Gimena Álvarez, una mujer trans que haciendo uso de los derechos consagrados por la ley 26.743, había rectificado su Documento Nacional de Identidad a los fines de adecuarlo a su identidad de género autopercibida. Lo mismo ocurrió en la ciudad de Córdoba, cuando el Fiscal de Instrucción del Distrito Judicial I –2º Turno- requirió la citación a juicio de Fabián Alejandro Casiva, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de femicidio en perjuicio de Azul Espinosa, que fuere confirmado por la Excm. Cámara de Acusación de la ciudad de Córdoba, el pasado 30/04/2019. Por su parte, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 4 de la Capital Federal, condenó – por mayoría- a prisión perpetua a Gabriel David Marino por el travesticidio de la militante travesti Amancay Diana Sacayán, en virtud de lo establecido en los incisos 4 y 11 del artículo 80 del Código Penal.

Por último, y en lo que a los sujetos del delito se refiere, considero necesario resaltar que el profesor Gustavo A. Arocena, en su libro *“Femicidio y otros delitos de género”*, se opuso fervientemente a admitir a las mujeres trans como sujetos pasivos del delito del femicidio. Ello se colige de lo manifestado al analizar el punto que nos convoca, donde refirió *“un supuesto particular lo plantea el caso de las llamadas “personas trans”, entendiendo por tales aquellas emplazadas en las diferentes variantes de las identidades de género (incluyendo transexuales, travestis, transformistas, entre otros), cuyo denominador común es que el sexo asignado al nacer no concuerda con la identidad de género de la persona. Sin dejar de recordar, e incluso resaltar, que la identidad de género no la determina el sexo asignado al momento del nacimiento, las transformaciones corporales, las intervenciones quirúrgicas o los tratamientos médicos –aunque estos puedan ser necesarios para la construcción de la identidad de género de algunas personas trans-, lo cierto es que, a los fines de la determinación del sujeto pasivo de la figura del femicidio,*

sólo parece plausible admitir la identidad femenina determinada por la genitalidad de nacimiento de una persona: así lo impone, insistimos, la interpretación de la expresión “violencia de género” con arreglo a la perspectiva cultural y sociológica que desarrollamos a lo largo del presente libro”⁴¹. A continuación, y desde mi punto de vista en franca contradicción, el autor afirma “por lo demás, esto último en modo alguno importa negar el carácter de construcción social de los conceptos de sexo, género e identidad de género, y menos aún, habilitar o facilitar la evitación del castigo calificado de los supuestos de privación arbitraria de la muerte –supongo que habrá querido decir “privación arbitraria de la vida”- de una persona trans, por el contrario, el homicidio de todos cuanto quedan incluidos en la categoría de “personas no conforme con su género”, en las hipótesis en que responde al odio o aversión –en tanto elemento subjetivo motivacional “individual” correspondiente al autor del delito- al género, a la orientación de género –entiendo que habrá querido referirse a la orientación sexual, toda vez que el género no es una orientación sino una identidad- o a la identidad de género, merecerá la punición calificada contemplada en el inc. 4 del art. 80 C.P. El homicidio inspirado en motivos transfóbicos, es decir, en razones de discriminación hacia el transgénero, quedará fácilmente comprendido por la descripción típica de esta última disposición legal”.

Transcripto esta párrafo, espero el lector haya entendido por qué he sostenido desde el año 2015, con mi anterior ensayo titulado “El femicidio trans”⁴², que la mujer trans puede y debería ser considerada sujeto pasivo del delito de femicidio cuando un hombre, en un contexto de violencia de género, decide privarla arbitrariamente de su vida. Mayores comentarios en relación a la postura de Arocena, sería transcribir el presente ensayo en un solo punto, lo que a esta altura, entiendo innecesario.

No soy ajeno a que, en una sociedad heteronormativa, binaria y patriarcal, como la nuestra, me encontraré con varios doctrinarios que no compartan mi postura. Pero no es una cuestión de egos, se trata simplemente de reconocer a las mujeres trans, es decir, a aquellas personas que se autoperciben como pertenecientes al género femenino, como verdaderos sujetos de derecho. La LIG y nuestro ordenamiento jurídico integral así lo establecen, en la medida en que no han creado mujeres de segunda, sino, reconocido derechos e identidades.

⁴¹ AROCENA, Gustavo A. (2017) “Femicidio y otros delitos de género” pp. 81 y ss. Buenos Aires. Ed. Hamurabi.

⁴² SAGEN, Gabriel A. (2015) “El Femicidio Trans”. Publicado en “Actualidad Jurídica. Familia y Niñez” ISSN 1852-5121.

VII. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

Femicidio Trans:

Datos de la causa:

Sede: Ciudad de Salta.

Dependencia: Sala III del Tribunal de Juicio.

Autos: “Plaza, Carlos Y Del Valle, Juan José por Homicidio Agravado por el Concurso Premeditado de dos o más personas: Criminis Causa y por Violencia de Género en perjuicio de Álvarez Gimena” (JUI N° 120634/15)⁴³

Fecha: 03/08/2016.

Jueces: Carolina Sanguedolce, Silvia Bustos Ralle y Ada Guillermina Zunino.

Síntesis de la causa:

La Sala III del Tribunal de Juicio de la ciudad de Salta, condenó a Plaza y Del Valle a prisión perpetua por encontrarlos penalmente responsables del femicidio de una mujer trans. Al subsumir el homicidio de Álvarez en las figuras legales contempladas en el C.P., las magistradas utilizaron la figura del homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas, criminis causa y por violencia de género (arts. 80 inc. 6, 7 y 11 del C.P.).

Sumario: Conforme surge de la sentencia en cuestión, a los encartados se les atribuyó la comisión del homicidio de quien en vida se llamara Gimena Álvarez. El hecho fue fijado de la siguiente manera: El día 24 de diciembre de 2014, a las 0.30 hs aproximadamente, en circunstancias en que los acusados se encontraban bebiendo junto a otras personas en la plazoleta “Héctor Cámpora” ubicada entre calles Jujuy y Esteco, le solicitaron al menor M.M. quien deambulaba por el lugar, que se acercara a Alvarez que estaba dormitando al frente hacia calle Rioja, sentada en el umbral y la invitara hacia el canal, lugar al que se desplazan los cuatro y debajo de un árbol continúan bebiendo, luego la atacan con un palo y un hierro, le sacan las pertenencias para finalmente arrojarla al canal de la calle Esteco, lugar donde queda gravemente herida, siendo rescatada por personal policial y bomberos a H 8,00 y trasladada al Hospital San Bernanrdo, donde es sometida a una cirugía de cráneo, falleciendo a hs. 23.50 del mismo día como consecuencia del traumatismo encéfalo craneano grave, post operatorio de creneotromía, hematoma subdural y trauma cerrado de tórax grave, según informa la autopsia.

