

Sentencia:	<u>10404</u>
Expediente:	<u>13-003150-0007-CO</u>
Fecha:	<u>31/07/2013</u>
Hora:	<u>16:00 PM</u>
Emitido por:	<u>Sala Constitucional</u>

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas y cero minutos del treinta y uno de julio del dos mil trece.

Acción de inconstitucionalidad promovida por OFELIA TAITELBAUM YOSELEWICH, en su condición de Defensora de los Habitantes de la República, contralos artículos 98 inciso 6) y 102 inciso e) del Código Penal, en tanto incluyen las palabras “homosexualismo” y “prostitución” como parte de los supuestos para poder imponer una medida de inseguridad. Intervino también en el proceso Magda Inés Rojas Chaves, en representación de la Procuraduría General de la República.

Resultando:

1.-Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las catorce horas cuarenta minutos del quince de marzo de dos mil trece, la accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 98 inciso 6) y 102 inciso e) del Código Penal, por estimarlos contrarios a los artículos 28, 33, 39 y 40 de la Constitución Política y de los artículos 5 de la Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes, artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 1.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Alega que las normas impugnadas resultan inconstitucionales ante la pérdida del apoyo de la comunidad científica que permitió afirmar que la homosexualidad era una enfermedad mental objeto de tratamiento desde la psiquiatría y en aplicación de los principios señalados en la jurisprudencia constitucional, ya que ante la comisión de una conducta delictiva, se permite hacer una diferenciación ilegítima en el ejercicio del poder punitivo del Estado en razón de la orientación sexual de la persona, desconociendo la determinación de esta orientación como un ejercicio legítimo de la libertad y la autonomía reconocida constitucionalmente como un derecho fundamental. En el caso de la homosexualidad, considera que las normas implican una violación al artículo 40 constitucional, no solo por la indeterminación de la vigencia de la medida de seguridad, sino por la pretensión implícita de aplicación de tratamientos o curas para la reversión de la orientación sexual. Indica que según el Informe del Relator Especial contra la Tortura del

Comité de Derechos Humanos -Informe A-56-156 presentado el 3 de julio de 2011 ante la Asamblea General de la ONU-, desde el año 1992 se eliminó la homosexualidad de su clasificación internacional de Enfermedades, con lo cual resultaba necesario eliminar las disposiciones jurídicas, que como las de análisis, no solo no responden a las reglas propias del Derechos Constitucional Penal o a una mayor comprensión científica de la diversidad sexual del ser humano, sino que constituye un mandato urgente e improrrogable para el Estado Costarricense, en virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por resultar discriminatorias y contrarias a la dignidad humana. Señala que este tipo de medidas aplicadas a la homosexualidad, respondían a una concepción única de la sexualidad humana que calificaba como "anormal" o "degenerada" cualquier otra posibilidad de vivencia de ésta y, en consecuencia, relegaba su abordaje al mundo de lo penal y a la atención psiquiátrica. Esta concepción es la que sigue latente en la normativa cuestionada, partiendo de que la homosexualidad es en sí misma una condición de peligrosidad, es decir, un elemento que incide en la comisión de un acto delictivo. Por otro lado, es calificada como "hábito o costumbre", que como tal puede ser eliminada o controlada mediante un tratamiento psiquiátrico, lo cual ha sido descartado según se indicó y que además vulnera la dignidad humana en el tanto se trata de normas discriminatorias que menoscaban el acceso y disfrute de los derechos fundamentales en razón de la orientación sexual. En relación con la incorporación del concepto de prostitución como supuesto para la aplicación de medidas de seguridad, indica que sin desconocer la existencia de la prostitución masculina, esta ha sido una actividad reducida esencialmente al ámbito de lo femenino, sancionando su alejamiento del patrón de conducta que socialmente se ha impuesto a la mujer y que limita la vivencia de su sexualidad a un rol pasivo, procreador, y principalmente, reducido al ámbito de lo privado, jamás al mundo de lo público. Señala que en consecuencia, la pretensión de aplicar medidas de seguridad –sean estas denominadas curativas, educativas o correctivas- tiene como único fin la corrección de la desviación de la conducta de la mujer, que es considerada en sí misma como peligrosa para la colectividad, para imponerle nuevamente el rol que socialmente es considerado como natural o normal en ella. Indica que un abordaje desde lo penal de esta realidad social, invisibilizando las razones por las cuales muchas mujeres trabajadoras sexuales han elegido esta actividad, criminaliza la conducta de la mujer, restando validez e importancia a su decisión y realidad, sin valorar incluso las causas que las llevaron a optar por dicha actividad. Considera que la mujer o la persona sometida a

prostitución, no puede, ni debe ser objeto de la reacción punitiva del Estado, sino que siempre la atención y su participación en el proceso debe ser en condición de víctima. En razón de lo expuesto, la aplicación de estas medidas en el tanto no se trate de una condición de inimputabilidad que impida la realización del juicio de reprochabilidad, roza con el Derecho de la Constitución y por ello la incorporación de la prostitución como un fundamento para su aplicación violenta los artículos 33 y 40 de la Constitución Política. Asimismo, considera lesionados los artículos 28 y 39 constitucionales, en tanto no se respeta la autonomía de la voluntad y el principio de culpabilidad, porque la sanción penal debe recaer sobre la conducta y no sobre el estado o la personalidad del individuo. Indica que la norma en cuestión también violenta la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos concernientes al reconocimiento de los derechos de las mujeres y la visibilización y erradicación de las situaciones de violencia y discriminación a las que históricamente han sido sometidas. La aplicación de medidas de seguridad a las mujeres que se dedican a la prostitución como actividad voluntaria, tiene como único objetivo real la modificación de su conducta con el fin de garantizar que su comportamiento en relación con la vivencia de su sexualidad, se ajuste al rol tradicional impuesto a la mujer. En ese tanto, considera que se trata de una medida adoptada por el mismo Estado que procura la legitimación y reproducción de criterios que invisibilizan la condición de las personas (mayoritariamente mujeres) que ejercen la prostitución y que, lejos de contribuir con su reinserción social, las discrimina, excluye y estigmatiza en contradicción directa con las obligaciones contenidas en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer. Solicita que se declare con lugar la acción.

