

Sala Tercera de la Corte

Resolución N° 00749 - 2021

Fecha de la Resolución: 14 de Julio del 2021 a las 2:11 p. m.

Expediente: 19-001295-1283-PE

Redactado por: Sandra Eugenia Zúñiga Morales

Clase de asunto: Recurso de casación

Analizado por: SALA DE CASACIÓN PENAL

Sentencia con datos protegidos, de conformidad con la normativa vigente

Contenido de Interés:

Temas Estratégicos: Perspectiva de Género, Derechos Humanos, Control de Convencionalidad, Instrumentos internacionales, Grupos Vulnerables, Jurisprudencia de la CIDH

Tipo de contenido: Voto unánime

Rama del Derecho: Perspectiva de género

Tema: Población transgénero

Subtemas:

- Término mujer abarca a mujeres trans.
- Mujer "trans" destinataria de la norma contenida en los artículos 71 y 72 del Código Penal.

"III.[...] Desde la perspectiva del Tribunal de Apelación, el *a quo* tomó su decisión contrariando normas internacionales e internas que protegen los Derechos Humanos. Al respecto indicó: "...el legislador hace referencia a "una mujer", sin que se haga diferencia entre si esta debe ser reconocida como tal a partir de su sexo ("1. m. Condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas". REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.3 en línea]. <https://dle.rae.es/sexo?m=form>, 04 de noviembre de 2020) o de su género ("3. m. Grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico" *Ibidem*, <https://dle.rae.es/género?m=form>). Sin embargo, al verificarse que la disposición legal no está dispuesta para todas las mujeres, sino solo para aquellas "en estado de vulnerabilidad" y que esa condición se definiría "por pobreza, por tener bajo su responsabilidad el cuidado y manutención de familiares dependientes, por discapacidad o por ser víctima de violencia de género", es notorio que tales disposiciones estaban dispuestas como una acción afirmativa (discriminación positiva) que tomó el Estado costarricense para erradicar las prácticas discriminatorias que enfrentan las mujeres, como personas sometidas a conductas abusivas y violentas en sociedades estructuradas a partir del ejercicio del dominio patriarcal (artículo 1, 3 y 4.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979). Esto en razón de que este tipo de discriminación es un tipo de violencia contra la mujer, entendida como "...cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (artículo 1 de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención De Belem Do Pará aprobada el 06 de setiembre de 1994). De este modo, desde la literalidad de las normas descritas, la expresión "mujer en estado de vulnerabilidad" no hace referencia a la mujer desde la perspectiva de su sexo [En un sentido estricto, el término "sexo" se refiere "a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer", a sus características fisiológicas, a la "suma de las características biológicas que define el espectro de los humanos personas como mujeres y hombres", o a la "construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base es clasificada como macho o hembra al nacer" (cfr. Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, Comisión de asunto jurídicos y políticos, Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes)], sino desde el género, que resulta ser una construcción social que se refiere "...a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas" (*Ibidem*)...". (folios 277 frente y vuelto). Dentro de las razones que le permitieron sustentar su línea de argumentación, el Tribunal de Alzada se basó en la exposición de motivos del proyecto de ley N° 20300, que finalmente, al pasar a ser Ley de la República, modificó los artículos 71 inciso g) y 72 del Código Penal. Los jueces de apelación concluyeron que "...las diferencias biológicas entre hombre y mujer no fue lo que primó para realizar la modificaciones a los artículos mencionados, como equívocamente lo sostuvo el *a quo*, sino las desventajas y discriminación que enfrentan las mujeres al tener que cumplir las funciones, roles o atributos construidos por una sociedad patriarcal, que las coloca en vulnerabilidad frente al Sistema de Justicia Penal y puede influir en ella para la comisión de un hecho criminal..." (folio 278 frente). Partiendo de la normativa internacional vigente, el Tribunal de Apelación sostuvo: "...en el caso de los tratados internacionales y demás cuerpos normativos nacionales que al momento de su redacción no contemplaban la categoría "género", es correcto interpretarlos de manera evolutiva (cfr. artículo 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, párr. 106, y Caso Atala Rizzo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 83), entendiendo que la categoría