Analizada la prueba, las juezas concluyeron que ambos imputados habían concurrido en la realización del delito, en calidad de co-autores, ya que ambos habían ejecutado la acción típica, realizando cada uno su contribución al resultado final muerte con la misma convergencia intencional. Probado el hecho y la participación de los imputados, las

⁴³ Consultado en: <https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2016/10/Sentencia-Plaza-y-Del-Valle.pdf> (último ingreso: 24/04/2018)

magistradas se expidieron en relación a la calificación jurídica. Al respecto, mencionaron que se trataba de un homicidio agravado que quedaba encuadrado en la figura descripta en el inc. 11 del art. 80 del C.P., toda vez que Álvarez, haciendo uso de los derechos que le confería la Ley de Identidad de Género, había rectificado su D.N.I. obteniendo su identidad como mujer. La magistrada agregó que el artículo 2 de la citada ley define a la identidad de género como la vivencia interna e individual del género tal como la persona lo sienta, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Argumentando que en el presente caso eso era lo que le ocurría a Álvarez, quien era tratada como mujer desde hacía varios años por su entorno familiar y amistades. Así se comportaba y actuaba en su vida y como tal era percibida. Agrega *“Álvarez se sentía mujer, vestía y se comportaba como tal, había optado por el cambio de género y obtuvo su documentación en octubre de 2013... alcanzando su condición legal de mujer, esa era su identidad, su verdad personal. La identidad de una persona está compuesta por una parte inmutable como son las huellas dactilares o el genoma humano, y otra parte mutable, dinámica como es el fluido de la personalidad constituida por las características de cada persona. Cada ser humano se percibe asimismo como hombre o mujer, de una manera menos convencional poniendo un límite al paradigma que durante siglos dominó en la distinción de la sexualidad (varón-mujer) optando por la libertad y la igualdad en el reconocimiento de la diversidad y el pluralismo”*.

A continuación, agrega que la LIG se presenta como una garantía para evitar toda clase de discriminación de grupos históricamente marginados. Existe un sexo biológico que portamos desde el nacimiento y el género que es la construcción social, el plan de vida que se elige, que es autoreferencial. Lo biológico no es elegido, sino dado y el género se construye sobre la base de nuestro deseo que se proyecta en la constitución subjetiva y así debe ser reconocido.

Debido a ello, las magistradas concluyen que *“no quedan duda que ante la muerte violenta de Álvarez estamos en presencia de la muerte de una mujer, por lo que corresponde encuadrar el hecho en la descripción del inc. 11 del art. 80 del C.P. (femicidio)”*.

Tras ello, refieren que la desde los años 90 se comenzó a reconocer la existencia de este tipo de violencia hacia la mujer, hasta su incorporación definitiva al Código Penal mediante la ley 26.791, que incorporó la figura del Femicidio al digesto punitivo. Seguidamente, transcriben la definición de femicidio efectuada por Boumpadre en su obra *“Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal”*, agregando que esta forma de violencia no es sólo por quién ostenta una posición de superioridad física (hombre), sobre el llamado más débil (mujer), sino que se trata de una consecuencia de una situación de discriminación que tiene su origen en la estructura social patriarcal, tan arraigada en nuestra sociedad. Reconociendo que *“el género es el resultado de una elaboración social que cada cultura le atribuye a sus varones y mujeres y que acertadamente hoy es reconocido con la ley de identidad de género”*.

Renglón seguido, recuerdan que el Estado Argentino ha asumido el deber de actuar con la debida diligencia en los casos de violencia de género, especialmente enunciado en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer y en la Recomendación General N° 19 del Comité Internacional para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

En cuanto a la situación concreta de las personas LGTB, el fallo menciona que *“la CIDH ha indicado que los Tratados Internacionales de derechos humanos son “instrumentos vivos” que deben ser interpretados de conformidad con los tiempos actuales y con base en un criterio evolutivo, la orientación sexual y la identidad de género, están protegidos por la frase “otra condición social”, art. 1.1 de la Convención Americana. Esto es análogo a la inclusión de tales categorías en la Convención de Belén do Pará, cuando dice en el art. 9 que el Estado tiene la obligación de tener especialmente en cuenta, factores de vulnerabilidad en donde necesariamente deben incluirse la orientación sexual y la identidad de género”*.

Todo ello, lleva a las juezas a concluir que el modo en que Álvarez perdió la vida, al ser golpeada duramente por dos hombre que se aprovecharon de su condición, con la que al menos uno de ellos tuvo una relación sexual, aprovechándose de su estado de ebriedad, denigrándola y arrojándola después de los golpes a un canal *“denota el grado de violencia al que fue sometida, evidenciando el estado de vulnerabilidad y sometimiento en que se hallaba”*.

Travesticidio:

Datos de la causa:

Sede: Ciudad de Buenos Aires

Dependencia: Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nro. 4.

Autos: “MGD” (causa N° 62182)

Fecha: 18/06/2018.

Jueces: Calvete, Báez y Bloch.

Síntesis de la causa

Diana Sacayán –reconocida activista travesti– fue agredida físicamente en su casa por dos personas: su pareja, MGD, y otro varón no identificado. Fue atada de pies y manos, amordazada, golpeada y herida de muerte con un cuchillo de cocina. Además, le sustrajeron \$2.000 de su domicilio. Luego, los atacantes escaparon del departamento. En consecuencia, MGD fue imputado por el delito de homicidio agravado por haber sido ejecutado mediante violencia de género, odio a la identidad de género y alevosía, en concurso real con el delito de robo. Al prestar declaración indagatoria, relató que el día de los hechos había concurrido al domicilio de Diana Sacayán, donde se encontró con otro sujeto que no conocía. En tal sentido, explicó que, luego de una discusión, ese hombre se violentó con Diana y la mató. Además, sostuvo que se encontraba bajo los efectos de estupefacientes y que, por tal razón,