2.- A efecto de fundamentar la legitimación requerida para promover la presente acción de inconstitucionalidad, se señala el artículo 75, párrafo tercero, de la Ley de Jurisdicción Constitucional, en tanto la condición de la accionante de Defensora de los Habitantes, le reconoce una legitimación directa para accionar.

3.- Por resolución de las quince horas y cuatro minutos del diecinueve de marzo de dos mil trece, este Tribunal dio curso a la acción, confiriéndole audiencia a la Procuraduría General de la República.

4.-La Procuraduría General de la República rindió su informe a las catorce horas tres minutos del dieciséis de abril de dos mil trece. Señala que en la historia de la humanidad, las relaciones sociales pueden dividirse y observarse desde dos esferas, desde la posición del

hombre y desde la posición de la mujer, lo que hombre debe ser, lo que la mujer debe ser. Esta dicotomía, se ha planteado desde la existencia de diferencias basadas en el sexo de las personas; y a partir de esta diferencia, que en esencia es solo biológica, se ha elaborado un esquema de roles, una división de funciones, que determinan la clase y grado de participación que les corresponde a hombres y mujeres dentro del evento social. Entonces, el género inicia y se desenvuelve desde un constructo social, que plasma como fundamento la idea de seres humanos diferentes a partir de su sexo: hombre y mujer. Una construcción social que ha colocado a las mujeres en razón de su sexo en una posición de inferioridad y, por ende de discriminación y que históricamente la ha reducido a las tareas domésticas o bien, a labores de ejecución alejadas del poder de decisión y que reducen las oportunidades para desarrollar y para hacer respetar su dignidad y libertad. A su vez, al hombre se le destina a cumplir un papel -normalmente de poder- dentro de la sociedad y en el ámbito institucional. El género es una construcción social, que define qué puede hacer el hombre y qué puede hacer la mujer, determina cuáles son sus responsabilidades y funciones, y como elaboración social ha contribuido fuertemente a la definición cultural de todas las sociedades al punto que se encuentra tan inmerso en el discurso social que ha significado su aceptación por parte de mujeres y hombres al influir y condicionar sus comportamientos, al autoentenderse acorde con sus roles. Sin embargo, como todo proceso histórico y cultural, la mente del ser humano dificulta los comportamientos lineales y comienza a generar cambios que han ido modificando el entendimiento social en la dicotomía del género. En palabras de Lamas el género es, “un “filtro” cultural con el cual se interpreta al mundo”, está definido por la cultura y la que nutre cada sociedad la llena de simbolismos a partir de los cuales se “engendra múltiples versiones de la dicotomía hombre-mujer”, atribuyéndole a las diversas conductas y actividades individuales y sociales, características de femenino y masculino. Es factible afirmar que las sociedades se han estructurado desde un sistema de relaciones de género, y se ha caracterizado por la creación de desigualdades en demérito de la mujer, y se afirma que también en demérito de todo comportamiento sexual que resulte diferente al que aquellos roles ordena. Esta construcción social puede observarse desde la niñez y sus juegos, los niños se encargan de los juegos más físicos como el fútbol y además se les enseña a divertirse con carros, y a las niñas, se les enseña a jugar con cocinas y a cuidar bebés de juguete, esto constituye una continuación con la creación de roles hombre-mujer, que eventualmente se refleja en la madurez a nivel de formación educativa, toma de decisiones y

participación social. Esta cosmovisión de los roles del género está en proceso de cambio. Los “habitus” dejan de ser los mismos de forma tal que las relaciones históricas de los sexos se van readecuando, se van reorganizando, se van transmitiendo y generando variaciones culturales que van penetrando en las estructuras de convivencia social y que constituyen la génesis de una visión diferente en la construcción social del género. Diversas disposiciones de Derechos Humanos afirman la equiparación de géneros, al mismo tiempo que prohíben cualquier forma de discriminación fundada en la orientación sexual. Resulta contraria a los Derechos Humanos cualquier disposición que discrimine a la mujer por su condición de tal o bien que discrimine tanto a ella como al hombre en función de su orientación sexual. Sobre la violación al principio constitucional de culpabilidad, señala que las medidas de seguridad en materia penal se encuentran reguladas en el Título VI del Código Penal, y acorde con su numeral 97 se aplicarán solamente a las personas que hayan cometido un hecho punible, cuando del informe que debe elaborar el Instituto Nacional de Criminología se deduzca la posibilidad de que vuelvan a delinquir. Sobre el particular cita la sentencia de este Tribunal No. 2003-2586. Indica que el numeral 98 del Código Penal impone al Juez Penal la obligación de aplicar la correspondiente medida de seguridad, estableciendo dos supuestos de procedibilidad, los casos de personas inimputables y los de sujetos imputables. Esta diferenciación, constituye la esencia del análisis que se va a elaborar para concluir que las medidas de seguridad no pueden ser aplicadas a personas imputables, por cuanto ello significa una trasgresión al principio constitucional de culpabilidad. Precisamente, el numeral 50 del Código Penal establece las clases de penas que prevé nuestra legislación represiva, a saber: la prisión, el extrañamiento, la multa y la inhabilitación, además de la inhabilitación especial y la prestación de servicios de utilidad pública, las cuales resultan de aplicación previa demostración de culpabilidad, mediante el desarrollo del debido proceso. Para la aplicación de medidas de seguridad, se requiere también del desarrollo del debido proceso penal, a fin de acreditar la existencia de un delito y su comisión por parte del sujeto activo, pero no se elabora un juicio de culpabilidad, sino de peligrosidad, razón por la cual resulta inconstitucional su aplicación a personas imputables. Ello es así, por cuanto en nuestro sistema democrático de derecho la determinación de la responsabilidad penal está fundada bajo el principio de culpabilidad, es decir, opera un derecho penal de culpabilidad y no de autor. En virtud de lo anterior, las medidas de seguridad en materia penal solamente pueden ser aplicadas a personas declaradas inimputables. El análisis del principio de

