

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



PUCP

**El sujeto pasivo del delito de feminicidio según el Acuerdo Plenario
N°001-2016/CJ-116: cuestionamiento a la no inclusión de las mujeres
trans**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL
GRADO DE BACHILLER EN DERECHO**

AUTOR

Fabián Terreros, Yhasira Elisa

ASESORES

Rodriguez Vasquez, Julio Alberto
Díaz Castillo, Ingrid Romina

2020

El sujeto pasivo del delito de feminicidio según el Acuerdo Plenario N°001-2016/CJ-116: cuestionamiento a la no inclusión de las mujeres trans

Resumen

En el presente artículo, se cuestiona la exclusión de las mujeres trans como sujetos pasivos del delito de feminicidio en el Acuerdo Plenario N°001-2016/CJ-116. A fin de promover su inclusión, se propone considerar al término *mujer* como elemento normativo del tipo, lo que implica adoptar un concepto amplio de *mujer*. Este deberá tomar en cuenta la dimensión dinámica del derecho a la identidad y la identidad de género. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en la misma línea de lo resuelto por los tribunales de Colombia y Argentina. Asimismo, el artículo resalta que una interpretación como la propuesta no es completamente contraria a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema.

Palabras clave: feminicidio, mujeres trans, identidad de género

Abstract

In this article, the exclusion of trans women as passive subjects of the crime of femicide in the Plenary Agreement N° 001-2016 / CJ-116 is questioned. In order to promote their inclusion, it is proposed to consider the term woman as a normative element of the criminal offense, which implies adopting a broad concept of woman. This should take into account the dynamic dimension of the right to identity and gender identity. The foregoing in accordance with the provisions of the Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights, and in the same line as that resolved by the courts of Colombia and Argentina. Likewise, the article highlights that an interpretation such as the proposed one is not completely contrary to the jurisprudential line of the Supreme Court.

Keywords: femicide, trans women, gender identity

ÍNDICE

1. Introducción	1
2. El delito de feminicidio en el Perú	1
3. El sujeto pasivo del delito de feminicidio	2
3.1. Acuerdo Plenario N° 001-2016/CJ-116	2
4. Línea Jurisprudencial de la Corte Suprema	3
5. La dimensión dinámica de la identidad: identidad de género	8
5.1. Tribunal Constitucional del Perú: el derecho a la identidad	8
5.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: la identidad de género	9
5.3. Análisis crítico del Acuerdo Plenario N°001/CJ-116 y de la jurisprudencia penal mayoritaria sobre la base de la actual postura del TC y la Corte IDH.....	10
6. El reconocimiento de la mujer trans como sujeto pasivo del delito de feminicidio..	11
6.1. La jurisprudencia colombiana y argentina	11
6.2. Toma de decisión: mujer como elemento normativo del tipo	13
7. Conclusiones	14
Bibliografía	15



1. Introducción

El presente artículo tiene como finalidad cuestionar la exclusión de las mujeres trans del círculo de sujetos pasivos del delito de feminicidio en el Perú. Para ello, en primer lugar, se hará un recuento de la tipificación del feminicidio como un delito autónomo en el Perú. En segundo lugar, se abordará el Acuerdo Plenario N°001-2016/CJ-116 de 2016 (en adelante, Acuerdo Plenario) en el que se precisaron diversos aspectos dogmáticos y procesales del, en ese entonces, reciente tipo penal incorporado. En tercer lugar, se analizará la jurisprudencia de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, en los que se aplica lo dispuesto en el Acuerdo Plenario.

En ese punto, se pondrá énfasis en el Recurso de Nulidad N°125-2015 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (en adelante, Corte Suprema), en el que se dejó abierta la posibilidad de interpretar el delito de feminicidio de una forma distinta. Por último, se revisarán los pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), y algunas sentencias de tribunales colombianos y argentinos a efectos de proponer una interpretación normativa de mujer, que incluya a las mujeres trans.

2. El delito de feminicidio en el Perú

El 27 de diciembre de 2011 se promulgó la Ley N°29819, que modificó el artículo del Código Penal, incorporando así al feminicidio en el ordenamiento jurídico peruano dentro del tipo penal de parricidio. De acuerdo con esta norma, era posible aplicar el tipo penal de feminicidio solo cuando el sujeto activo fue o había sido cónyuge, conviviente o alguien vinculado en una relación análoga con la víctima.

El 18 de julio del 2013 se incorporó el artículo 108-B al Código Penal peruano a través de la Ley N°30068. Con esta medida, se tipificó, por primera vez, el feminicidio en el Perú como un delito autónomo. A diferencia de la Ley N°29819, esta norma no limitó el alcance del delito a la relación existente entre el autor del hecho punible y la víctima.

Posteriormente, la Ley N°30323¹ y el Decreto Legislativo N°1323² introdujeron una serie de modificaciones, hasta que el 13 de julio del 2018 se publicó la Ley

¹ El 7 de mayo del 2015 el artículo 1 de la Ley N°0323 dispuso que el agente que tuviera hijos con la víctima sería reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36 del Código Penal.