no había podido ayudarla. En el proceso se constituyeron como querellantes el hermano de Diana y el INADI. Además, intervino la fiscalía de juicio y la UFEM. Durante la audiencia de juicio oral, MGD se negó a declarar. Posteriormente, solicitó ser escuchado, juró ser inocente y no haber estado presente en el hecho. Por ese motivo, la fiscalía solicitó que se incorporara por lectura su declaración indagatoria. En oportunidad de alegar, tanto las querellas como la fiscalía solicitaron que se le impusiera la pena de prisión perpetua y el delito de travesticidio. A continuación, el Tribunal, por mayoría, condenó al imputado a la pena de prisión perpetua por el delito de homicidio calificado por odio a la identidad de género y por haber mediado violencia de género (artículo 80, incisos 4º y 11º del Código Penal), absolviéndolo del delito de robo simple (jueces Calvete y Baez). En disidencia, la jueza Bloch propuso condenarlo a la misma pena por el delito de homicidio agravado por haber sido contra una persona con la que ha mantenido una relación de pareja sin mediar convivencia (artículo 80, inciso 1º del Código Penal).

Sumario: Atento a la riqueza del resumen y a los fines de no teñir su objetividad, se pasará a transcribir el resumen de los dediciones y argumento del el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 4. Así, el mencionado Tribunal, por mayoría, condenó al imputado a la pena de prisión perpetua por el delito de homicidio calificado por odio a la identidad de género y por haber mediado violencia de género (artículo 80, incisos 4º y 11º del Código Penal). Además, lo absolvió por el delito de robo simple (jueces Calvete y Baez). En disidencia, la jueza Bloch propuso condenarlo a la misma pena por el delito de homicidio agravado por haber sido contra una persona con la que ha mantenido una relación de pareja sin mediar convivencia (artículo 80, inciso 1º del Código Penal). a) Robo - In dubio pro reo “No ha existido una individualización suficiente de las fuentes de pruebas examinadas, de la expresión del rendimiento de cada una de ellas y de los cursos inferenciales posibles y de los criterios de uso, lo que resulta normalmente de cruzar tales informaciones y ver cómo reacciona con cada una de las hipótesis posibles, del porqué se ha entendido que la información obtenida presta fundamento a ellas y de cómo ésta ha resistido a las pruebas contrarias. Se ha puesto en evidencia una situación de duda de difícil superación, ya que debido a ella se transita por un sendero incierto que no se compadece con el grado de certeza que es requerido en todo veredicto de condena, presentándose un supuesto de ausencia de pruebas de cargo para sostener la imputación efectuada –actividad ésta que le compete exclusiva y excluyentemente al acusador-, y que no puede ser suplida por la actividad jurisdiccional del Tribunal. De esta manera el tema se reduce a un problema de prueba en el cual rige el principio ‘in dubio pro reo’” (voto de los jueces Calvete y Baez). b) Homicidio i. Agravante del artículo 80, inciso 4º, CP: odio a la identidad de género. Travesticidio “Subjetivamente, el delito es doloso, de dolo directo [...]. La figura se completa con un elemento subjetivo distinto al dolo, en tanto el autor debe matar al sujeto pasivo por odio hacia alguna de estas circunstancias: el género, la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de la identidad de género del paciente. Es un componente subjetivo diferente del dolo que repara en las motivaciones de

la acción. Debe darse muerte a la víctima en virtud de esa aversión del autor respecto de los extremos referidos al género, a la sexualidad del paciente a los que alude la descripción legal. Dentro de esta temática los acusadores, sin distinción, hicieron especial hincapié en lo que entendían era la terminología adecuada para esta hipótesis delictual en particular, a la que identificaron con el término ‘travesticidio’, por entender que comprendía el homicidio de una travesti (o trans) por odio a su orientación sexual, lo que traía una carga de discriminación constante desde distintas esferas de la sociedad, así como también, su necesaria derivación hacia la incertidumbre, la inseguridad y la lucha por revertir dicha injusticia. No existe obstáculo para su utilización forense, como hipótesis de trabajo, en la medida en que contribuya a clarificar la cuestión”. “Las lesiones infringidas a la víctima durante el período sostenido hasta su muerte, fueron de extrema brutalidad, insensibilidad y, por su pluralidad y especificidad, dirigidas a marcar el rasgo específico típico del odio, más que señalar la existencia de un actuar alevoso o con ensañamiento que [...] son ajenos a este caso. El primero de los factores se evidencia en el método escogido para causar la muerte, ya que a los golpes en la cabeza y distintas partes del cuerpo, se suman las lesiones infringidas con un arma blanca, de gran tamaño, con la que se produjeron trece lesiones punzo cortantes, en distinta ubicación y de diversa profundidad, de las que dos fueron mortales, mientras que las otras contribuyeron al deterioro final de la víctima”. “El lugar de asiento de las puñaladas, cuya ubicación no fue al azar sino que la multiplicidad de ellas estuvieron dirigidas a lugares específicos relacionados con la asignación del sexo y sus atributos más definidos, como son el rostro, los pechos y los glúteos, con las particularidades que consignara el forense en el estudio aludido; todo conduce a la adecuación típica calificada [...], que se presenta como una de las dos más adecuadas al caso” (voto del juez Calvete). La latitud de las lesiones alojadas en zonas tan sensibles para la mujer [...] es un claro indicador artero que denota en el imputado un irrefutable odio a la identidad del género de su agredida [...]. La crueldad del ataque se enderezó a acometer directamente la identidad transexual de la víctima”. “La objetualización del cuerpo femenino o transexual, es parte de las relaciones de dominio y sumisión comunes del patriarcado. De esta manera, la mujer se encuentra desposeída, desubjetivada, siendo objeto de control, posesión y manipulación en todos sus grados. El cuerpo pasa a ser ‘un cuerpo para los otros’ [...]. De esta forma, el cuerpo es un sujeto y a partir de esta sujeción que se explica el sometimiento [...] de la manera exacerbada como se condujera han llevado necesariamente al óbito a la víctima”. “El imputado efectivizó un ataque compartido contra una mujer que –aunque reconocida y líder de una agrupación– se afiliaba en un segmento de la población de vida precaria y subyugada, donde el compromiso institucional de cuidado se ha vuelto laxo, desatendido y con una exposición a la muerte o a la desaparición prematura que puede asemejarse a una suerte de racismo sistemático o abandono calculado”. “Este caso permite hablar no sólo de odio por la identidad de género sino también de ‘travesticidio’ [...]. Más allá que la transexualidad existe desde antaño, lo cierto es que [...] ha dejado de adolecer de invisibilidad; cabalgando con esta nueva realidad