culpabilidad en nuestro derecho penal, ha sido ampliamente resuelto por la Sala Constitucional, para lo cual cita las sentencias No. 1992-1438 y 1992-088. Concluye respecto al numeral 98 inciso 6) del Código Penal que en tanto procura la implementación de medidas de seguridad a personas imputables, resulta inconstitucional por atentar contra el principio de culpabilidad contenido en el artículo 39 constitucional, lo cual es suficiente para recomendar su declaratoria de inconstitucionalidad. Pero además, dicho inciso, en lo de interés, se nutre de un contenido abiertamente violatorio de los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación. En su contenido normativo, el artículo 98 inciso 6) del Código Penal, así como del artículo 102 inciso e), contemplan a la prostitución y al homosexualismo como males sociales y enfermedades que condicionan a la persona como peligrosas, al poder constituir la génesis de una conducta delictiva. El artículo 96 de cita, establece como criterio de diferenciación entre la aplicación de una sanción penal y una medida de seguridad, el ejercer o no la prostitución, y el ser o no homosexual, con lo cual debemos analizar si la diferenciación efectuada responde a un criterio objetivo, razonable y proporcionado, a lo que contesta desde ya que no. El principio de igualdad se encuentra consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política, el cual señala que: “todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”. El principio de igualdad y el no discriminación, se encuentra también garantizado a nivel internacional por medio de diversos instrumentos, como el artículo 7 de la Declaración de Derechos Humanos; el numeral 1.1, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José; el ordinal 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y el nominal 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 6 de la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes; numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sobre este mismo punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, actuando en función consultiva, ha señalado que la diferenciación de trato solo resulta contraria a los derechos humanos cuando está desprovista de una justificación razonable y objetiva. Así, cita lo dispuesto en la Opinión Consultiva OC-04/84 de la Corte Interamericana. En similar sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso de L. and V. VS. Austria, llegó a la misma conclusión al indicar que la diferencia en el trato es discriminatoria cuando carece de una justificación objetiva y razonable. En esta misma línea de pensamiento, cita la jurisprudencia constitucional establecida en las sentencias No. 2006-11344 de las 8:48 horas del 4 de agosto de 2006 y en la

No. 2003-5374 de las 14:36 horas del 20 de junio de 2003. Partiendo de estas consideraciones, indica que la norma referida permitiría que dos supuestos fácticos similares tuvieran consecuencias jurídico-penales diferentes. Así por ejemplo, ante dos casos similares de lesiones graves, una persona que no ejerza la prostitución ni sea homosexual, podría ser condenada a prisión con una pena que oscilaría entre uno y seis años, gozando además de una serie de beneficios de los que podría disfrutar durante la ejecución de la sanción penal, como la condena de ejecución condicional o la libertad condicional, por citar dos ejemplos. Pero, si durante el juicio se determinara que la persona responsable cometió el delito siendo prostituta u homosexual de manera habitual, determinando su actuación por tal condición personal, el Juez estaría obligado a imponerle una medida de seguridad, sin que la persona tenga opción de los beneficios que prevé el proceso de ejecución de la pena, pero sobretodo sin que pueda ser condenada por una sanción penal por un tiempo determinado por la norma penal. Esta diferencia en el trato penal, no encuentra razón jurídica que la justifique, esta diferencia de trato no es desde ninguna perspectiva, idónea, necesaria y mucho menos proporcional, por cuanto obedece a consideraciones discriminatorias en razón de la orientación y libertad sexuales; no se cometen delitos por el hecho de ejercer la prostitución o por ser homosexual. En el caso de la prostitución, ésta en sí misma no constituye una enfermedad, ni es una conducta penalmente sancionada, y puede verse desde dos aristas, primero como una decisión de vida que puede estar fomentada en razones diversas como la pobreza y su íntimo asocio con la falta de oportunidades, y segundo, como una forma de vida de obligada imposición por el engaño y la supresión de voluntad propios de las redes de prostitución, casos en los cuales la persona podría ser tenida como víctima, pero jamás como una persona que deba ser tratada de manera diferente por su condición de prostitución. Lo que sí estima constituye una enfermedad social, es el fenómeno de las redes de prostitución que comercializan a las personas con fines sexuales, la explotación y esclavitud sexuales, pero nunca a la persona prostituta como tal. Acciones que afectan gravemente la dignidad humana, por lo que deben ser fuertemente sancionadas. Con ocasión del homosexualismo, la norma cuestionada lo propone como una enfermedad que puede ser habitual y que puede ser determinante para la comisión de delitos, supuesto en el cual el Juez Penal estaría obligado a imponer al homosexual alguna medida de seguridad, como el ingreso a un hospital psiquiátrico, a un establecimiento de tratamiento especial educativo, o bien someterse a un tratamiento psiquiátrico, conforme lo dispone el numeral 101 del Código Penal. Sobre este

aspecto debe resaltarse, que el citado ordinal 101 establece que las medidas de seguridad son curativas, ergo, parte del presupuesto que aquellas personas a quienes se les imponga una medida de seguridad deben ser sanadas de previo a su reincorporación a la sociedad. En relación con este punto, como bien lo apunta la accionante, la décima edición de la clasificación internacional de enfermedades del diecisiete de mayo de 1990, aprobada por la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud, eliminó a la homosexualidad como una enfermedad; aspecto ya había sido señalado desde el año 1973 por la Asociación Americana de Psiquiatría. Dentro del proceso penal costarricense, no existe fundamento jurídico alguno, para marcar una diferencia de trato entre personas prostitutas y personas homosexuales en relación con otras que no lo sean. Acerca del derecho a la igualdad y no discriminación, es menester expresar que su entendimiento debe partir del reconocimiento y respeto de las diferencias, entendiendo que éstas no deben ser motivo de discriminación a fin de lograr un trato social que se defina por la equivalencia humana. De esta manera, los planteamientos jurídicos deben estar empapados de un esquema axiológico que parta de este presupuesto de igualdad, cual significa precisamente el respeto por la diversidad, lo cual resulta imperativo en sociedades heterogéneas, donde un tratamiento homogéneo puede conllevar a la violación del principio de igualdad. Los numerales 98 inciso 6) y 102 inciso e) del Código Penal contienen presupuestos de discriminación, al definir a la prostitución y al homosexualismo, como condiciones personales que requieren de un trato diferenciado, sin que exista justificación objetiva y razonable alguna. Pero además, dichas normas ostentan una génesis ideológica que se funda en la imposición de una tesis social hegemónica, como lo es, la falaz idea de la homogeneidad humana y la equivocada concepción de la imposición de roles sociales donde hombre y mujer deben cumplir con ciertas funciones ya definidas en razón del sexo biológico, a partir de lo cual existe la imposición de formas de vida consideradas normales o buenas, satanizando todo aquello que escapa de los parámetros de convivencia y desarrollo humanos que han sido estandarizados dentro del evento social, en este caso, en lo referente a la identidad y libertad sexuales. La norma analizada, pretende la imposición de medidas de seguridad a determinadas personas por ejercer la prostitución o ser homosexuales, es decir contiene un estímulo en el mantenimiento de la hegemonía del poder estatal dirigido a exigirle un cambio a las personas para que dejen de ser prostitutas y/o prostitutas, o bien para que orienten sus preferencias sexuales a lo que es considerado normal e incluso natural, como lo señalan algunos moralistas. En todo caso, es un resabio