“sexo” comprende también la de “género”, ya que solo así se podría dar contenido al objeto útil de la protección jurídica integral de los Derechos Humanos. Aunado a que, este ejercicio de control de convencionalidad resulta de acatamiento obligatorio para las personas juzgadoras de la República, ya que en todos los casos sometidos a su conocimiento deben realizar un contraste entre las normas internas y los parámetros de convencionalidad, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, y la jurisprudencia de la Corte IDH (incluidas las opiniones consultivas)...” (folios 279 frente y vuelto). Para el ad quem, el razonamiento del Tribunal de Juicio que sirvió de base para establecer que las persona imputadas no eran destinatarias de las normas cuestionadas (ordinales 71 inciso g) y 72 del Código Penal), debido a que eran personas transgénero y no mujeres, resultó ser “...discriminatorio y lesivo de la dignidad de las justiciables, protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dejó establecido que: “...la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género” (cfr. CIDH. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, párrafo 78). En este sentido, como lo define la Corte IDH en la mencionada consulta, citando a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, un “transgénero o persona trans” puede definirse “[c]uando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer...” (folios 279 vuelto a 280 frente). Según lo expuso el ad quem, el mismo Tribunal de primer instancia reconoció esta identidad de género en las encartadas [Nombre 001] y [Nombre 021] “...al señalar en la sentencia: “...son personas que se identifican como mujeres -trans- género, es decir, que a pesar de haber nacido con una biología del sexo masculino no se identifican como tal, lo anterior partiendo de sus datos de identificación así como la misma condición que ellas han admitido y esto, efectivamente es un derecho reconocido” (cfr. folio 216). Es decir, para el a quo ambas sindicadas, por su identidad y expresión de género, **eran mujeres**, pero, consideró que las normas cuestionadas no se aplicaban en su caso, debido a que: “...el reconocimiento de la condición de vulnerabilidad por una identidad de género femenina no la (sic) convierte en una mujer desde el punto de vista biológico” (cfr. folios 216 y 217). Así, resulta evidente que las personas juzgadoras, en forma contradictoria, primero reconocen la existencia de un derecho humano de las endilgadas a que se les trate dentro del proceso en apego a su identidad y expresión de género (para lo cual incluso aplican los Principios de Yogyakarta, al tratar a las imputadas con sus nombres femeninos), sin embargo, cuando se trata de aplicar una norma que proyecta una posible disminución de la pena en torno a su condición de mujer, es decir, que daría contenido real al derecho al reconocimiento de su identidad de género, recurre a la biología para restarles tal condición, lo cual resulta notoriamente violatorio de los artículos 1.1., 3, 7, 11.2 y 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consideran como parte integrante de la dignidad humana el garantizar el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la privacidad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas. En este mismo sentido, la Corte IDH ha resuelto: “94. En este punto, corresponde recordar que la identidad de género ha sido definida en esta opinión 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. Lo anterior, conlleva también a la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales (supra párr. 32.f). En esa línea, para esta Corte, el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad. 95. De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad” (cfr. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. El resaltado es suplido). Como se puede colegir, la decisión del a quo, de no aplicar el artículo 71 inciso g) y 72 del Código Penal, para fijar y motivar la sanción penal de las encartadas, se basó en criterios que lesionan los Derechos Humanos, en tanto su género -mujeres trans- no era un obstáculo para interpretar que podían ser destinatarias de la norma, a partir de que debe considerárseles, conforme a su identidad de género, como mujeres. Así queda claro, que al sostener la defensa pública que sus representadas eran mujeres y que estaban en estado de vulnerabilidad, debió ineludiblemente el tribunal de instancia entrar a ponderar fáctica y jurídicamente tales aspectos, para poder determinar si se cumplía, o no, con los restantes requerimientos normativos para ponderar la aplicación de una posible disminución de la sanción penal. Corolario, al no efectuarse ello, se dio un quebranto el principio fundamental de tutela judicial efectiva (artículo 41 de la Constitución Política), que solo puede ser subsanado declarando la ineficacia de la imposición de la sanción penal y ordenando la realización de un juicio de reenvío para que se conozca tal extremo del fallo, como así se dispondrá infra...” () “...En este sentido, se decreta la ineficacia parcial de la sentencia, únicamente en cuanto a la determinación e imposición de la sanción penal y se dispone el juicio de reenvío (conforme a las reglas de cesura que se dispuso para el sub examine) ante el mismo tribunal, para que con una integración diferente proceda a resolver tal extremo del fallo, conforme a Derecho y al principio de no reforma en perjuicio...” (folios 280 frente a 282 frente). Para la resolución del caso concreto, necesariamente debe partirse de la