social –que exige un mayor esfuerzo estatal para tutelar e incorporar a un colectivo inderme– alienta una denominación que cobije la manifestación más radicalizada de la violencia sexista. Por ello, [se debe] rotular el suceso de autos como travesticidio”. “El agravante radica en la mayor perversidad del autor y en el gran peligro social que representa un homicidio inspirado en tales fines. Al desprecio a la vida en sí mismo se le suma esta condición adicional” (voto del juez Báez). “La agravación de la pena en estos casos guarda relación con la restricción de la autonomía personal del tercero efectivamente perjudicado o del colectivo vulnerable al que pertenecería. En tanto el odio es entendido como la elección de ese tercero por pertenecer o creerlo perteneciente a un grupo (discriminación o prejuicio) y esto atenta claramente contra su autonomía y dignidad”. “El móvil de odio aquí no se encuentra probado [...]. Las pruebas reflejarían, en todo caso, un estado de cosas estructurales pero sin anclaje en el acto en sí, lo que paradójicamente la vuelve contraria a su primigenio objetivo”. “El sujeto pasivo de la conducta [...] sigue siendo el ‘otro’ del art. 79 y no se requiere ningún sujeto pasivo especial [...]. El acento está puesto en la motivación y no en el sujeto concreto [...] y por lo tanto es la prueba de esa motivación y no la circunstancia de tratarse el sujeto pasivo, por ejemplo, de una mujer trans lo que debe acreditarse...”. “En el caso no se acreditó de modo suficiente que fue la condición de mujer travesti lo que motivó el delito y que la acción haya sido efectivamente o pueda ser leída como tal por el colectivo protegido. No creo que la conducta del acusado haya portado el mensaje de que debe cambiarse el propio plan de vida y ‘renunciar’ o no expresar la identidad de género...”. “La motivación tiene que ser específicamente la de impedir que se pueda ejercer esa vida atentando contra el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y la libertad de elegir el propio plan vital. No se trataría entonces de agravar la pena porque el autor es perverso sino por limitar la vida de otro, pero [...] siempre hay que probar ese motivo”. “El tipo penal no pena a quién es racista u homofóbico, etc. [...] sino al que cometió un hecho por una razón racista, homofóbica, lesbofóbica o transfóbica, entre otras [...]. Lo importante es que el imputado conozca las circunstancias que hacen ‘abyectos’ sus motivos de acción”. “La prueba no se relaciona con el ‘sentimiento’ que experimente el agente sino con la acreditación del motivo que determinó que el autor obrara como obró y que sin ese motivo, no se actuaba”. “Las lesiones sufridas por la víctima, se condicen más con la idea de uno de los tantos intentos no asertivos por matarla que con la idea de dejar un ‘mensaje’ hacia rasgos característicos de su identidad [...]. Si esta hubiera sido la idea, seguramente otro habría sido el resultado, más cuando al habérsela dejado indefensa nada impedía a los atacantes realizar esos vejámenes o exponer su cuerpo”. “El debate no permitió dilucidar cuál fue el verdadero motivo por el que el imputado asesinó a la víctima [...]. Resulta una conclusión lógica que la motivación bien puede ser económica o que se trató de una reacción agresiva frente a la frustración de no obtener de la víctima ese rédito económico”. “En nombre de la protección y visibilización de los grupos desprotegidos no pueden socavarse principios propios del derecho penal clásico liberal como lo es el principio de imputación individual, penando -en

lo que se refiera a la agravante aquí tratada- sin prueba en concreto contra esa persona sino por un contexto o por actos de otros. Concluir sobre motivaciones sin pruebas determinantes se asemeja además a un derecho penal de autor. De ningún modo, la lucha por nuevos derechos debe acarrear el costo de eliminar los ya conseguidos, teniendo en cuenta además que estos principios básicos son de aquellos que el propio colectivo de diversidad seguramente acuerda en defender” (voto en disidencia de la jueza Bloch). ii. Agravante del artículo 80, inciso 11, CP: Violencia de género “Están reunidos los tres requisitos que exige la norma, esto es, la realización de la conducta por un hombre, contra una mujer y mediando violencia de género”. “En el femicidio se evidencia una particularidad que consiste en el brutal desprecio de la dignidad de las personas, que también se ha destacado en el evento consistente en un ataque feroz en el que se acentuaron las diferencias físicas entre la víctima y el victimario, las características que presentaron las lesiones, de distinta índole e intensidad [...] y la cosificación que ha sido objeto por parte del inculpado”. “Sobre la base de la prueba reunida las palabras huelgan ya que además de estar presentes los dos primeros requisitos, también lo está el tercero, esto es, la existencia de una cuestión de género que se evidenció a través de las brutales lesiones que le fueron infringidas a la víctima que excedieron de todo lo razonable y de las necesarias para ocasionar su muerte” (voto del juez Calvete). “La víctima había elegido y se autopercibía desde lo más íntimo de su ser como una mujer; el imputado y su cófrade son dos varones por lo que, de manera adicional a ese carácter binario y desde el odio acuñado en el apartado anterior, [...] se encuentra verificado el plus de género que exige la norma en estudio. “En este caso, el sujeto activo sólo puede ser un varón. La razón de esta causal de agravación de la pena debe hallarse en el contexto de violencia física o coactiva que caracteriza a la violencia de género. El presupuesto sobre el que descansa esta figura agravada es la existencia de una relación afectiva actual o pasada. El homicidio de la mujer bajo estas condiciones aparece como el epílogo fatal de una relación atravesada por el sometimiento y la humillación expresada hacia el género femenino”. “El concepto de ‘violencia de género’ es una noción que, a diferencia de la idea de ‘odio de género’, no repara en la cuestión biológica de la condición orgánica masculina o femenina de hombres y mujeres, sino en el aspecto cultural de la construcción de roles derivada de las estructuras sociales de naturaleza patriarcal, en las que un aprendizaje cultural de signo machista ha consagrado desigualdades sensibles entre una ‘identidad masculina’ y un subordinado conjunto de rasgos inherentes a ‘lo femenino’”. “La razón política del mayor castigo del femicidio reposa en la singularidad gravedad que importa el emplazamiento de la conducta que culmina en la muerte dolosa de una persona, dentro del ámbito de la violencia contra la mujer, concebida como manifestación de las configuración de las vinculaciones interpersonales en virtud de relaciones de poder de histórica desigualdad entre el varón y la mujer. [L]a figura agravada puede ser vista como un expediente dirigido a cumplimentar la obligación estatal de incluir en su legislación interna las normas penales que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer...” (voto del