que contiene la norma que atenta contra los principios de igualdad y no discriminación, pero además, que afecta el derecho a la libre determinación de su vida sexual y a elegir la preferencia sexual que se adecue a cada ser humano. En el voto 88-92 de la Sala Constitucional, se hace referencia al tema de la libertad personal, con un presupuesto diferente pero que se ajusta a la idea que propone. Las normas contenidas en los artículos cuestionados, precisamente pretenden imponer a determinada persona, una medida de seguridad por ser prostituta(o) o bien homosexual, y no por lo que hizo, violentando los citados principios de culpabilidad, igualdad, no discriminación, y claro está el de dignidad humana. Pero además, considera que pretende introducir a una persona a un tratamiento psiquiátrico o especial curativo, para imponerle una forma de vida que resulte acorde con la que alguna vez fue la ideología social predominante, lo cual irrespeta el principio de libertad contenido en el numeral 28 de la Constitución Política, por cuanto las preferencias sexuales diversas y el ejercicio voluntario de la prostitución por parte de personas mayores de edad (sin ignorar sus bemoles), constituyen acciones privadas que se enmarcan dentro del principio de la libertad personal, y que como condiciones personales que son, necesariamente, no afectan a terceros, ni la moral, ni el orden público, de forma tal que requieran de la intervención procesal dentro del derecho penal. Finalmente, en virtud de la obligada aplicación de medidas de seguridad a las personas que se prostituyen y a los homosexuales, su eventual ingreso a centros de tratamiento psiquiátrico o especial educativo, efectivamente podrían significar una violación al numeral 40 constitucional, al exigírsele a las personas que conforman estos grupos humanos someterse a tratamientos médicos o procesos educativos que irían en contra de su identidad sexual o de sus decisiones de vida, sometiéndolos a tratamientos o procesos que podrían atentar contra su ideología, contra su orientación sexual, contra su voluntad, es decir, que afectarían a la persona desde su misma dignidad. Permitir esto, significa someter a una persona homosexual a tratamientos crueles y degradantes, al exigírsele un cambio en su identidad sexual para que se ajuste a lo que socialmente se ha estimado correcto, es decir se le obligaría a no ser quien es. En similar sentido, en el caso de la prostitución, se le exigiría un cambio en su decisión de vida –cuando lo es- ignorando las condiciones por las cuales la persona ejerce la prostitución, o bien demandando un cambio de vida para que, nuevamente, la persona se ajuste a las ideas que el Estado decidiera imponer. A partir de lo anterior, este Órgano Asesor recomienda declarar con lugar la Acción de Inconstitucionalidad planteada contra los artículo 98 inciso 6) y 102

inciso e), del Código Penal, en lo referente al homosexualismo y la prostitución, por presentar vicios generadores de violación a los principios de culpabilidad, igualdad, no discriminación, y libertad personal.

5.-Se prescinde de la vista señalada en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, con base en la potestad que otorga a la Sala el numeral 9íbidem, al estimar suficientemente fundada esta resolución en principios y normas evidentes, así como en la jurisprudencia de este Tribunal.

6.-Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los números 69, 70 y 71 del Boletín Judicial, de los días 10 de abril, 12 de abril y 15 de abril del dos mil trece.

7.-En los procedimientos se han cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Rueda Leal; y,

Considerando:

I.-Sobre la legitimación. La accionante se encuentra legitimada para interponer directamente la presente acción, en su condición de Defensora de los Habitantes, según lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

II.-Objeto de la acción. La accionante solicita que se declaren inconstitucionales los artículos 98 inciso 6) y 102 inciso e), del Código Penal, por estimar que violentan los numerales 28, 33, 39 y 40 de la Constitución Política ; 5 de la Convención Iberoamericana de los derechos de los jóvenes; 2.1 del Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos; 2.2 del Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales; el artículo 1.1 de la Convención Interamericana de derechos humanos; 1,2 y 5 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; y el artículo 2 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Para), en tanto disponen la condición de homosexualismo y prostitución, como elementos de consideración normativa para la aplicación obligatoria de medidas de seguridad. Los artículos impugnados disponen:

“ARTÍCULO 98.-

Obligatoriamente el Juez impondrá la correspondiente medida de seguridad:

... 6) Cuando la prostitución, el homosexualismo, la toxicomanía o el alcoholismo son habituales y han determinado la conducta delictiva del reo...”

“ARTÍCULO 102.-

Las medidas de seguridad se aplicarán así:

... e) La prohibición de frecuentar determinados lugares es medida de prevención especial y se impondrá al condenado por delito cometido bajo la influencia del alcohol o de drogas enervantes, del homosexualismo o la prostitución.”