² El 6 de enero de 2017 se publicó el Decreto Legislativo N°1323 el que incluyó como agravante el que la víctima fuese adulta mayor, el que la víctima se encuentre sometida a cualquier tipo de explotación humana, el que el delito se realizara en presencia de hijos o hijas de la víctima, o de niños, niñas o adolescentes.

N°30819, que modificó el tipo penal de feminicidio, estableciendo la redacción que actualmente se maneja.

3. El sujeto pasivo en el delito de feminicidio

En lo que respecta al sujeto pasivo, la literalidad del actual precepto penal no contiene ninguna referencia que permita inferir que el círculo de víctimas queda restringido a las mujeres cisgénero. Es decir, a aquellas mujeres cuya identidad de género coincide con su sexo biológicamente asignado.

No obstante, el círculo de sujetos pasivos del artículo 108-B fue posteriormente limitado por el Acuerdo Plenario N°001-2016/CJ-116 de 2016 y, posteriormente, por las diversas sentencias de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia del Perú que lo aplicaron. Así, el Acuerdo Plenario y la jurisprudencia de la Corte Suprema provocaron la exclusión de las mujeres trans del delito de feminicidio. En las siguientes páginas analizaremos a detalle ambos factores.

3.1. El Acuerdo Plenario N°001-2016/CJ-116

En el 2016, los jueces supremos de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia adoptaron el Acuerdo Plenario N°001-2016/CJ-116, en el que abordaron diversos aspectos sobre la interpretación y aplicación del delito de feminicidio. Un tema específico que se trató en este Acuerdo Plenario fue lo concerniente al sujeto pasivo. Al respecto, la Corte Suprema señaló lo siguiente:

[...] la identificación del sujeto pasivo del feminicidio es más clara. La conducta homicida del varón recae sobre una mujer. [...] Tampoco es posible, por exigencia del principio de legalidad, que se la identifique con la identidad sexual (2016, fundamento 36).

Es necesario precisar que los jueces supremos emplean el término «identidad sexual» para referirse a la identidad de género. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Opinión Consultiva OC-24/17, ha definido esta categoría como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento” (2017, párr. 94).

Una vez aclarado lo anterior, es posible analizar las consecuencias de lo dispuesto en el fundamento 36. Si bien los jueces supremos identifican como sujeto pasivo del delito de feminicidio a la mujer, con el último párrafo del fundamento en cuestión restringen el contenido de tal concepto a términos biológicos. Es decir, lo define en función al sexo biológico asignado en el nacimiento, excluyendo así cualquier interpretación del elemento del tipo «mujer» que tome como base a la identidad de género.

En esta medida, el Acuerdo Plenario opta por una postura que no admite un concepto amplio de mujer y, en consecuencia, excluye a las mujeres de trans de la protección del delito de feminicidio. Asimismo, el Acuerdo Plenario indica que una interpretación distinta vulneraría el principio de legalidad. Al parecer, la Corte Suprema consideró que admitir una definición término «identidad sexual» que se aleje del esquema estrictamente biológico conllevaría una indeterminación insalvable del tipo penal y, por lo tanto, una violación a la garantía de taxatividad o tipicidad del principio de legalidad.

La postura de la Corte Suprema antes relatada parte de la base de que el elemento «mujer» constituye un elemento descriptivo del tipo penal. Es decir, un elemento del tipo penal cuyo significado puede ser comprendido sin necesidad de recurrir a segundas valoraciones (Meini, 2014b, pp. 70-71). Como veremos a continuación, estos argumentos han sido recogidos por una línea jurisprudencial de las salas penales de la Corte Suprema.

4. Línea jurisprudencial de la Corte Suprema

Como se señaló en el punto anterior, el Acuerdo Plenario N°001-2016/CJ-116 marcó la pauta que siguieron los pronunciamientos de la Corte Suprema desde entonces. De ahí que, en diversos pronunciamientos, sobre casos de feminicidio, las Salas Penales remitan al Acuerdo Plenario sin realizar mayor análisis.

En el Recurso de Nulidad N°2337-2016/Ventanilla, interpuesto por Jorge Luis Huamán Solano, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema revisó la sentencia emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Ventanilla, que condenó a Huamán como autor del delito de feminicidio, en agravio de H.G.Q.T. Ello, debido a que Huamán ahorcó a H.G.Q.T., su entonces pareja, con una correa de lona hasta quitarle la vida, tras haber sostenido una discusión sobre una supuesta infidelidad de parte de ella.

Para resolver el recurso, la Sala desarrolló el delito de feminicidio, acudiendo exclusivamente al Acuerdo Plenario N°001-2016/CJ-116. De ahí que, cuando describió a los sujetos del tipo penal, se limitó a citar que lo siguiente:

Asimismo, en el fundamento 40, señala el comportamiento típico, consiste en que: “La conducta típica del sujeto activo varón, es la de matar a una mujer por tal condición. [...]. En el contexto de un derecho penal de acto, el feminicidio debe implicar una actividad homicida del agente que produzca la muerte del sujeto pasivo mujer”, y el fundamento 46, señala: “[...] es un delito doloso” (2018, fundamento 19)

En el Recurso de Nulidad N°601-2016/Lima Sur, interpuesto por Omar Caballero Huayta, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema revisó la

sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, que condenó como autor del delito de feminicidio, en agravio de V.F.P, su entonces conviviente. Ello, debido a que, luego de que la víctima le reclamara por encontrarse en ebriedad, Caballero le disparó con un arma de fuego en la cabeza, ocasionándole la muerte.