juez Baez). “El imputado es un hombre y la víctima era una mujer. El término ‘mujer’ [...] incluye a las personas travestis, transexuales o transgénero que tiene una identidad femenina. [S]e considera que un análisis armónico de todo el ordenamiento jurídico que rige actualmente en nuestro territorio nacional impone incluir a las mujeres trans o travestis dentro del referido elemento ‘mujer’ [...]. Debe agregarse que la víctima fue la primera mujer travesti de la República Argentina que recibió su DNI con la identidad autopercebida, es decir la femenina”. “En el caso no se ha demostrado [...] que el imputado hubiese actuado mediando violencia de género. Sólo se ha acreditado [...] que [...] -un hombre- mata a la víctima -una mujer-, con la que ha tenido una relación de pareja [...]. No ha podido afirmarse que en el caso medió este tipo de violencia: sea que se la interprete sólo como basada en la pertenencia al género femenino de la víctima o incluso tampoco que aquélla hubiese tenido ciertamente como base una relación de pertenencia o asimétrica en el sentido de un verdadero sojuzgamiento; tampoco se trató [...] de una reacción ante un intento de independencia de la mujer respecto de un dominio permanente de su pareja, ni de una suerte de obsesión del acusado como correlato de un rechazo de la víctima” (voto en disidencia de la jueza Bloch). iii. Agravante del artículo 80, inciso 1º, del CP: Relación de pareja “Más allá de la vinculación establecida en [el inciso 1º del artículo 80 del Código Penal], resta establecer si el ámbito de protección se extiende a cualquier tiempo que haya durado la relación o si sólo sería admisible a partir de los dos años que coincide con el plazo establecido por el instituto de la ‘unión convivencial’ receptada en el art. 509 y 510 inc. ‘e’ del Código Civil y Comercial de la Nación [...]. Esto permitiría unir dos modalidades restrictivas, por un lado que para hablar de pareja debe verificarse una unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sea del mismo o de diferente sexo; la segunda descansa en el período no inferior a dos años”. “Existe un serio cuestionamiento para su viabilidad por el exiguo plazo –aproximadamente un mes- al que se aludiera durante el debate, que se extendió desde el momento en que se conocieran hasta el día del hecho, sin que convivieran más allá de compartir alguna noche, lo que es, a mi criterio, a todas luces insuficiente para la configuración de la agravante” (voto del juez Calvete). “El imputado y la víctima mantenían una relación sentimental que se remontaba a un mes. La relación sentimental pública que aquí se configuró se subsume en el concepto ‘relación de pareja en la que no ha mediado convivencia’, tal como lo requiere en una de sus variante el tipo penal”. “El tipo penal [...] está precisamente pensado para que sin forzar ningún tipo penal [...] estuvieran previstas y abarcadas conductas como las de la presente causa: un sujeto activo [...] que ha tenido una relación interpersonal y que -sin importar el motivo en concreto- mata”. “La relación de confianza y el aprovechamiento que subyace a la norma es lo que en el caso concreto da un plus de desvalor. Aquí, la comisión del hecho se vio facilitada por esa relación de confianza. [F]ue merced a esa relación sentimental que [el imputado] tuvo la oportunidad de perpetrar el crimen nada menos que en el domicilio de [la víctima]. Se encontraron presentes esas notas de confianza en virtud

de una relación incipiente pero intensa y continua que impidieron a la damnificada evaluar con frialdad [...] el peligro que la acechaba [...]. Para el autor, entonces, existió claramente una ventaja que dotó de mayor eficiencia a su acto criminal, forjada en la confianza y la familiaridad que se genera a ese nivel de intimidad” (voto en disidencia de la jueza Bloch).

iv. Alevosía y ensañamiento “En lo que a la ‘alevosía’ se refiere [...], se gira sobre dos conceptos definidos: el aprovechamiento insidioso o pérfido del sujeto y, en segundo lugar, del estado de indefensión de la víctima. La suma de ellas nos conduce a la figura aludida la que, en forma acabada, fue evidenciada en autos”. “[A]l presentar lesiones derivadas de actos de defensa se tornó incierto que los agresores hubieran predispuesto su actuar sobre seguro e insidiosamente, a lo que se adiciona que la resistencia ofrecida, aunque insuficiente, es manifiestamente incompatible con dicha calificación”. “[En cuanto al ensañamiento], si bien es cierto que a primera vista parecería que se encuentran presentes algunos de los ingredientes relativos a dicha calificante, lo cierto es que ello es aparente, dado que presenta elementos en común con otras, como ser la multiplicidad de lesiones, extendidas en el tiempo en forma innecesaria, que no poseía la individualidad exigida por la tipicidad, aunque era integrante de la fundamentación de la primera de las agravantes ya analizada”. “Desde la ‘intensidad’ se requiere que la agonía de la víctima signifique para ella un padecimiento no ordinario, a la vez que ‘duración de la acción’, consiste en matar cruelmente causando especiales dolores y sufrimientos, por una actitud inmisericorde y sin sentimientos, o del aumento deliberado e inhumano del dolor a la víctima. Dichos factores son ajenos al caso de autos, a pesar de que la intensidad y ubicación de las lesiones sirvieron para conformar la prueba de las calificaciones desbrozadas en esta etapa” (voto del juez Calvete al que adhirió el juez Baez)⁴⁴.

Nota: Al respecto, es necesario señalar que el presente fallo, fue reconocido con el Premio Género y Justicia al Descubierta, de la organización internacional “Women’s link worldwide”, toda vez que es la primera sentencia en Argentina en que un Tribunal reconoce que un crimen motivado por el odio de género entra dentro de una categoría de agravación del delito y lo nombra como “travesticidio”. A su vez, dicha sentencia marcó un hito en la región para el avance de los derechos humanos de este grupo y le da visibilidad a estos atroces crímenes, cuya gravedad por mucho tiempo no ha sido reconocida como debería.

Femicidio Trans:

Datos de la causa:

Sede: Ciudad de Córdoba.

Dependencia: Cámara de Acusación de la Ciudad de Córdoba

⁴⁴ Extraído de:

https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=2157&RootFolder=* (última consulta 02/05/2019).