Considera la accionante que la culpabilidad se sustenta en el reconocimiento de la dignidad humana y de su libertad para decidir sobre sus acciones, las cuales podrían ser objeto de reproche jurídico penal cuando infrinjan bienes jurídicos de relevancia penal. Así, no es posible realizar un juicio de reproche jurídico penal sobre la base de la condición o características personales del sujeto activo, como sería el caso de su orientación sexual o de su condición de ejercicio de la prostitución. Señala que la aplicación de medidas de seguridad en razón de la homosexualidad, es consecuencia o respuesta de una concepción única de la sexualidad humana, ideología a partir de la cual, se entendía como anormal, degenerado o motivo de enfermedad, cualquier preferencia sexual diferente al estándar social, lo que permitía la intromisión estatal mediante el abordaje jurídico penal, en este caso, a través de la imposición obligatoria de medidas de seguridad; criterios que discriminan y criminalizan a los grupos sociales conformados por personas con preferencias sexuales diversas. En cuanto a la imposición de medidas de seguridad sobre la base de la prostitución, la accionante parte del entendido histórico-social de relacionar a la prostitución únicamente con las mujeres e indica, que esta perspectiva invisibiliza las razones o causas por las cuales muchas mujeres han optado por la prostitución, como la falta de igualdad en el acceso de oportunidades, la violencia, la discriminación y la feminización de la pobreza, razón por la cual dentro del contexto de la punición de ciertas actividades relaciones con la prostitución, la mujer debe ostentar la condición de víctima. Expresa que la aplicación de medidas de seguridad ante supuestos de prostitución voluntaria, violenta los derechos fundamentales a la libertad y a la autodeterminación de las personas. De conformidad con lo impugnado, procede realizar un análisis preliminar sobre algunos temas en particular vinculados con la normativa impugnada y los precedentes que al respecto ha emitido este Tribunal.

III.- Sobre las medidas de seguridad dispuestas en nuestro Código Penal. Como bien ha señalado la Sala en sus precedentes (ver sentencias No. 1993-2586, 1992-88 y 1992-1438), las medidas de seguridad son medios especiales preventivos, privativos o limitativos de bienes jurídicos, impuestos por las autoridades judiciales a aquellas personas que nuestro ordenamiento jurídico penal califica de "inimputables", con el fin de "readaptarlos" a la vida

social, sea con medidas de educación, corrección o curación. Se trata de medidas de internamiento en centros hospitalarios o centros técnicos especializados en la atención de discapacitados mentales, que tienen como fin lograr efectos curativos y de vigilancia, según lo dispone el propio artículo 101 del Código Penal. Como medidas curativas se contemplan: 1- El ingreso a un hospital psiquiátrico; y 2- El ingreso en un establecimiento de tratamiento especial y educativo. Su propósito ha sido separar al "inimputable" de la sociedad, como una medida preventiva en razón de la protección de la misma y como medida "curativa" para dicho inimputable. Por ello, se ha dispuesto el internamiento del enajenado en un establecimiento psiquiátrico, al considerarse necesario y preferible, tratar al discapacitado mental con una medida adecuada a su personalidad. La doctrina ha establecido la existencia de tres tipos de medidas de seguridad: las llamadas "medidas pre-delictuales", que se aplican a los sujetos que no han cometido delito, para evitar que los cometan; las medidas para los inimputables; y las "medidas post-delictuales", que son las que se combinan con las penas y se imponen a privados de libertad reincidentes o profesionales, por lo que en realidad son penas agravadas o formas de agravación de las mismas. Como señaló la Sala en aquella oportunidad, las únicas medidas posibles en nuestro medio son las que se fundamentan en la incapacidad psíquica, dado que las primeras no existen en nuestro ordenamiento jurídico penal y, las terceras, en virtud de las sentencias de este Tribunal números 1992-88 de las 11:00 horas del 17 de enero de 1992 y 1992-1438 de las 15:00 horas del 2 de junio de 1992, fueron declaradas inconstitucionales y en consecuencia no aplicables en nuestro medio. También señaló en la sentencia No. 1995-167 de las 15:69 horas del 10 de enero de 1995, que tratándose de la imposición una medida de seguridad a un inimputable, esta no se fundamenta en la determinación de la responsabilidad penal del sujeto previa demostración de su culpabilidad, por lo cual este estudio amerita también la revisión del principio de culpabilidad establecido en el artículo 39 de la Constitución Política.

IV.-Sobre el principio de culpabilidad. El artículo 39 de nuestra Constitución Política dispone que "a nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad...".De esta manera, el Constituyente optó por un derecho penal de culpabilidad, donde la pena debe necesariamente estar limitada, entre otras circunstancias, por el grado de culpa con que actuó el sujeto activo. Eso implica que se es

responsable por lo que se hizo (por la acción) y no por lo que se es, ya que sancionar a la persona por lo que es y no por lo que hizo, quebrantaría el principio fundamental de garantía que debe tener el derecho penal en una democracia. Desconocer el derecho que tiene cada ser humano de elegir como ser -atendiéndose a las consecuencias legales, por supuesto-, y a otros que no pueden elegir, el ser como son, ha dicho este Tribunal equivale a ignorar la realidad social, humana y los principios básicos de libertad. Así, la pena debe ser consecuencia del hecho cometido y relacionarse directamente con él para la fijación del tanto de pena a cumplir, pues funciona en el caso la culpabilidad como un condicionante de la pena, pero al mismo tiempo la hace proporcional al hecho cometido, a la afectación del bien jurídico que se dio con la acción atribuida al sujeto activo del ilícito. La Sala advirtió desde la sentencia No. 1992-088, que nuestro Código Penal, en relación con la fijación de la pena, parece seguir los principios de un derecho penal de autor (responsabilidad por lo que se es), por lo dispuesto en el artículo 71, que en lo que interesa señala: "El Juez en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse...atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe." Para ello, el Juez debe tomar en cuenta las condiciones personales del sujeto activo y la conducta posterior al delito y pedir al Instituto Nacional de Criminología las características psicológicas, psiquiátricas y sociales del reo, así como las referencias a educación y antecedentes, sin tomar en consideración plenamente la función limitadora que, en relación con aquél extremo, debe cumplir la culpabilidad. Sin embargo, también señaló este Tribunal, que dicha disposición no resultaba inconstitucional, en tanto el derecho penal de culpabilidad no excluye que se tomen en consideración circunstancias personales del sujeto activo al momento de fijar la pena por descontar. En realidad, el Constituyente no optó por un derecho penal puro de culpabilidad, ya que de lo dispuesto en el artículo 39 citado, también se puede concluir que desde el punto de vista constitucional, la culpabilidad solo debe exigirse al realizar el juicio de reproche para fijar si se es responsable penalmente por un hecho cometido:

"...El error conceptual que en este caso habría cometido el constituyente, al confundir culpabilidad con responsabilidad y con ello reducir el marco de exigencia de la culpabilidad -esto no lleva a concluir que la exigencia de tomar en consideración el mayor o menor grado de culpabilidad en la acción, para fijar la pena a descontar es inconstitucional- resulta excusable si se toma en consideración que autores de mucha categoría en el campo penal también han caído en esa confusión, pero de aceptarse esa tesis ello conllevaría a un

resultado diferente al señalado en el considerando anterior en relación al problema planteado, pues el marco constitucional entonces solo exigiría la demostración de culpabilidad para imponer una sanción penal, pero el monto de ésta puede no estar relacionado con el grado de culpa con que se actuó. El principio sería, se es responsable porque se es culpable, pero la reacción penal no se encuentra limitada por el grado de culpabilidad con que se actuó en el hecho atribuido. Si esta conclusión es válida, penas y medidas podrían coexistir sin lesionar lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución, dado que en éste no se exigiría proporcionalidad entre el monto de la pena y el grado de culpabilidad, pero ésta -la culpabilidad- perdería un amplio marco de influencia y su función garantista, dado que solo sería tomada en consideración al fijarse la responsabilidad del sujeto en los hechos que le fueren imputados, no así en relación con la respuesta penal correspondiente a la acción que se le atribuye. Este criterio, muy en boga en América Latina, no ha podido ser plenamente llevado a la práctica, en primer lugar porque el procedimiento penal de nuestro medio, en cuenta el costarricense, no está diseñado para hacer un juicio sobre la personalidad del sujeto activo, los criterios que aplican los jueces a este respecto, resultan empíricos, subjetivos y en tal razón en sí mismos peligrosos. No es extraño encontrar en los pronunciamientos de nuestros tribunales, al momento de fundamentar el fallo en cuanto a la pena se refiere, que lo hacen señalando que toman en consideración el criterio que sobre la personalidad del condenado se han formado en la audiencia, criterio, que como ya se dijo, es pobre, empírico y posiblemente no ajustado a la realidad, dado que el comportamiento propio del sujeto, jamás podrá ser el que representa en una audiencia judicial, la que por su misma forma conlleva a una imposición de conductas que imposibilitan que la propia del sujeto pueda manifestarse libre, espontánea y plenamente. Tampoco resulta extraño que al fundamentar el tanto de pena a imponer, los juzgadores señalen que lo hacen tomando en consideración las circunstancias de modo, tiempo y lugar con que se cometió el hecho, sin que se aclare cuál es el contenido que a cada uno de esos conceptos se le da para el caso concreto. Estos dos ejemplos aclaran el por qué se estima que nuestro procedimiento no se encuentra diseñado para hacer un estudio confiable sobre la personalidad del sujeto activo y el tanto en que ella ha influido en la comisión del hecho...”

Ahora bien, el criterio de imputabilidad o inimputabilidad del sujeto que incurra en una conducta tipificada como delito, sí determina la procedencia o no de una medida de seguridad. La Sala en la sentencia No. 1998-1588 de las 16:27 horas del 10 de marzo de 1998,

al referirse precisamente al artículo 98 aquí impugnado, pero con respecto a otro inciso cuestionado, en aquella oportunidad señaló:

“En ese orden de ideas, los artículos 24 última frase, 98 inciso 5) y 102 inciso b) del Código Penal resultan inconstitucionales al prever la imposición de una medida de seguridad a un sujeto imputable, a quien lo que correspondería sería reprocharle la conducta de acuerdo a su culpabilidad en el hecho. Las medidas de seguridad están destinadas, no al tratamiento del delincuente como retribución de acuerdo con la gravedad y culpabilidad de su acción, sino a la peligrosidad social que represente. El surgimiento y razón de ser de las medidas de seguridad previstas para los imputables radica en el concepto de peligrosidad, atendiendo a un derecho penal de autor y tiene como fin la prevención de la comisión de delitos. No atienden a un criterio de culpabilidad por el hecho, sino a la calificación de una persona como “peligrosa”, con probabilidad de cometer cualquier delito en el futuro. Históricamente el mayor impulso que se dio a las medidas de seguridad lo fue por la Escuela Positiva o Antropológica del Derecho Penal, que sustituyó la responsabilidad por la peligrosidad y consideró al delito como síntoma de patología psico-somática, que en cuanto tal debe ser tratado y prevenido, más que reprimido, con medidas pedagógicas y terapéuticas dirigidas a neutralizar su etiología. Esa es la doctrina que se encuentra en la base de la punibilidad de la tentativa inidónea, por cuanto, se considera que si bien la persona no llevó a cabo una conducta adecuada para producir el resultado, sí existió una intención de cometer el delito, con lo cual, el sujeto se torna “peligroso” para el ordenamiento jurídico; lo cual, a todas luces es impropio de un sistema penal que pretende ser respetuoso de las garantías y derechos básicos de las personas.”

De ahí la relevancia también de determinar los bienes jurídicos que han de ser tutelados por el Derecho Penal y si bien, la individualización de estos es una decisión de carácter político criminal, dentro de un sistema democrático como el que consagra nuestra Constitución, las intromisiones del derecho penal deben ser las estrictamente necesarias y, sobretodo, atender al principio de proporcionalidad. Asimismo y en lo que interesa al presente estudio, se colige que la aplicación de una medida de seguridad, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, resulta aplicable únicamente a los inimputables.