Para resolver el recurso, la Sala desarrolló también el delito de feminicidio y, respecto a los sujetos de este, incluyó la misma cita del Acuerdo Plenario N°0016/CJ-116, que ya había usado en el Recurso de Nulidad N° 2313-2016/Ventanilla:

Asimismo, en el fundamento 40, señala el comportamiento típico: “La conducta típica del sujeto activo varón, es la de matar a una mujer por tal condición. [...]. En el contexto de un derecho penal de acto, el feminicidio debe implicar una actividad homicida del agente que produzca la muerte del sujeto pasivo mujer”, y el fundamento 46, señala: “[...] es un delito doloso” (2018, fundamento 18).

En el Recurso de Casación N°997-2017/Arequipa, interpuesta por Jhon Gilberto Ochochoque Choccata, la Sala Penal Permanente de la Corte suprema revisó la sentencia, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia del 31 de enero de 201, lo condenó como autor solo del delito de feminicidio en agravio de la menor Y.P.M.G. a 15 años de pena privativa de libertad. Ello, debido a que Ochochoque causó la muerte de Y.P.M.G. al golpearla con una piedra en la cabeza, luego de que este intentara abusar sexualmente de la menor y ella se opusiera.

Para resolver el recurso, la Sala recurre al Acuerdo Plenario N°001-2016/CJ-116 para determinar los alcances del delito de feminicidio. Si bien la Sala sostiene que “el agente mata a la mujer precisamente por serlo”, no aborda en específico al sujeto pasivo del delito. No obstante, es posible afirmar que la Sala también se adhiere a la línea interpretativa del Acuerdo Plenario, ya que previamente recurre a este para los alcances del tipo penal.

En el Recurso de Casación N°1296-2018/Cusco, interpuesto por Marcelino Gonzalo Quispe, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema revisó la Sala Penal Permanente revisó la sentencia de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Cusco, que confirmó la sentencia del 18 de diciembre de 2017, que condenó a Quispe como autor del delito de feminicidio, en agravio de M.O.R. Para ello, la defensa de Quispe argumentó que se interpretó erróneamente la ley penal sobre feminicidio, pues no se acreditó que existiera motivación de odio o desprecio a la víctima a razón de su género, en tanto que el móvil de los hechos fueron los celos y no la misoginia.

Sin dar mayores detalles sobre los hechos, la Sala consideró que el Ministerio Público y la sentencia impugnada cumplieron con verificar los escenarios de violencia previa contra la víctima por razones de celos, una reacción al incumplimiento de roles de género. A fin de resolver el recurso, la Sala sostiene que “el tipo legal no se configura solo al acreditar la misoginia del agresor, sino que comprende múltiples escenarios que conducen a su conducta de acabar con la vida de la agraviada por su condición de **mujer**” (2019, fundamento 5).

Para llegar a tal conclusión, la Sala recurre al Acuerdo Plenario N° 0016/CJ-116 para precisar los alcances del delito de feminicidio, sin desarrollar cada elemento. En esa línea, si bien no aborda en específico el sujeto pasivo del delito, es posible afirmar que, al acudir al Acuerdo Plenario, se adhiere a la interpretación que este propone.

En el Recurso de Casación N°2717-2017/Lima Este, interpuesto por el procesado Héctor Juan Cacha Sigueñas, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema revisó la sentencia expedida por la Sala Penal Superior Especializada en lo Penal Descentralizada Transitoria del distrito de San Juan de Lurigancho, que lo condenó como autor del delito de feminicidio, en agravio de R.F.H.B., con 18 años de pena privativa de libertad. Ello, debido a que Cacha asesinó a R.F.H.B., luego de celarla por su nueva pareja sentimental.

En esta sentencia, la Corte Suprema no desarrolla en su totalidad el delito de feminicidio, pero, a fin de resolver el recurso, señala que la “tipicidad objetiva está definida por la generación de un riesgo jurídicamente desaprobado para la vida de una mujer, en un contexto de violencia familiar [...]” (2018, fundamento 3). Asimismo, recurre al Acuerdo Plenario N°0016/CJ-116, a fin de definir la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta que les causa la muerte, un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado” (2018, fundamento 3).

Como es de observarse, la Corte Suprema no se pronuncia en específico sobre el sujeto pasivo ni su interpretación. Empero, es posible afirmar que se adhiere a la planteada por el Acuerdo Plenario, en tanto lo cita para brindar una definición de violencia contra la mujer.