regulación contenida en los numerales 71 inciso g) y 72 del Código Penal que, para los efectos que interesan, disponen: “Artículo 71.-El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe. Para apreciarlos se tomará en cuenta: [...] g) Que la persona sentenciada sea una **mujer** que se encuentre en estado de vulnerabilidad, por pobreza, por tener bajo su responsabilidad el cuidado y manutención de familiares dependientes, por discapacidad o por ser víctima de violencia de género, cuando ese estado haya influido en la comisión del hecho punible” () “Artículo 72- ...Cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el inciso g) del artículo anterior y la **mujer** sentenciada no tenga antecedentes penales, el tribunal de juicio podrá disminuir la sanción, incluso por debajo del monto mínimo previsto en el tipo penal” (la negrita no corresponde con el original). Esta Cámara comparte la interpretación de los artículos 71 inciso g) y 72 del Código Penal realizada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, en el sentido de que la “mujer trans” puede ser destinataria de lo dispuesto por dichos ordinales cuando hacen referencia al término “mujer”. En relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, se ha dicho que dentro de este se encuentran el derecho a la identidad personal y, particularmente, el derecho a la identidad de género, el cual supone la manera en la que la persona se asume a sí misma. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-24/17, del 24 de noviembre del 2017, solicitada por el Estado de Costa Rica, denominada “*Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*”, definió la identidad de género como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo. En el punto 32 inciso h) al delimitar el término transgénero o persona trans, apuntó: “...Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona transgénero o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans...”. Posteriormente, en esta misma Opinión Consultiva, la Corte Interamericana estableció: “...95. De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad”. En relación con la orientación sexual y la identidad de género, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, específicamente en la sentencia del 24 de febrero de 2012, realizó las siguientes precisiones: “...90. El 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “*Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*”, reafirmando 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*”. Asimismo, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la “*Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género*”. El 15 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre “*derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*” en la que se expresó la “*grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género*”. La prohibición de discriminación por orientación sexual ha sido resaltada también en numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas. 91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual...”. Recientemente, en el caso *Vicky Hernández y otras Vs. Honduras*, mediante sentencia del 26 de marzo de 2021, la Corte Interamericana de Derechos Humanos argumentó: “129...La identidad de género en determinadas circunstancias como la presente, que se trata de una mujer trans, constituye un factor que puede contribuir de forma interseccional a la vulnerabilidad de las mujeres a la violencia basada en su género. En efecto, la Corte ha determinado que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana y que está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas. Además, esta Corte ha sostenido que la identidad de género es “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”, por lo que “el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad...”. En el presente asunto, la identidad de género como mujeres, de ambas encartadas, fue un aspecto que trascendió a lo largo del proceso (folio 14, 106 frente a 107 vuelto, 184 frente a 187 vuelto); incluso el Tribunal de Juicio lo

reconoció (folios 216 frente y vuelto), sin que fuese un punto controvertido, punto que fue abordado expresamente por el *ad quem*. Desde esta perspectiva, esta Sala estima que el término mujer, en sentido amplio, tal y como lo contemplan los ordinales 71 inciso g) y 72 del Código Penal, debe abarcar a las mujeres trans. Consecuentemente, al no advertirse la existencia de ningún yerro de parte del Tribunal de Apelación en la aplicación de la ley sustantiva, se declara sin lugar el recurso de casación incoado por la representante del Ministerio Público."

... Ver menos

Otras Referencias: -CIDH Opinión Consultiva 24/17 párrafos 32.h y 95-CIDH Atala Riffo y Niñas vs Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012.-CIDH Vicky Hernández y otras vs Honduras, sentencia del 26 de marzo de 2021

Citas de Legislación y Doctrina

Texto de la Resolución

190012951283PE

Exp: 19-001295-1283-PE

Res: 2021-00749

SALA DE CASACIÓN PENAL. San José, a las catorce horas once minutos del catorce de julio de dos mil veintiuno.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 004], conocido como [Nombre 001], mayor, de nacionalidad nicaraguense, no porta documento de identificación, nació el dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho, soltera, hija de [Nombre 011] y [Nombre 012] y [Nombre 021], mayor, costarricense, cédula de identidad número [...], costarricense, nació el veintinueve de enero de mil novecientos noventa y nueve, soltera, hija de [Nombre 032] y [Nombre 033]; por el delito de **robo agravado**, en perjuicio de [Nombre 047]. Intervienen en la decisión del recurso los magistrados y las magistradas, Patricia Solano Castro, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Gerardo Rubén Alfaro Vargas, Sandra Eugenia Zúñiga Morales y Rafael Segura Bonilla, este último como suplente. Además, en esta instancia, la licenciada Adriana Chaves Redondo como representante del Ministerio Público y el licenciado Luis Ling Jiménez, como defensor público de las encartadas.

Resultando:

1.- Mediante sentencia N° **2020-1859** de las nueve horas veinticinco minutos del diecisiete de noviembre de dos mil veinte, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, resolvió: **"POR TANTO:** Se declara con lugar el segundo motivo del recurso de apelación de sentencia interpuesto por licenciada Virginia Rojas Ramírez, en su condición de defensora pública de las imputadas [Nombre 021] y [Nombre 001]. Se decreta la ineficacia parcial de la sentencia, únicamente en cuanto a la determinación e imposición de la sanción penal y se dispone el juicio de reenvío (conforme a las reglas de cesura que se dispuso para el sub examine) ante el mismo tribunal, para que con una integración diferente proceda a resolver, conforme a Derecho y al principio de no reforma en perjuicio, tal extremo del fallo. Se declara sin lugar el primer motivo del recurso de apelación de sentencia. En lo demás la sentencia permanece incólume. Se omite pronunciamiento en cuanto a la prisión preventiva de la imputada [Nombre 001]. **NOTIFÍQUESE.- Rafael Mayid González González. Alfredo Araya Vega. Giovanni Mena Artavia. Jueces de Apelación de Sentencia Penal.**" (sic).

2.- Contra el anterior pronunciamiento la licenciada Adriana Chaves Redondo, interpuso recurso de casación.

3.- Verificada la deliberación respectiva, la Sala entró a conocer del recurso.