V.-Sobre las normas impugnadas. En los artículos cuestionados se dispone como obligación para el Juez Penal que tiene bajo su conocimiento un proceso, el imponer una medida de seguridad, cuando considere que la condición de homosexualismo o prostitución de la

persona que está siendo procesada determinó la conducta delictiva (artículo 98 inciso 6). Dicha medida, indica por su parte el artículo 102 en el inciso e), consiste en la prohibición de frecuentar determinados lugares. Siguiendo un hilo lógico de lo expuesto en los considerandos previos, podría concluirse entonces, que el legislador estimó en su momento que el homosexualismo y la prostitución son condiciones que representan, por un lado, una condición de inimputabilidad, y, por el otro, un tipo de enfermedad o patología que consideró ameritaba la intervención del Estado para erradicarla por resultar socialmente peligrosa. Esto nos lleva a delimitar entonces, en qué consisten estas calificaciones reprimidas por el legislador.

VI.-Desde el punto de vista psico-social, la homosexualidad puede ser concebida como la orientación de los sentidos o la actividad sexual hacia el mismo sexo, motivo por el que ha sido tratada desde muy diversos enfoques, incluso llegando a ser considerada una enfermedad, para la cual a través del tiempo fueron implementados incluso tratamientos psiquiátricos con la intención de erradicarla. Hoy día, enfoques diversos y estudios recientes la descartan como patología; sin embargo, dicho antecedente es relevante para comprender el fenómeno social que pudo haber dado lugar al tratamiento que, en un momento determinado, estimó el legislador que debía darse en nuestro país a la homosexualidad.

Ahora bien, lo cierto es que el 17 de mayo de 1990, la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud eliminó de la Clasificación Internacional de Enfermedades a la homosexualidad, que con anterioridad era considerada como una enfermedad mental. Se reconoció que la orientación sexual no se elige y que no existe un mecanismo científico reconocido para promover la preferencia homosexual. En la sentencia No. 2013-3090 de las 16:10 horas del 6 de marzo de 2013, así lo evidenció este Tribunal:

“La OMS y la OPS han señalado que el homosexualismo no es una enfermedad o una patología, sino una preferencia sexual de las personas, una manifestación de su diversidad sexual. Precisamente, el 17 de mayo de 1992, la Asamblea Mundial de la Salud de la Organización Mundial de la Salud removió la homosexualidad de la lista de trastornos mentales cuando aprobó la Décima versión de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades (CIE). Asimismo, la OPS ha advertido recientemente que los supuestos servicios de “curación” de personas homosexuales carecen de justificación médica y más bien representan una grave amenaza a la salud y el bienestar de personas; agrega que la homosexualidad no es un trastorno, enfermedad o patología y, por ello, no requiere cura (ver

[Comunicado de Prensa OPS/OMS, Washington, D.C., 17 de mayo de 2012, http://new.paho.org/chi/index.php?option=com\\_content&view=article&id=436&Itemid=215](http://new.paho.org/chi/index.php?option=com_content&view=article&id=436&Itemid=215)).

[En ese mismo sentido, la Directora de la OPS señaló que: “Ya que la homosexualidad no es un trastorno o enfermedad, no requiere cura. En consecuencia, no existe indicación médica para el cambio de orientación sexual”.Según criterios técnicos de la OPS, existe el consenso profesional de que la homosexualidad es una variación natural de la sexualidad humana y no se puede considerar como una condición patológica.](#)

[Por su parte, el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica ha señalado como posición oficial que “Nadie ha dicho que dicho Congreso no se realice, lo que se ha dicho y se ha mantenido es que al contener dentro de sus ponencias una que insita a la discriminación, al menoscabo de los derechos humanos y al odio hacia una minoría, no debe tener el respaldo del Estado el cual es garante de los derechos humanos de los costarricenses”.En igual sentido, la Asociación Costarricense de Psiquiatría \(Asocopsi\) ha aclarado a la opinión pública que la homosexualidad no es una enfermedad, por lo tanto, no es sujeta de curación; además, que “desde hace 37 años la homosexualidad no se considera un trastorno psiquiátrico y la Organización de las Naciones Unidas \(ONU\) la eliminó como trastorno mental el 17 de mayo 1990 por considerar, con criterios científicos, que no correspondía a una patología, sino que es parte de la diversidad del ser humano”](#)

[Precisamente y en atención a las supuestas técnicas de curación que han sido implementadas por algunos Estados a las personas que tienen una orientación homosexual, resulta pertinente citar lo que el Comunicado de Prensa de la Organización Panamericana de la Salud, referido en la cita anterior, señaló el 17 de mayo de 2012:](#)

[“Los supuestos servicios de “curación” de personas con orientación sexual no heterosexual carecen de justificación médica y representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de las personas afectadas...](#)

[El documento hace un llamado a los gobiernos, a las instituciones académicas, a las asociaciones profesionales y a los medios de comunicación a que expongan estas prácticas y promuevan el respeto a la diversidad. Un 17 de mayo, 22 años atrás, la Asamblea Mundial de la Salud de la Organización Mundial de la Salud removió a la homosexualidad de la lista de trastornos mentales cuando aprobó una nueva versión de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades \(CIE\).](#)

“Ya que la homosexualidad no es un trastorno o enfermedad, no requiere cura. En consecuencia, no existe indicación médica para el cambio de orientación sexual”, observó la Directora de la OPS, doctora Mirta Roses Periago. Añadió que las prácticas conocidas como “terapias reparativas” o “de reconversión”, representan “una grave amenaza para la salud y el bienestar, inclusive la vida, de las personas afectadas”.

El documento técnico de la OPS señala que existe un consenso profesional en que la homosexualidad es una variación natural de la sexualidad humana y no se puede considerar como una condición patológica. Sin embargo, varios órganos de las Naciones Unidas han constatado que aún existen supuestas “clínicas” o “terapeutas” que promueven tratamientos que pretenden cambiar la orientación sexual de personas no heterosexuales.

En este posicionamiento técnico se observa que no existe ningún estudio científico riguroso que demuestre la eficacia de los esfuerzos de cambio de orientación sexual. Al mismo tiempo, constata que hay muchos testimonios sobre los daños graves a la salud mental y física que estos “servicios” pueden causar. La represión de la orientación sexual ha sido asociada con sentimientos de culpa y vergüenza, depresión, ansiedad, e inclusive suicidio.