En las sentencias desarrolladas con anterioridad, es posible advertir que la Corte Suprema sigue la interpretación propuesta por el Acuerdo Plenario y, más que una notable indiferencia, una falta de cuestionamiento sobre lo dispuesto en el referido acuerdo.

No obstante, a pesar de esta línea mayoritaria en la jurisprudencia de la Corte Suprema, es posible ubicar dos pronunciamientos en los que se deja abierta la posibilidad de introducir una nueva interpretación del delito de feminicidio. A

continuación, se analizarán el voto de la jueza Elvía Barrios Alvarado en el Recurso de Nulidad N°2391-2016/Lima y el Recurso de Casación N°125-2015/Lima.

En el Recurso de Nulidad N°2391-2016/Lima, interpuesto por Jan Michel Ramos Barahona y por el Fiscal Superior a cargo, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema revisó la sentencia de segunda instancia que condenó a Ramos, por delito de feminicidio en grado de tentativa en agravio de D.E.D.B., a 15 años de pena privativa de la libertad. Ello, debido a que, luego de que la víctima se negara a realizarse un aborto ya recibir el dinero que Ramos le ofrecía para hacerlo, este la ahorcó hasta hacerle perder el conocimiento y le propinó patadas en el vientre, mientras le gritaba que la mataría.

A pesar de que la Corte Suprema declaró fundado el recurso y condenó a Ramos solo por el delito de lesiones simples (debido al tiempo de descanso médico que fue prescrito a la agraviada), la jueza suprema Elvía Barrios Alvarado, en su voto por la **no nulidad** de la sentencia impugnada, realiza un amplio análisis sobre la relación necesaria entre el feminicidio y la violencia de género, y cómo este delito “tiene su génesis en la discriminación intemporal, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres (2017, fundamento 8).

Esta conceptualización del feminicidio como la manifestación de violencia extrema basada en relaciones de desigualdad entre varones y mujeres, la lleva a concluir lo siguiente:

“[...] esta acepción exige la presencia de tres elementos: dos actores: la mujer como sujeto pasivo y el hombre como sujeto activo, la violencia y que esto último sea una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres (2017, fundamento 11).

Si bien este fundamento puede dar la impresión de que se está limitando el sujeto pasivo del delito de feminicidio en la misma línea que el Acuerdo Plenario N°0016/CJ-116, lo cierto es que la jueza, a largo de su argumentación, no descarta ni acepta la posibilidad de que el término mujer sea comprendido en un sentido amplio.

En el Recurso de Nulidad N°125-2015/Lima, interpuesto por Héber Mestanza Soriano, la Sala Penal Transitoria revisó la sentencia del 04 de noviembre de 2014, que lo condenó como autor del delito de feminicidio, en grado de tentativa, en agravio de B.M.R. Ello, debido a que, luego de que la víctima denunció por violencia familiar a su conviviente, Mestanza, cuando retornó a su domicilio, fue interceptada por este último, quien le dijo que quería conversar con ella, a lo que la agraviada se negó. Ante tal negativa, Mestanza sacó un cuchillo e intentó

introducírsele en el estómago, sin poder lograrlo, pero, en el forcejeo, incrustó el arma en la pierna de B.M.R.

Para resolver el recurso, la Corte Suprema dejó abierta la posibilidad de interpretar el delito de feminicidio de una manera distinta. Así, definió al feminicidio como el asesinato de una mujer cometido por un hombre por el hecho de ser mujer y en un contexto de violencia de género -entendida como la ejercida contra la mujer por su condición de tal y motivada por conductas misóginas y sexistas-. Sin embargo, además de esta definición tradicional, la Sala Penal Transitoria reconoció lo siguiente:

[...]feminicidio presenta varios tipos: íntimo, no íntimo, por conexión, infantil, sistémico, racista, por ocupaciones estigmatizadas, por prostitución, por trata, por tráfico, transfóbico y lesbofóbico (2015, fundamento 17).

Lo primero que resalta de la sentencia es la errónea identificación entre la violencia de género la violencia contra la mujer. Sin embargo, más allá de este posible error, la Sala reconoció, indirectamente, la existencia de una modalidad de feminicidio transfóbico.

A pesar de que no se profundizó sobre esta modalidad en particular, esta sentencia constituye una sentencia sui generis, toda vez que supone una interpretación distinta a la propuesta por el Acuerdo Plenario N°001-2016/CJ-116 sobre la definición de «mujer». De esta forma, la interpretación de la Sala Penal Transitoria en el Recurso de Nulidad N°125-2015/Lima se aparta de aquellas visiones biologicista de elemento «mujer» y, por lo tanto, incluye a las mujeres trans como posibles sujetos pasivos del feminicidio.

En síntesis, existe una postura mayoritaria -encabezada por el Acuerdo Plenario N°001-2016/CJ-116-que entiende la categoría «mujer» sobre la base del sexo biológicamente asignado y excluye a las mujeres trans de la protección de delito de feminicidio. Sin embargo, la sentencia emitida por la Sala Penal Transitoria en el Recurso de Nulidad N°125-2015/Lima plantea una interpretación distinta. Cabe mencionar que este pronunciamiento tuvo como ponente principal a la jueza Elvía Barrios Alvarado, quien emitió un voto separado en el Recurso de Nulidad N°2391-2016/Lima, en el que la jueza no descartó la posibilidad de que el término mujer sea comprendido en un sentido amplio.