Autos: “Casiva, Fabián Alejandro p.ss.aa. Homicidio calificado, etc.” (Expte. “C”-76/18, SACM n° 6764069)

Fecha: 18/04/2019

Jueces: Patricia Alejandra Farías, Maximiliano Octavio Davies y Carlos Alberto Salazar

Síntesis de la causa

El Asesor Letrado Penal N° 22, Dr. Javier Rojo, abogado defensor del imputado Fabián Alejandro Casivas, interpuso recurso de apelación a la Sentencia del Juzgado de Control y Faltas n° 8, que resolvió “...*No hacer lugar a la oposición deducida por el Asesor Letrado Dr. Javier Rojo, en ejercicio de la defensa del imputado Fabián Alejandro Casiva... y disponer la elevación a juicio de la presente causa (art. 358 del C.P.P.), por ante la Cámara del Crimen que por sorteo corresponda, como supuesto autor del delito de “Homicidio Calificado, por mediar violencia de género (art 80 inc. 11 del CP), Hurto Calamitoso, (art Art 163, inc. 2 de CP), Daño en concurso ideal con el Art 3, inc 7 de la Ley N° 14346- Protección a los animales contra actos de crueldad- (arts. 183 y 54 del CP), todo ello en concurso real (art. 55 del CP), conforme lo establecido por los arts. 354, 355, 358 y cc. del CPP...”.*

Resumen: El Fiscal de Instrucción imputó a Casivas, entre otros ilícitos, por la supuesta comisión del delito de Femicidio en perjuicio de trans Azul Espinoza, una joven trans que ejercía el trabajo sexual en la ciudad de Córdoba. Ante la decisión de la Instrucción, el Sr. Asesor Letrado Dr. Javier Rojo, quien ejercía la defensa del encartado Casivas, se opuso, pero el Juez de Control N° 8 confirmó el requerimiento cuestionado. A raíz de ello, la defensa interpuso recurso de apelación, que fue rechazado por la Excma. Cámara de Acusaciones, quien confirmó el fallo en cuestión en lo que lo que había materia de agravio.

En lo relativo a la calificación legal, la Vocal Farías, manifestó que como el hecho subyacía un conflicto de género, regían los lineamientos fijados por el Tribunal Superior de Justicia en el precedente “Trucco” (S. n° 140 del 15/04/2016), donde se indicó el criterio relativo a que, no obstante la subsunción típica –a raíz de la muerte– “cabe analizar la violencia de género que habría tenido lugar en el entorno en que se dio, a partir de los instrumentos jurídicos, tanto a nivel internacional como nacional, relativos a esos derechos de las mujeres con relación a la violencia”.

A continuación añadió que de dicho conjunto normativo se desprende “el nexo entre discriminación y violencia contra la mujer”, siendo la discriminación materia específica de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), el que incluye, según el Comité, “la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer o porque es mujer o que la afecte en forma desproporcionada” (Recomendación General n° 19, 11° periodo de sesiones, 1992), siendo ésta una forma de discriminación “que inhibe seriamente la capacidad de la mujer de gozar y ejercer sus derechos humanos y libertades fundamentales en pie de igualdad con el

hombre”. A su vez, el nexa discriminación/violencia aparece claramente en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, del 9/6/1994), pues el derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como privado (art. 3), también incluye “el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación (art. 6, a).

Destacó que, de acuerdo al precedente “Lizarralde” (S. n° 56 del 09/03/2017), que en esta clase de supuestos de violencia de género no se requiere necesariamente “que exista un tiempo previo en el que se manifieste este tipo de violencia, y menos aún ese tiempo debe darse en personas de relación íntima –femicidio íntimo-; tampoco hace falta que la relación de desigualdad se presente a través de formas delictivas sino que deberá ser examinada caso por caso atendiendo al contexto, el cual revelará la concurrencia de estereotipos y prácticas sociales que son modos cultural y socialmente aceptados de tolerar la desigualdad entre hombre y mujeres; y por último, las víctimas no deben tener algún rasgo especial en su carácter para adquirir dicho estado”.

Agregó que en el caso concreto, la cuestión de género no debía centrarse en el dilema de si había o no reconocimiento de una determinada clase de trabajo. Ya que lo relevante era la valoración de las características fácticas en su realización que le permitieron al imputado perpetrar su conducta violenta frente a la vulnerabilidad de la víctima, como elemento determinante para el mayor contenido del injusto. Esto se configuró en la condición del sujeto pasivo (por su género) y las circunstancias especiales de su comisión (en un ámbito de intimidad, ejerciendo violencia física en forma desproporcionada hasta la provocación de la muerte), lo cual visualiza que existió la desigualdad real entre varón y mujer, demostrando Casiva su dominación o control de poder en un binomio superior/inferior.

Por último, manifestó que encontrándose satisfecho el mérito convictivo requerido en esta instancia del proceso, la realización del plenario en un hecho como el presente, ocurrido en un contexto de “violencia de género”, devenía necesario a los fines de garantizar una respuesta institucional concreta al conflicto planteado, dando cumplimiento al compromiso internacional asumido por nuestro país de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belém do Pará-, aprobada por la ley n° 24.632; en este sentido, TSJ Sala Penal, “Guzmán”, Sent. N° 239, del 31/08/11; CSJN, “Góngora”, Sent. del 23/04/13).

Razón por la cual resolvió rechazar el recurso intentado por el Dr. Rojo en beneficio de su asistido.

VIII. REFLEXIONES FINALES.

A pesar de los grandes avances en el ordenamiento jurídico argentino, la población trans y travesti sigue siendo objeto de hechos de violencia, incluso desde el discurso

jurídico, por parte de aquellos que, orientados por la discriminación ante identidades de género no normativas, se niegan a reconocer los derechos que dichas personas poseen de acuerdo a su identidad de género.

Tal es el caso de los doctrinarios y operadores jurídicos que, guiados por una concepción meramente biologista del género –para muchos superada-, no dudan en afirmar que la mujer trans, por el sólo hecho de haber nacido con genitales masculinos, se encuentra excluida del tipo penal del femicidio. Para peor, en su afán de encuadrar dichos homicidios en el inc. 4 del art. 80, confunden términos y conceptos al intentar explicarlos. No es lo mismo la orientación sexual, que la identidad de género y su expresión. Los género no son binarios, existe una multiplicidad de identidades de género, todas igualmente válidas para el derecho. Dicha negativa o desconocimiento, no sólo viola el elenco de derechos humanos reconocidos en el plano internacional y nacional, a través de la reciente Ley de Identidad de Género, sino que mantienen a las identidades disidentes en la categoría de ciudadanos de segunda, con menos derechos y menos herramientas para reclamar sus sistemáticas violaciones.