4.- En los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Informa la **Magistrada Zúñiga Morales; y,**

Considerando:

I. La licenciada Adriana Chaves Redondo, Fiscal de la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones del Ministerio Público, en escrito visible a folios 288 frente a 292, interpone recurso de casación contra la resolución N° 2020-1859, dictada a las 09:25 horas, del 17 de noviembre de 2020, por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, del Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, *"únicamente en lo que atañe a lo resuelto respecto del segundo motivo de apelación interpuesto por la defensa, mismo que se acogió, decretando la ineficacia parcial del fallo de instancia, respecto a la determinación e imposición de la sanción penal a las justiciables, disponiendo el juicio de reenvío sobre ese extremo, bajo la consideración de que las encartadas que son personas trans género, son sujeto de aplicación de los numerales 71 inciso g) y 72 del Código Penal, al considerarlas mujeres"* (folios 267 frente a 282 vuelto).

II. Por resolución N° 2021-00634, de las 11:09 horas, del 11 de junio de 2021 (folios 328 frente a 332 vuelto) esta Sala declaró admisible el único motivo del recurso de casación formulado por la representación fiscal. De seguido se procede con el conocimiento de fondo de la impugnación, y se emite la decisión que corresponde a derecho, de acuerdo con los fundamentos de la presente resolución.

III. En el **único motivo**, con base en el numeral 468 inciso b) del Código Procesal Penal, alega errónea aplicación de preceptos legales sustantivos, concretamente los numerales 71 inciso g) y 72 del Código Penal. Sostiene, que el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, acogió el segundo motivo de apelación incoado por la defensa, bajo la consideración de que el Tribunal de Juicio había rechazado la gestión defensiva de que se aplicara a las imputadas lo dispuesto en los numerales 71 inciso g) y 72 del Código Penal, sustentándose en premisas que estimó erradas, contrariando normas internacionales e internas que protegen los Derechos Humanos; resolviendo que una de esas premisas fue concluir que las normas sustantivas citadas, contienen una protección destinada a las mujeres desde el punto de vista del sexo biológico. Afirma la recurrente, que el *ad quem* puntualizó en el fallo que se conoce, que el legislador se refirió a "una mujer", sin distinguir entre si esta debe ser reconocida como tal, a partir de su sexo, o de su género, por lo que sostuvo que desde la literalidad de las normas descritas, la expresión "mujer en estado de