En ese sentido, existen dos líneas interpretativas de la Corte Suprema que son abiertamente contradictorias, lo que genera una situación desfavorable para la seguridad jurídica. En este contexto, cabe preguntarse si, de acuerdo con el ordenamiento jurídico peruano, la categoría mujer puede ser reducida a un

elemento biológico-estático o si, por el contrario, este término va mucho más allá de la genitalidad del ser humano.

5. La dimensión dinámica de la identidad: la identidad de género

5.1. Tribunal Constitucional del Perú: el derecho a la identidad

La interpretación en términos biológicos del concepto de mujer no es nueva en el ordenamiento jurídico peruano. En el expediente N°0139-2013-PA/TC, Rafael Alonso Ynga Zevallos, en representación de P.E.M.M., interpuso demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado (RENIEC) y el Ministerio Público. Este proceso inicio a partir de la solicitud que hizo el demandante a la RENIEC para cambiar el sexo (de hombre a mujer) en su Documento Nacional de Identidad (DNI) y Partida de Nacimiento y que fue posteriormente denegada. En aquella oportunidad, RENIEC se limitó a cambiar el prenombre de P.E.M.M., pero no su sexo, el cual continuó figurando como “masculino”.

El recurrente alegó que tal situación vulneraba el derecho fundamental a la identidad de su patrocinada. Asimismo, sostuvo que el sexo no debía ser entendido como un elemento estático del ser humano, estrictamente vinculado con la dimensión biológica y cromosómica de este. Por el contrario, el demandante sostuvo que, gracias a los avances de diversas disciplinas como la psicología, medicina o antropología, el sexo debía ser comprendido también desde es una característica dinámica -haciendo clara alusión a la identidad de género-. En esta medida, debería ser limitado al sexo cromosómico o biológico. Lamentablemente, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda y estableció que el sexo era un elemento objetivo e inmutable de la identidad y que, consecuentemente, no era viable solicitar su modificación en los documentos de identidad³.

En el 2016, el TC tuvo la oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre el mismo tema nuevamente. Ello ocurrió en el expediente N°06040-2015-PA/TC, el cual consistía en un recurso de agravio constitucional interpuesto por Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (a quien se identifica como Ana Romero Saldarriaga) contra el RENIEC y el Ministerio Público. Mediante este recurso, Ana Romeo solicitó el cambio de su nombre y sexo en su DNI y Partida de Nacimiento.

³ Es preciso mencionar que esta sentencia es del año 2014 y que, en aquella época, la Organización Mundial de la Salud (OMS) definía a la incongruencia de género como el deseo del individuo de vivir y ser aceptado como un miembro del sexo opuesto, acompañado de sentimientos de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico propio, y lo clasificaba como un trastorno de la personalidad y del comportamiento. Recién en el 2018, la OMS retiró a la incongruencia de género de la lista de enfermedades mentales. De esta forma, este cambio se produjo aún con fecha posterior a la adopción del Acuerdo Plenario N°001-2016/CJ-116.

En esta ocasión, dejando sin efecto la doctrina jurisprudencial sentada mediante Sentencia N°0139-2013-PA/TC, el TC sostuvo que la identidad de género forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal y encuentra protección en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, fundamentalmente, por su estrecha vinculación con el derecho a la vida privada y el principio de igualdad y no discriminación. En esa línea, TC reforzó lo anterior añadiendo que el sexo es una construcción social y que:

[...]la forma en que [la persona] decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como “hombre” o “mujer”, es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido, merece tutela constitucional al formar parte de su identidad” (2016, fundamento 14).

5.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: la identidad de género

Respecto de la identidad de género, la Corte IDH indicó, a través de la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, que esta se vincula con uno de los valores fundamentales de la persona humana que la Convención Americana de Derechos Humanos protege: la dignidad. Así, la Corte señala que dignidad se encuentra basada fundamentalmente en el principio de la autonomía de la persona, que consiste en “la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones” (2017, párr. 88). Mas aún, el tribunal internacional sostiene que el derecho a la identidad debe ser entendido como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad (2017, párr. 90).

Luego de precisar lo anterior, la Corte IDH definió a la identidad de género de la siguiente forma:

[...]la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Lo anterior, conlleva también a la **vivencia personal del cuerpo** y otras expresiones de género, [...] (2017, párr. 94)

Entendida la identidad de género de tal forma, la Corte sostiene que el sexo y el género deben ser percibidos como una construcción identitaria, resultado de la libertad y autonomía de cada persona sobre sus decisiones. Así la Corte IDH rompió con la exigencia de congruencia entre género y sexo y la genitalidad

como factor determinante al momento de definir las categorías de «mujer» y «hombre».