Es por ello que se considera que, si el objetivo del Estado Argentino es cumplir con los compromisos asumidos a nivel internacional, necesariamente deberá comenzar a juzgar desde una perspectiva de género. Ello implica, en primer lugar, abandonar los conceptos biologistas a la hora de determinar quienes están incluidos o excluidos de determinados tipos legales –en el caso, el femicidio-, y en segundo lugar, hacer foco en las identidades de género, como parámetro a partir del cual comenzar el análisis y la correcta subsunción de la acción típica del sujeto activo –dar muerte a otro- en alguna de las agravantes contempladas en nuestro digesto punitivo.

Pues como lo ha mencionado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el género como categoría de análisis incluye, necesariamente, el estudio de la diversidad sexual, omnicompreensiva no solo de la población heterosexual cisgénero, sino también de la lesbico-gay, bisexual, bigénero, transexual, intersexual, feminidad travesti, etcétera, etcétera.

Es por ello, que resulta absolutamente indispensable de-construir la noción tradicional de género y utilizarla de manera inclusiva, sin pretender someter al paradigma heterosexual dominante a todos los seres humanos. Ya que sólo a partir de esta nueva concepción se podrá comenzar a trabajar seriamente en alternativas válidas para evitar la violencia de género, que hasta el momento subyace en el mismo término, en la medida en que es utilizado en forma excluyente. Al respecto, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos también señaló que la violencia homofóbica y transfóbica

constituyen una forma de violencia de género, impulsada por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género⁴⁵.

Por todo ello, resulta absolutamente esencial, si de Derechos Humanos se trata, capacitar a los operadores jurídicos, a través de un proceso integral, a fines de concientizarlos que el género es una dimensión transversal que no se limita a un programa, artículo o noticia. Sólo de esta manera se podrá hablar, verdaderamente, de un derecho penal que se ocupa de las cuestiones de género y sus implicancias.

En este orden de ideas, es necesario que los efractores de la ley, que se refieren a esta última como una “ideología de género” –como si el heteronormativismo cisgénero no lo fuera-, y los distintos referentes institucionales se capaciten en perspectivas de género, para romper de este modo con los preceptos y dogmas provenientes de la heteronormatividad tan presente en nuestra justicia. Sólo de esta manera se podrán comprender las identidades de género en su sentido amplio, descartando la vieja idea de que sólo el género masculino y femenino son los únicos social y jurídicamente válidos y por lo tanto, merecedores de ser protegidos por el derecho argentino vigente. Pues la obligación legal del Estado de proteger a las personas trans frente a los actos de violencia y discriminación, no es diferente de la que el mismo tiene para con el resto de las personas. Las personas trans son seres humanos y miembros integrantes de nuestra sociedad, por lo tanto, gozan de los mismos derechos y se les debe procurar idéntica protección, pues el derecho a la vida y al desarrollo de su personalidad conforme a su identidad de género autopercebida, entre otros, son universales y acreditados por la normativa internacional y nacional.

Es por ello, que resulta imprescindible comenzar a hablar de Femicidios Trans o Transfemicidios y Travesticidios para referirse a la serie de asesinatos de mujeres trans y travestis, según el caso. Y contabilizarlos junto al resto de los femicidios, tal y como lo viene haciendo la Dra. Diana Maffía desde el Observatorio de Género en la Justicia a nivel nacional desde el año 2016.

IX. BIBLIOGRAFIA

AROCENA, Gustavo (2017), “Femicidio y otros delitos de género”. Buenos Aires. Ed. Hammurabi.

⁴⁵ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011, párr. 20.

BALCARCE, Fabián (Director) (2016), “Lecciones de Derecho Penal Parte Especial”. Córdoba. Ed. Ipso

BERKINS, Lohana y FERNANDEZ, J. (2005), “La gesta del nombre propio. Informe sobre la situación de la comunidad travesti en Argentina”. Buenos Aires. Ed. Ediciones Madres de Plaza de Mayo.

BERKINS, Lohana (2007), “Cumbia, copeteo y lágrimas. Información nacional sobre la situación de las travestis, transexuales y transgéneros”. Buenos Aires. A.L.I.T.T.

BERKINS, Lohana (2006), “Travesti, una identidad política” A.L.I.T.T.

BIDART CAMPOS, Germán J. (1998), “Manual de la Constitución Reformada”. Buenos Aires. Ed. Editar.

BIDART CAMPOS, Germán J. (1999), “Los valores en la Constitución Argentina”. Buenos Aires. Ed. Buenos Aires.

BUTLER, Judith (2007), “El Género en Disputa. El feminismo y la sublevación de la identidad”. Barcelona. Ed. Paidós Ibérica S.A.

BUTLER, Judith (2006), “Deshacer el género”. Barcelona. Ed. Paidós Ibérica S.A.

BUOMPADRE, Jorge E. (2013), “Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal. Los nuevos delitos de género”. Córdoba. Ed. Alverioni.

BUOMPADRE, Jorge E. (2018), “Derecho Penal parte especial”. Resistencia. Ed. Contexto.

DE BEAUVIER, Simone (1957), “El segundo sexo”. Buenos Aires. Ed. Siglo XX.

EKMEKDEJIAN, M. (1999) “El valor de la dignidad y la teoría del orden jurídico de los derechos individuales. En Bidart Campos “Los valores de la Constitución Argentina”. Buenos Aires. Ed. Buenos Aires.

FERNANDEZ SESSAREGO, C. (2015), “Derecho a la Identidad Personal”. Buenos Aires. Ed. Astrea.

FERNANDEZ SESGADO, F. (1992), “El sistema constitucional español” España. Ed. Dykinson.

FERNANDEZ, A.M. (1993), “La mujer de la ilusión. Pactos y contratos entre hombres y mujeres”. Buenos Aires. Ed. Paidós.

GAMBA, S. (Coord.) “Diccionario de estudios de género y feminismo”. Buenos Aires. Ed. Biblos.