vulnerabilidad”, no hace referencia a ésta desde una perspectiva de su sexo, entendido como características biológicas (genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas) que la diferencian del hombre, sino que más bien, debe ser entendido desde una visión de género, que es una construcción social que hace referencia a las identidades, funciones y atributos construidos socialmente y con significado social y cultural. Hace ver la fiscal, que el *ad quem*, señaló que los tratados internacionales y cuerpos normativos nacionales debían ser interpretados de manera evolutiva y que, por ende, debía entenderse que la categoría “sexo” comprende también la de “género”, ya que solo así se podía dar contenido al objeto útil de la protección jurídica integral de los derechos humanos. Enfatiza que, consideraron los jueces de alzada que los argumentos utilizados por el *a quo* para denegar la aplicación de las normas sustantivas de cita a las endilgadas, debido a que eran personas transgénero y no mujeres, no tenían respaldo en el principio de legalidad ni tampoco en la interpretación de los instrumentos internacionales invocados, siendo un razonamiento discriminatorio y lesivo de la dignidad de las justiciables. Así mismo, se detalla que el *ad quem* añadió que para el Tribunal sentenciador las encartadas eran mujeres, por su identidad y expresión de género, pero consideró que las normas cuestionadas no se aplicaban en su caso debido a que “*el reconocimiento de la condición de vulnerabilidad por una identidad de género femenina no la (sic) convierte en una mujer desde el punto de vista biológico...*”; disponiendo resultaba contradictorio al reconocerles primeramente la existencia a las encartadas de un derecho humano, a que se les trate dentro del proceso en apego a su identidad y expresión de género; y posteriormente al aplicar la norma que proyecta una eventual disminución de la pena, en relación a la condición de mujer, recurre a la biología para restarles esa condición. Dispusieron que la decisión del *a quo* de no aplicar a las endilgadas los numerales 71 inciso g) y 72 de referida cita, - para fijar y motivar la sanción penal, se basó en criterios lesivos de los Derechos Humanos, al estimar que su género- mujeres trans-, no impedía interpretar que podían ser destinatarias de la norma, a partir de que se les considere conforme a su identidad de género, como mujeres, desde lo cual resolvieron que el tribunal debió determinar si cumplían o no las endilgadas con los demás requisitos normativos para ponderar aplicar una posible disminución de la pena, y que al no hacerse se quebrantó el principio de tutela judicial efectiva, y que para subsanarlo declaraban la ineficacia de la imposición de la sanción penal, ordenando el reenvío para que se conozca ese extremo” (folio 289 vuelto). Considera la impugnante, que se colige del razonamiento del *ad quem*, que se partió de la consideración de que el numeral 71 inciso g) del Código Penal corresponde aplicarlo desde la perspectiva de género, y en razón de ello, dispuso la ineficacia de la sentencia y el juicio de reenvío, a fin de que se determinara si las encartadas se encontraban en la condición de vulnerabilidad, según lo taxativamente dispuesto, y si tales situaciones, las determinaron para la comisión del hecho punible, conforme a lo establecido en la norma sustantiva. Estima la fiscal, que “*la aplicación de los artículos 71 inciso g) y 72 del Código Penal, a las endilgadas [Nombre 021] y [Nombre 001] partiendo de la consideración de género, como lo dispuso el tribunal ad quem es equivocada, al inobservar la literalidad de esos preceptos sustantivos*” (folio 290 frente). Asevera, que el Ministerio Público no comparte el razonamiento de *ad quem* para decantarse por la aplicación a las encartadas, de los preceptos sustantivos previstos en los numerales 71 inciso g) y 72 del Código Penal, bajo la consideración de que el vocablo mujer, debe interpretarse por razones de género y no del sexo biológico. Sostiene que, tales numerales no son aplicables en el caso concreto porque, las endilgadas son personas transgénero, y los preceptos sustantivos hacen referencia expresa a las mujeres como destinatarias, desde una perspectiva de sexo biológico. Establece, por ende, que se debe partir de una interpretación literal o gramatical del vocablo mujer. Hace alusión a que la doctrina enfatiza en que la interpretación de la ley penal es gramatical y transcribe un texto de los autores Francisco Castillo, Claus Roxin, Mercedes García Arán y Francisco Muñoz Conde. Asimismo, trae a colación la definición de persona del sexo femenino, sexo y transexual, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Refiere que, partiendo de una interpretación gramatical o literal del vocablo mujer, no resulta aplicable a las encartadas, las normas sustantivas contenidas en los artículos 71 inciso g) y 72 del Código Penal, como erradamente lo consideró el *ad quem*, al señalar en el fallo recurrido, que la interpretación debe ser desde una perspectiva de género. Como agravio, señala que al haber aplicado el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, de manera errónea los alcances de los artículos 71 inciso g) y 72 del Código Penal, se ocasionó un perjuicio ilegítimo y grave a las pretensiones punitivas del Ministerio Público, toda vez que en la especie no son aplicables dichas normas sustantivas, y por ende resulta improcedente entrar a discutir una eventual disminución de la sanción, incluso por debajo del monto mínimo previsto en el tipo penal de robo agravado. Solicita “*se case la sentencia impugnada, únicamente en lo resuelto respecto del segundo motivo, dejándose sin efecto lo ahí ordenado -en el extremo recurrido-, y se mantenga lo resuelto por el Tribunal de Juicio, que dispuso la inaplicabilidad de esas normas sustantivas, e impuso a las encartadas 5 años de prisión- sustituyendo respecto de la encartada [Nombre 021] la pena de prisión por arresto domiciliario con monitoreo electrónico*” (folios 291 vuelto y 292 frente) . **Se declara sin lugar el reclamo formulado por la representante del Ministerio Público.** En el caso concreto, el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, mediante sentencia N° 459-2020, de las 16:15 horas, del 11 de junio de 2020 (folios 211 frente a 219 vuelto), declaró a “... [Nombre 021] y [Nombre 001], conocida antes como [Nombre 004], autoras responsables del delito de ROBO AGRAVADO...” (folio 218 vuelto, la negrita corresponde con el original). El Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, del Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, mediante resolución N° 2020-1859, dictada a las 09:25 horas, del 17 de noviembre de 2020, declaró con lugar únicamente el segundo motivo del recurso de apelación formulado por la defensora pública de ambas personas imputadas, “*decretando la ineficacia parcial del fallo de instancia, respecto a la determinación e imposición de la sanción penal a las justiciables, disponiendo el juicio de reenvío sobre ese extremo, bajo la consideración de que las encartadas que son personas trans género, son sujeto de aplicación de los numerales 71 inciso g) y 72 del Código Penal, al considerarlas mujeres*” (folios 267 frente a 282 vuelto). En el presente asunto, la discusión en casación se centrará (por ser el tema objeto del recurso) en determinar si el término “mujer”, contenido en los artículos 71 inciso g) y 72 del Código Penal debe interpretarse desde una perspectiva de género (posición asumida por el Tribunal de Apelación), o de sexo como condición biológica (criterio sostenido por la impugnante y el Tribunal de Juicio). En primer lugar, resulta oportuno conocer la decisión del Tribunal de Alzada para posteriormente exponer las razones por las cuales, se adelanta desde ya, esta Sala estima que no le asiste razón a la recurrente. Al resolver el recurso de apelación planteado por la defensa, el *ad quem* procedió, en primer término, a transcribir lo resuelto por el *a quo* en el caso concreto, estableciendo: “...*La petición de la defensa pública, de que se aplicara a las sindicadas lo dispuesto en el artículo 71 inciso g) y 72 del Código Penal, fue rechazada por el tribunal de instancia bajo el siguiente argumento: “Se nota que, tanto esta normativa internacional, como la reforma penal mencionada, está encaminada a dar una*