En ese sentido, el tribunal sostiene que el sexo no es un mero hecho de naturaleza física o biológica, sino un elemento de la identidad de género que depende de la apreciación subjetiva de la persona que lo detente, en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y autodeterminación. Por tal motivo, la CIDH reconoce que es importante que los Estados reconozcan la identidad de género, en tanto ello es necesario para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas trans, incluyendo la protección contra la **violencia**, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación (2016, párr. 98).

5.3. Análisis crítico del Acuerdo Plenario N°001/CJ-116 y de la jurisprudencia penal mayoritaria sobre la base de la actual postura del TC y la Corte IDH

Los precedentes del TC y de la Corte IDH sobre la dimensión dinámica de la identidad y la inclusión de la identidad de género en este derecho nos permiten lo establecido por el Acuerdo Plenario N°001-2016/CJ-116.

Por un lado, partiendo de una interpretación sistemática, el ordenamiento jurídico debe ser entendido como un todo coherente libre de contradicciones. Esto último exige que las diversas ramas del Derecho se retroalimenten y sean coherencias unas con otras. En ese sentido, si el Derecho Constitucional admite que la identidad tiene una dimensión dinámica, no habría razón para que el Derecho Penal desconozca lo ya reconocido por otra rama del Derecho ni para que defina al concepto de mujer solo en términos biológicos.

Por otro lado, la protección a la que hace referencia la Corte IDH debe ser articulada conforme a los deberes generales de respeto y garantía que tiene todo Estado respecto a sus obligaciones internacionales sobre Derechos Humanos. En específico, sobre el deber general de garantía, el Estado debe procurar ofrecer un recurso adecuado y eficaz para el reclamo ante cualquier violación de algún derecho. Ello implica, en el caso del Derecho Penal, el poder iniciar un proceso penal con un tipo penal que desvalore de manera adecuada el hecho delictivo.

Es claro que el Acuerdo Plenario N°001-2016/CJ-116 y la línea jurisprudencial de la Corte Suprema obligan a que los casos de asesinatos de mujeres trans por haber quebrantado un estereotipo de género sean tratados como homicidios. Ello en tanto, todo/a fiscal que imputa el delito de feminicidio en estos casos se expone a que el caso sea archivado por no pasar el examen de tipicidad, pues

imputado podría valerse del fundamento 36 del mencionado Acuerdo Plenario para alegar la falta de un elemento del tipo penal (*mujer*, concepto entendido en términos biológicos).

Un escenario como el actual, en el que se genera una obligación procesal de optar por el delito de homicidio en los casos de asesinatos de mujeres trans, desconoce el origen de esta manifestación extrema de violencia: la discriminación machista cisnormativa, y no permite que el Estado brinde una protección adecuada y afectiva a todas las mujeres, sin ningún tipo de discriminación.

6. El reconocimiento de la mujer trans como sujeto pasivo del delito de feminicidio

Las inconsistencias que genera una interpretación como la que establece el Acuerdo Plenario N°001-2016/CJ-116 no se presentan en los pronunciamientos de países como Colombia y Argentina, pues el tipo penal de feminicidio con el que cuentan comprende el concepto de «identidad de género». De manera que, en tales países, se han establecido precedentes sobre el feminicidio de mujeres trans.

6.1. La jurisprudencia colombiana y argentina

En Colombia, una sentencia relevante sobre el tema es el Fallo N°063, Radicación N°412986000591201700156. En este caso, el Ministerio Público de Colombia acusó a Davinson Erazo Sánchez por el delito de feminicidio agravado (artículo 104-A y 104-b literales d) y g) del Código Penal de Colombia). Ello debido a que Erazo mató a A.R.C., una mujer trans, tras dispararle con un arma de fuego cuando esta se encontraba laborando en un salón de belleza, luego de haber intentado agredirla con un machete anteriormente.

A pesar de que el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Garzón (Huita) consideró que el delito había sido cometido en un estado de inimputabilidad penal, la importancia de esta sentencia se centra en que una mujer trans es considerada sujeto pasivo del delito de feminicidio. Ello se debe a que los órganos de la jurisdicción ordinaria y constitucional de Colombia consideran que la identidad de género es un elemento de algunos tipos penales, siendo este el caso del delito de feminicidio. Cabe precisar que, como en Perú, el sujeto pasivo de delito continúa siendo una mujer.

Sobre la identidad de género, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Garzón (Huita) recoge la definición que se encuentra en el preámbulo de los Principios de Yogyakarta. Esta señala que la identidad de género debe ser entendida de la siguiente forma:

[...] la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales⁴.

En Argentina, las sentencias relevantes sobre el tema son la Causa N°120634/15⁵ y Causa N°62.162/2015/TO1⁶, las cuales se revisarán a continuación.

En la Causa N°120634/15, la Sala III del Tribunal de Juicio condenó a prisión perpetua a Carlos Plaza y Juan José del Valle por el delito de homicidio calificado en los términos del artículo 80 numeral 11 (feminicidio)⁷ del Código Penal de Argentina, entre otros, en agravio de G.A, una mujer trans, quien falleció por la gravedad de los golpes que le propinaron los procesados. La referida Sala consideró que las conductas de Plaza y del Valle reflejaban el desprecio con el que trataron a G.A, con quien ya varias veces habían tenido relaciones sexuales, y que fue precisamente por ello que la golpearon hasta provocarle la muerte.