- HUACUZ ELIAS, María (2011), “La bifurcación del caos. Reflexiones interdisciplinarias sobre la violencia falocéntrica” México. Ed. Itaca.
- KANT, Immanuel (1996), “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”. México. Ed. Porrúa.
- MILLET, Kate (1970), “Política sexual”. Madrid. Ed. Ediciones Cátedra S.A.
- NICHOLSON, L. (1990), “Feminism/Postmodernism”. Nueva York. Ed. Routledge.
- LLOVERAS, N (Director), ORLANDI, O. (Coord.) (2012), “La violencia y el género. Análisis interdisciplinario”. Córdoba. Ed. Nuevo Enfoque Jurídico.
- OAKLER, Ann (1991), “Sex, Gender and Society”. Londres. E-book ISBN 9781351900928.
- RADFORD, J y RUSSELL, D. (1992), “Femicide: The politics of woman killing”. Nueva York: Twayne Publishers.
- SAGEN, Gabriel (2015), “El Femicidio Trans”. Córdoba. Ed. Actualidad Jurídica. ISSN 1852-5121
- WARNER, Michael (1999), “The trouble with normal”. Nueva York: The free press. ISBN 0-684-86529-7.

DOCUMENTOS CONSULTADOS:

- Constitución de la Nación Argentina.
- Constitución de la Provincia de Córdoba.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención de los derechos del niño.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer.
- Convención Interamericana de Adultos Mayores.
- Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General n° 28 relativa al art. 2 de la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer.
- Declaración de Montréal.

Declaración de la ONU sobre orientación sexual e identidad de género

Ley Fundamental Alemana.

Ley 23.592 “Ley Antidiscriminación”.

Ley 26.618 “Ley de Matrimonio Igualitario”

Ley 26.743 “Ley de Identidad de Género”

Ley 26.791 Modificatoria del Código Penal Argentino.

Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género

PAGINAS DE INTERNET CONSULTADAS:

Agrupación Nacional Puntos Peronistas, etc. (S/F) “Informe: Situación de los derechos humanos de las travestis y trans en la Argentina” Extraído de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44711-situacion-derechos-humanos-travestis-y-trans-argentina> (última consulta: 12/02/2019).

Cámara de Diputados. Sesión Parlamentaria (S/F) “Modificación del artículo 80 del Código Penal sobre Homicidio Agravado. Orden del día N° 202”. Extraído de: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/04/congreso020.pdf>. (última consulta: 26/02/2019)

BAJAR, M, D’OVIDIO, A.C. y SCHWA, L. (S/F) “Violencia contra las mujeres: una aproximación para pensar la problemática del femicidio” Extraído de: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/68927/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y (última consulta: 26/02/2019)

BLANCO, L.G. (S/F) “Travesticidio. A postillas acerca de la sentencia dictada en el caso del asesinato de Amancay Diana Socayán” Extraído de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46819-travesticidio-apostillas-acerca-sentencia-dictada-caso-del-asesinato-amancay-diana> (última consulta: 24/03/2019)

BOUMPADRE, J.E. (S/F) “Los delitos de género en la reforma penal (Ley 26.791). Extraído de: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/02/doctrina.pdf>. (última consulta: 26/12/2018)

BOUMPADRE, J.E. (S/F) “¿Es necesario acreditar en el proceso la “posición de dominio o actitud machista” en casos de violencia de género? Especial referencia al delito de femicidio” Extraído de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/36936-es-necesario-acreditar-proceso-posicion-dominio-o-actitud-machista-casos-violencia> (última consulta: 30/04/2019)

DÍAZ LÓPEZ, J.A. (2012) “El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal” Extraído de:

<http://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/11312/56391diazlopezjuanalberto.pdf?sequence=1>. (última consulta: 24/02/2019)

FIGARI, C.E. (2017) “Consideraciones sobre el movimiento LGTB en Argentina” Extraído de: <http://onteaiken.com.ar/ver/boletin24/onteaiken24-04.pdf> (última consulta: 12/03/2019)

INADI (S/F) “Hacia una ley de identidad de género” Extraído de: <http://inadi.gob.ar/wp-content/uploads/2012/08/haciaunaleydeidentidaddegenero.pdf>. (última consulta: 23/02/2019)

INADI (2015) “Hacia un plan nacional contra la discriminación: la discriminación en Argentina” Extraído de: <http://www.obserdiscriminacion.gob.ar/wp-content/uploads/2009/10/plannacional.pdf>. (última consulta: 12/03/2019)

MECCIA, E. (S/F) “Imaginación jurídica y experiencias trans. Una aplicación del método de análisis sociológico del discurso” Extraído de: <http://pdfhumanidades.com/sites/default/files/apuntes/Meccia%202015.pdf> (última consulta: 24/02/2019)

MEDINA, G. (2012) Revista electrónica “Suplemento Especial. Le ley” Extraído de: <http://www.gracielamedina.com/asserts/uploads/suplem.-identidad-de-genero.1.pdf>. (última consulta: 25/02/2019).

NASH, M. (2001) “Diversidad, multiculturalismo e identidades: perspectiva de ‘genero’” Extraído de: http://www.margen.org/docs/curso61-1/unid01/apunte05_01.pdf (última consulta: 14/02/2019).

PERALTA, J.M. (2013) “Homicidio por odio como delito de sometimiento” Revista para en análisis del derecho. Extraído de <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/270187>. (última consulta: 13/04/2019)

PIZZI, L y SARALEGUI N. (2018) “El continuum de violencia contra el colectivo travesti y trans a la luz del fallo de Diana Socayán”. Extraído de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Estudios/2018.08.%20El%20continuum%20de%20violencias%20contra%20el%20colectivo%20travesti%20y%20trans%20a%20la%20luz%20del%20fallo%20de%20Diana%20Sacay%C3%A1n.pdf> (última consulta: 23/04/2019)

RADI, B. y SARDÁ-CHANDIRAMANI, A. (2016) “Travesticidio/Transfemicidio. Crímenes de travestis y mujeres trans. Boletín N° 9” Extraído de: <https://cdconsejo.jusbaires.gob.ar/content/travesticidio-transfemicidio> (última consulta: 16/04/2019).

ROSSI, A. (S/F) “Lo que hay debajo de la bombacha. La Ley de Identidad de género y su impacto en las identidades transgénero” Extraído de: <http://jornadascinig.fahce.unlp.edu.ar/iii-2013/actas-2013/Rossi.pdf> (última consulta: 23/04/2019)

TRAZZA, A. (2014) “El homicidio agravado por odio de género y femicidio – aArt. 80 inc. 4 del Código Penal”.