protección especial a las mujeres con dicha condición [vulnerabilidad], desde un punto de vista del sexo, y no del género. El Tribunal tiene claro que tanto la señora [Nombre 021] como [Nombre 001], son personas que se identifican como mujeres - trans- género, es decir, que a pesar de haber nacido con una biología del sexo masculino no se identifican como tal, lo anterior partiendo de sus datos de identificación así como la misma condición que ellas han admitido y esto, efectivamente es un derecho reconocido, entre otras disposiciones los Principios de Yogyakarta de noviembre del año 2006, "Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección por parte de la ley, sin ninguna de las discriminaciones mencionadas, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. La ley prohibirá toda discriminación de esta clase y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier forma de discriminación de esta clase. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo de la igualdad ante la ley o de la igual protección por parte de la ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y condición económica." Estos principios como se ve, les reconocen una serie de derechos propios e inherentes a la dignidad de la persona humana, entre ellos el derecho a la vida, al trabajo, a la salud, derechos sobre los cuales tienen los Estados la obligación de tomar medidas para asegurarlos. Incluso nuestro país fue más allá y, formuló una consulta a la Corte Interamericana de Derechos humanos, respecto de la población LGTBI, resultando de ello la Opinión Consultiva número OC-24-2017, relativa a la identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, dentro de los considerandos de la Opinión Consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es clara en indicar que constituyen poblaciones vulnerables los adultos mayores, las personas con diversas orientaciones sexuales e identidades de género, y también incluidas las mujeres. Resulta claro entonces que **el reconocimiento de la condición de vulnerabilidad por una identidad de género femenina no la convierte en una mujer desde el punto de vista biológico, y que estas últimas han sido precisamente por su condición de mujer discriminadas de manera sistemática.** Se tiene entonces que ambas son poblaciones vulnerables que requieren protecciones especiales, pero no son el mismo tipo de población vulnerable, **por ello en cuanto a la reforma del artículo 71 y 72, esta protección está destinada a las mujeres desde un punto de vista del sexo biológico y no a las mujeres transexuales, las cuales este Tribunal tiene clarísimo que también deben ser sujeto de protecciones especiales, debido a toda la discriminación y vulnerabilidad que sufren, pero ello, no es resorte de este Tribunal, quien debe resolver en apego al principio de legalidad...**" (folios 276 frente y vuelto, el subrayado y la negrita corresponden con el original). De lo anterior se colige, que el Tribunal de instancia realizó una interpretación literal o gramatical del término mujer contenido en los ordinales 71 inciso g) y 72 del Código Penal. Desde la perspectiva del Tribunal de Apelación, el a quo tomó su decisión contrariando normas internacionales e internas que protegen los Derechos Humanos. Al respecto indicó: "...el legislador hace referencia a "una mujer", sin que se haga diferencia entre si esta debe ser reconocida como tal a partir de su sexo ("1. m. Condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas". REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. <https://dle.rae.es/sexo?m=form>, 04 de noviembre de 2020) o de su género ("3. m. Grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico" *Ibidem*, <https://dle.rae.es/género?m=form>). Sin embargo, al verificarse que la disposición legal no está dispuesta para todas las mujeres, sino solo para aquellas "en estado de vulnerabilidad" y que esa condición se definiría "por pobreza, por tener bajo su responsabilidad el cuidado y manutención de familiares dependientes, por discapacidad o por ser víctima de violencia de género", es notorio que tales disposiciones estaban dispuestas como una acción afirmativa (discriminación positiva) que tomó el Estado costarricense para erradicar las prácticas discriminatorias que enfrentan las mujeres, como personas sometidas a conductas abusivas y violentas en sociedades estructuradas a partir del ejercicio del dominio patriarcal (artículo 1, 3 y 4.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979). Esto en razón de que este tipo de discriminación es un tipo de violencia contra la mujer, entendida como "...cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (artículo 1 de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención De Belem Do Pará aprobada el 06 de setiembre de 1994). De este modo, desde la literalidad de las normas descritas, la expresión "mujer en estado de vulnerabilidad" no hace referencia a la mujer desde la perspectiva de su sexo [En un sentido estricto, el término "sexo" se refiere "a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer", a sus características fisiológicas, a la "suma de las características biológicas que define el espectro de los humanos personas como mujeres y hombres", o a la "construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base es clasificada como macho o hembra al nacer" (cfr. Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, Comisión de asunto jurídicos y políticos, Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes)], sino desde el género, que resulta ser una construcción social que se refiere "...a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas" (*Ibidem*)..." (folios 277 frente y vuelto). Dentro de las razones que le permitieron sustentar su línea de argumentación, el Tribunal de Alzada se basó en la exposición de motivos del proyecto de ley N° 20300, que finalmente, al pasar a ser Ley de la República, modificó los artículos 71 inciso g) y 72 del Código Penal. Los jueces de apelación concluyeron que "...las diferencias biológicas entre hombre y mujer no fue lo que primó para realizar la modificaciones a los artículos mencionados, como equivocadamente lo sostuvo el a quo, sino las desventajas y discriminación que enfrentan las mujeres al tener que cumplir las funciones, roles o atributos construidos por una sociedad patriarcal, que las coloca en vulnerabilidad frente al Sistema de Justicia Penal y puede influir en ella para la comisión de un hecho criminal..." (folio 278 frente). Partiendo de la normativa internacional vigente, el Tribunal de Apelación sostuvo: "...en el caso de los tratados internacionales y demás cuerpos normativos nacionales que al momento de su redacción no contemplaban la categoría "género", es correcto interpretarlos de manera evolutiva (cfr. artículo 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Convención