La importancia de esta sentencia radica en que, además de considerar a una mujer trans como sujeto pasivo del delito de feminicidio, precisa que todas las normas nacionales e internacionales que establezcan medidas de protección para contrarrestar la violencia contra las mujeres deben ser entendidas como instrumentos vivos. Es decir, deben ser interpretados a la luz de los tiempos actuales y que, por lo tanto, la expresión “violencia contra la mujer por ‘otra condición social’” debe comprender a la orientación sexual y la identidad de género.

En la Causa N°62.162/2015/TO1, la Sala 4 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional condenó a Gabriel David Marino a prisión perpetua por el delito de homicidio agravado en los términos del artículo 80 numeral 11 (feminicidio) del Código Penal de Argentina, entre otros; en agravio de A.D.S, una mujer trans. Ello, debido a que Marino asesinó a A.D.S., con quien mantenía una relación de pareja sin mediar convivencia, y a que el tribunal consideró que:

⁴ 2007. *Preámbulo*. Principios de Yogyakarta, pp.8.

⁵ Causa N° 120634/15, 3 de agosto del 2016

⁶ Causa N°62.162/2015, 18 de junio del 2018

⁷ Respecto a la calificación jurídica de los hechos, para la referida sala, estos se subsumen en el delito de homicidio agravado por el inciso 11 del artículo 80 del del Código Penal de Argentina, lo que viene a ser el delito de feminicidio en el ordenamiento jurídico peruano.

“Las circunstancias del contexto y modo de comisión del hecho permitieron suponer, desde un comienzo, que el homicidio había estado motivado por su condición de mujer trans y por su calidad de miembro del equipo del Programa de Diversidad Sexual del INADI, impulsora de la lucha por los derechos de las personas trans, líder de la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays y Bisexuales (ILGA) y dirigente del Movimiento Antidiscriminatorio de Liberación (MAL)” (fundamento 3).

En esta sentencia, la referida Sala, además de considerar a una mujer trans como sujeto pasivo del delito de feminicidio (en el caso de A.D.S, un travesticidio o transfeminicidio), reconoció que el género es una construcción socio-cultural que se va formando con el tiempo y que, por lo tanto: “Encerrar a las personas en el sarcófago de la biología, sin importar el género que se elige como parte de un orden simbólico que posibilita ejercer el derecho a la identidad, confluye en una vida indigna [...]” (fj.227).

En estas tres sentencias, los tribunales colombianos y argentinos construyen el concepto de *mujer* teniendo como base la dimensión dinámica del derecho a la identidad y, por lo tanto, comprendiendo a la identidad de género dentro de su contenido. Lo anterior es posible debido a que, en la jurisprudencia revisada, se ha incorporado al enfoque de género, lo que a su vez permite reconocer que el tipo de feminicidio no solo protege al derecho a la vida, sino también a la igualdad material. Esto último, a diferencia de lo que no sucede con el Acuerdo Plenario N°001-2016/CJ-116, que considera que el bien jurídico protegido por este delito es solo la vida.

Asimismo, la incorporación del enfoque de género en la interpretación de este tipo penal en los mencionados tribunales permite además evidenciar que la finalidad del delito en cuestión se orienta a proteger a las mujeres de todo acto de violencia de género. Ello, independientemente de si son mujeres cisgénero o trans, pues una mujer trans puede ser violentada por cuestionar y quebrantar los estereotipos que recaen sobre género femenino (Díaz y Rodríguez 2019, p.13).

6.2. Toma de posición: mujer como elemento normativo del tipo

De acuerdo con Roxin, los tipos penal cuentan con dos elementos de diferente naturaleza. Los primeros son los elementos descriptivos del tipo, que no requieren de ningún tipo de interpretación, ya que “reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo (cognitivo) por el juez. En cambio, son normativos todos los elementos cuya concurrencia presupone una valoración [...]” (1997, p. 305), que puede ser normativa e incluso ético-social (Villavicencio 2017, p.69).

Una vez aclarado lo anterior, es necesario precisar que adoptar una postura como la del TC, la Corte IDH y los tribunales de Colombia y Argentina, implicaría replantear la idea de que el término mujer es un elemento descriptivo del tipo y, por el contrario, **comenzar a comprenderlo como uno normativo**. Esto último permitirá que los jueces puedan interpretar este término conforme a lo que el TC, a nivel nacional, ha establecido respecto a la identidad de género y la dimensión dinámica del derecho a la identidad, e ir más allá de una definición restringida de *mujer* en función a la genitalidad. Para ello, será necesario admitir un concepto amplio de mujer, e incorporar el enfoque de género en la interpretación y aplicación del tipo penal de feminicidio.