de Viena sobre el Derecho de los Tratados y Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, párr. 106, y Caso Atala Rifo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 83), entendiendo que la categoría “sexo” comprende también la de “género”, ya que solo así se podría dar contenido al objeto útil de la protección jurídica integral de los Derechos Humanos. Aunado a que, este ejercicio de control de convencionalidad resulta de acatamiento obligatorio para las personas juzgadoras de la República, ya que en todos los casos sometidos a su conocimiento deben realizar un contraste entre las normas internas y los parámetros de convencionalidad, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, y la jurisprudencia de la Corte IDH (incluidas las opiniones consultivas)...” (folios 279 frente y vuelto). Para el ad quem, el razonamiento del Tribunal de Juicio que sirvió de base para establecer que las persona imputadas no eran destinatarias de las normas cuestionadas (ordinales 71 inciso g) y 72 del Código Penal), debido a que eran personas transgénero y no mujeres, resultó ser “...discriminatorio y lesivo de la dignidad de las justiciables, protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dejó establecido que: “...la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género” (cfr. CIDH. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, párrafo 78). En este sentido, como lo define la Corte IDH en la mencionada consulta, citando a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, un “transgénero o persona trans” puede definirse “[c]uando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer...” (folios 279 vuelto a 280 frente). Según lo expuso el ad quem, el mismo Tribunal de primer instancia reconoció esta identidad de género en las encartadas [Nombre 001] y [Nombre 021] “...al señalar en la sentencia: “...son personas que se identifican como mujeres -trans- género, es decir, que a pesar de haber nacido con una biología del sexo masculino no se identifican como tal, lo anterior partiendo de sus datos de identificación así como la misma condición que ellas han admitido y esto, efectivamente es un derecho reconocido” (cfr. folio 216). Es decir, para el a quo ambas sindicadas, por su identidad y expresión de género, **eran mujeres**, pero, consideró que las normas cuestionadas no se aplicaban en su caso, debido a que: “...el reconocimiento de la condición de vulnerabilidad por una identidad de género femenina no la (sic) convierte en una mujer desde el punto de vista biológico” (cfr. folios 216 y 217). Así, resulta evidente que las personas juzgadoras, en forma contradictoria, primero reconocen la existencia de un derecho humano de las endilgadas a que se les trate dentro del proceso en apego a su identidad y expresión de género (para lo cual incluso aplican los Principios de Yogyakarta, al tratar a las imputadas con sus nombres femeninos), sin embargo, cuando se trata de aplicar una norma que proyecta una posible disminución de la pena en torno a su condición de mujer, es decir, que daría contenido real al derecho al reconocimiento de su identidad de género, recurre a la biología para restarles tal condición, lo cual resulta notoriamente violatorio de los artículos 1.1., 3, 7, 11.2 y 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consideran como parte integrante de la dignidad humana el garantizar el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la privacidad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas. En este mismo sentido, la Corte IDH ha resuelto: “94. En este punto, corresponde recordar que la identidad de género ha sido definida en esta opinión 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. Lo anterior, conlleva también a la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales (supra párr. 32.f). En esa línea, para esta Corte, el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad. 95. De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad” (cfr. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. El resaltado es suplido). Como se puede colegir, la decisión del a quo, de no aplicar el artículo 71 inciso g) y 72 del Código Penal, para fijar y motivar la sanción penal de las encartadas, se basó en criterios que lesionan los Derechos Humanos, en tanto su género -mujeres trans- no era un obstáculo para interpretar que podían ser destinatarias de la norma, a partir de que debe considerárseles, conforme a su identidad de género, como mujeres. Así queda claro, que al sostener la defensa pública que sus representadas eran mujeres y que estaban en estado de vulnerabilidad, debió ineludiblemente el tribunal de instancia entrar a ponderar fáctica y jurídicamente tales aspectos, para poder determinar si se cumplía, o no, con los restantes requerimientos normativos para ponderar la aplicación de una posible disminución de la sanción penal. Corolario, al no efectuarse ello, se dio un quebranto el principio fundamental de tutela judicial efectiva (artículo 41 de la Constitución Política), que solo puede ser subsanado declarando la ineficacia de la imposición de la sanción penal y ordenando la realización de un juicio de reenvío para que se conozca tal extremo del fallo, como así se dispondrá infra...” () “...En este sentido, se decreta la ineficacia parcial de la sentencia, únicamente en cuanto a la determinación e imposición de la sanción penal y se dispone el juicio de reenvío (conforme a las reglas de cesura que se dispuso para el sub examine) ante el mismo

tribunal, para que con una integración diferente proceda a resolver tal extremo del fallo, conforme a Derecho y al principio de no reforma en perjuicio...” (folios 280 frente a 282 frente). Para la resolución del caso concreto, necesariamente debe partirse de la regulación contenida en los numerales 71 inciso g) y 72 del Código Penal que, para los efectos que interesan, disponen: “Artículo 71.-El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe. Para apreciarlos se tomará en cuenta: [...] g) Que la persona sentenciada sea una **mujer** que se encuentre en estado de vulnerabilidad, por pobreza, por tener bajo su responsabilidad el cuidado y manutención de familiares dependientes, por discapacidad o por ser víctima de violencia de género, cuando ese estado haya influido en la comisión del hecho punible”) “Artículo 72- ...Cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el inciso g) del artículo anterior y la **mujer** sentenciada no tenga antecedentes penales, el tribunal de juicio podrá disminuir la sanción, incluso por debajo del monto mínimo previsto en el tipo penal” (la negrita no corresponde con el original). Esta Cámara comparte la interpretación de los artículos 71 inciso g) y 72 del Código Penal realizada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, en el sentido de que la “mujer trans” puede ser destinataria de lo dispuesto por dichos ordinales cuando hacen referencia al término “mujer”. En relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, se ha dicho que dentro de este se encuentran el derecho a la identidad personal y, particularmente, el derecho a la identidad de género, el cual supone la manera en la que la persona se asume a sí misma. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-24/17, del 24 de noviembre del 2017, solicitada por el Estado de Costa Rica, denominada “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, definió la identidad de género como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo. En el punto 32 inciso h) al delimitar el término transgénero o persona trans, apuntó: “...Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona transgénero o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans...”. Posteriormente, en esta misma Opinión Consultiva, la Corte Interamericana estableció: “...95. De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad”. En relación con la orientación sexual y la identidad de género, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, específicamente en la sentencia del 24 de febrero de 2012, realizó las siguientes precisiones: “...90. El 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando 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”. Asimismo, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”. El 15 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” en la que se expresó la “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género”. La prohibición de discriminación por orientación sexual ha sido resaltada también en numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas. 91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual...”. Recientemente, en el caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras, mediante sentencia del 26 de marzo de 2021, la Corte Interamericana de Derechos Humanos argumentó: “129...La identidad de género en determinadas circunstancias como la presente, que se trata de una mujer trans, constituye un factor que puede contribuir de forma interseccional a la vulnerabilidad de las mujeres a la violencia basada en su género. En efecto, la Corte ha determinado que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana y que está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas. Además, esta Corte ha sostenido que la identidad de género es “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”, por lo que “el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar

sujeta a su genitalidad...". En el presente asunto, la identidad de género como mujeres, de ambas encartadas, fue un aspecto que trascendió a lo largo del proceso (folio 14, 106 frente a 107 vuelto, 184 frente a 187 vuelto); incluso el Tribunal de Juicio lo reconoció (folios 216 frente y vuelto), sin que fuese un punto controvertido, punto que fue abordado expresamente por el *ad quem*. Desde esta perspectiva, esta Sala estima que el término mujer, en sentido amplio, tal y como lo contemplan los ordinales 71 inciso g) y 72 del Código Penal, debe abarcar a las mujeres trans. Consecuentemente, al no advertirse la existencia de ningún yerro de parte del Tribunal de Apelación en la aplicación de la ley sustantiva, se declara sin lugar el recurso de casación incoado por la representante del Ministerio Público. En vista del juicio de reenvío decretado por el *ad quem*, para efectos de la determinación e imposición de la sanción penal de las personas aquí imputadas y, en atención a que a [Nombre 004] conocida como [Nombre 001] le vence la prisión preventiva el 25 de julio de 2021, remítase la presente sumaria **a la mayor brevedad posible** al Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José.

Por Tanto:

Se declara **sin lugar** el recurso de casación incoado por la licenciada Adriana Chaves Redondo, Fiscal de la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones del Ministerio Público. En vista del juicio de reenvío decretado por el *ad quem*, para efectos de la determinación e imposición de la sanción penal de las personas aquí imputadas y, en atención a que a [Nombre 004]. conocida como [Nombre 001]. le vence la prisión preventiva el 25 de julio de 2021, remítase la presente sumaria **a la mayor brevedad posible** al Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José. **Notifíquese.**

	Patricia Solano C.	
Jesús Alberto Ramírez Q.		Gerardo Rubén Alfaro V.
Sandra Eugenia Zúñiga M.		Rafael Segura B. Magistrado Suplente

JMELENDEZ

Clasificación elaborada por SALA DE CASACIÓN PENAL del Poder Judicial. Prohibida su reproducción y/o distribución en forma onerosa.

Es copia fiel del original - Tomado del Nexus PJ el: 07-12-2021 11:56:02.