Por su parte, el Acuerdo Plenario N°001-2016/CJ-116 ya ha manifestado cuál es su posición ante la posibilidad de adoptar concepto amplio de *mujer* y ha argumentado que este generaría una indeterminación insalvable de este elemento del tipo, que terminaría vulnerando el principio de legalidad (2016, fundamento 36). Empero, una interpretación de ese tipo desconoce que el feminicidio no solo protege a la vida como bien jurídico, sino también a la igualdad material. En ese sentido, el delito debe ser entendido como uno que sanciona a aquella persona que mata o pone peligro la vida de una mujer -sea cisgénero o trans- por haber este última quebrantado o incumplido un estereotipo de género (Díaz, Rodríguez y Valega 2019, p.61).

Por otro lado, ante la posible objeción de que una interpretación como la planteada en este artículo pueda generar problemas para determinar cuándo se está frente a un caso de feminicidio o un crimen de odio, es preciso aclarar la diferente naturaleza de ambos delitos. Al respecto, es preciso tener en cuenta que lo característico de un crimen de odio es su dimensión colectiva (el significado de amenaza implícita al colectivo) y la condición fungible de la víctima. Mientras que, en el feminicidio, lo característico es su dimensión individual, ya que no la conducta feminicida no se dirige al colectivo “mujer” sino una determinada forma de concebir y ejercer los roles (Pérez Manzano 2018, p.171).

7. Conclusión

Por todo lo expuesto, es posible concluir que considerar al término *mujer* como elemento normativo del tipo y adoptar una interpretación como la propuesta en este artículo no es totalmente contraria la jurisprudencia de la Corte Suprema. Ello, en tanto, si bien en la mayoría de sus pronunciamientos esta se se adhiere fielmente al Acuerdo Plenario N°006-2016/CJ-116, existen dos sentencias en las que deja abierta la posibilidad de ampliar el ámbito de protección del delito de feminicidio a la mujeres trans.

Ambos pronunciamientos resaltan la importancia de la conexión entre la conducta feminicida, y la discriminación machista sistemática y socio-cultural y una de ellas reconoce expresamente la existencia del trasfeminicidio. Si bien no cuestionan directamente la restricción del sujeto pasivo del delito, que introduce el Acuerdo Plenario, estas constituyen un gran avance y los primeros pasos hacia el reconocimiento de las mujeres trans como sujeto pasivo de este tipo penal. Cabe resaltar que ambos pronunciamientos fueron elaborados por la misma jueza, quien también fue ponente en la elaboración del Acuerdo Plenario N°006-2016/CJ-116.

Bibliografía:

Díaz, Ingrid y Julio, Rodríguez. (2019). *Sobre la interpretación del delito de feminicidio y el enfoque de género: análisis comparado de la jurisprudencia peruana y colombiana más importante*. En Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad.

Díaz, Ingrid; Rodríguez, Julio; y Valega, Cristina. (2019). *Feminicidio: interpretación de un delito de violencia basada en género*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD).

Meini, Iván. (2014). *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Lima: Fondo editorial PUCP.

Pérez Marzano, Mercedes. (2018). La caracterización del feminicidio de la pareja o expareja y los delitos de odio discriminatorio. *Revista de Derecho PUCP*. N°81, p. 163-196.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte general*. Madrid: Civitas.

Villavicencio, Felipe (2017). *Derecho penal básico*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales:

Acuerdo Plenario N°001-2016/CJ-116

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Opinión Consultiva OC-24/17, solicitada por la República de Costa Rica.

Corte Suprema de Justicia. (2019). Recurso de Casación N°1296-2018. Cusco.

Corte Suprema de Justicia. (2018). Recurso de Casación N°997-2017. Arequipa.

Corte Suprema de Justicia. (2016). Recurso de Nulidad N°125-2015. Lima.

Corte Suprema de Justicia. (2018). Recurso de Nulidad N°601-2016. Lima sur.

Corte Suprema de Justicia. (2017). Recurso de Nulidad N°2717-2017. Lima este.

Corte Suprema de Justicia. (2017). Recurso de Nulidad N°2391-2016. Lima.

Corte Suprema de Justicia. (2018). Recurso de Nulidad N°2337-2016. Ventanilla.

Corte Suprema de Justicia. (2016). Recurso de Nulidad N°3445-2015. Lima norte.

Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Garzón. [Colombia]. (2018). Fallo N° 063. Radicación 412986000591201700156, Caso de Davinson Erazo Sánchez.

Ley N°30068, Ley que incorpora el artículo 108-a al Código Penal y modifica los artículos 107, 46-b y 46-c del Código Penal y el artículo 46 del Código de Ejecución Penal, con la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar el feminicidio.

Sala 4 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional [Argentina]. (2015). Causa N°62.162/2015/TO1, Caso Diana Sacayán.

Sala III del Tribunal de Juicio [Argentina]. (2018). [Argentina]. Causa N°120634/15, Caso Plaza y Del Valle.

Tribunal Constitucional del Perú. (2014). Expediente N°0139-2013-PA/TC. Lima.

Tribunal Constitucional del Perú. (2015). Expediente N°06040-2015-PA/TC. Lima.