Como factor agravante, se han recibido reportes de que los tratos degradantes, el acoso sexual y la violencia física suelen ser o pueden ser elementos que componen las supuestas “terapias”. Resulta “más inquietante”, señala el documento, que los supuestos servicios de “reconversión sexual” muchas veces se presten de manera clandestina. También se ha recibido información de adolescentes que fueron sujetos a intervenciones de “reparación” de manera involuntaria, y en algunos casos hasta privados de su libertad e incomunicados por varios meses, indica este posicionamiento técnico.

“Estas prácticas son injustificables y deben ser denunciadas y sujetas a sanciones y penalidades dentro de la legislación nacional”, observó la doctora Roses. “Las supuestas ‘terapias de reconversión’ constituyen una violación a los principios éticos de la atención de salud e infringen los derechos humanos de las personas afectadas protegidos por regulaciones internacionales y regionales”, subrayó.

Para enfrentar este reto, el documento de la OPS presenta una serie de recomendaciones para varios sectores, como los gobiernos, las instituciones académicas, las asociaciones profesionales, los medios de comunicación y la sociedad civil. Entre las recomendaciones figuran:

-Que las terapias de “reconversión” o “reparativas” y las clínicas que las ofrezcan sean

denunciadas y se apliquen las sanciones correspondientes.

-Que las instituciones públicas responsables de la formación de profesionales de la salud incluyan en sus esquemas curriculares cursos de sexualidad humana y salud sexual con enfoques de respeto a la diversidad y de eliminación de actitudes de patologización, rechazo y odio hacia personas no heterosexuales.

-Que las agrupaciones profesionales diseminen entre sus miembros documentos y resoluciones de instituciones y agencias nacionales e internacionales en las que se hace un llamamiento a despsicopatologizar la diversidad sexual y a prevenir el uso de intervenciones dirigidas a cambiar la orientación sexual.

-A nivel de los medios de comunicación, la homofobia, en cualquier de sus manifestaciones y expresada por cualquier persona debe ser expuesta como un problema de salud pública, de atentado a la dignidad y a los derechos humanos

-A nivel de organizaciones de la sociedad civil, pueden desarrollar mecanismos de vigilancia ciudadana para reconocer violaciones de derechos humanos de personas no heterosexuales y denunciarlas a las autoridades correspondientes.”

Incluso, la propia Ministra de Salud, en su artículo “Salud y el Congreso de Bioética”, avala plenamente los criterios arriba citados de la OMS y la OPS y literalmente afirma:

“Se recomienda a las agrupaciones profesionales diseminar entre sus miembros documentos y resoluciones de instituciones y agencias nacionales e internacionales en las que se hace un llamamiento a despsicopatologizar la diversidad sexual y a prevenir el uso de intervenciones dirigidas a cambiar la orientación sexual.

“Se recomienda a las agrupaciones profesionales adoptar posicionamientos definidos y claros en materia de protección de la dignidad de las personas y definir acciones necesarias para prevenir y controlar la homofobia como problema de salud pública, que tiene efectos nocivos en el goce de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Por todo lo anterior, queremos dejar claro ante la opinión pública que este Ministerio no avala ninguna terapia o tratamiento para la curación de algo que no es una enfermedad y más bien señala los riesgos que implican.” (<http://www.nacion.com/2013-03-04/Opinion/Salud-y-el-Congreso-de-Bioetica.aspx>).

Con base en lo expuesto, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, resulta del todo improcedente que nuestro ordenamiento jurídico penal autorice la imposición de una medida de seguridad a una persona por la sola condición de ser

homosexual, toda vez que a la luz del criterio mayoritario de la doctrina especializada, la homosexualidad no es un padecimiento. Dentro de este marco, en sentencia No. 2007-7128, esta Sala señaló que la protección del derecho a la identidad sexual de la persona se construye a partir de los siguientes asideros constitucionales: a) el derecho al libre desarrollo de la personalidad; b) el derecho a la protección de la salud como derecho de toda persona a su bienestar general y psicosocial en particular; c) el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen así como a la dignidad personal; y d) el derecho a la integridad psicofísica. Según esta perspectiva, existe una obligación incluso por parte de los Poderes Públicos de proteger la dignidad de la persona y su derecho a la personalidad, y como tal, es viable realizar la construcción jurídica del derecho a la “identidad sexual”: “En criterio de esta Sala y en atención al caso concreto, el derecho a la identidad sexual sí tiene la importancia necesaria y si se le debe considerar como un derecho inherente a la persona pero también al derecho a la salud en la medida en que su reconocimiento puede implicar un ajuste de la psiquis del interesado con su cuerpo, una adaptación de lo que es a lo que siente que debe ser y con ello preservar y garantizar su derecho a la salud desde el punto de vista emocional y psíquico. El sexo es una realidad múltiple configurada por varios factores: el componente genético o cromosomático (XX para la mujer, XY para el hombre); el componente morfológico (los órganos genitales que el niño y la niña muestran al nacer); y por último el componente psico-social (el género: masculino o femenino). Constituye una cualidad que identifica a la persona y sirve, al mismo tiempo, para diferenciarla de los demás, es uno de los datos que forman parte del estado civil, no es inmutable, de modo tal que el derecho debe prever, mediante disposiciones, aquellos casos en los que ciertos individuos no han seguido la línea pronosticada en la evolución de su identidad sexual y a pesar de que tienen un sexo, quieren pertenecer al otro y para ello solicitan el ajuste de su cuerpo a lo que sienten en su psiquis, como lo hace el recurrente en este caso concreto. Al día de hoy se puede decir que se ha superado la tradicional consideración de que el sexo solo viene determinado tanto por el criterio monolítico de la fórmula cromosomática XX para la mujer y XY para el hombre (que puede resultar además irregular) como por la conformación anatómica de la persona en el nacimiento, pues se entiende que el sexo es el resultado final de una yuxtaposición, normalmente perfecta, entre sus llamados elementos objetivos o biológicos (sexo genético o cromosómico, cromatínico, gonádico, germinal, hormonal, cerebral y morfológico o somático) y los elementos subjetivos (sexo psicológico y sociológico) que conforman la

llamada identidad sexual de la persona o sentimiento íntimo y social de pertenencia a uno de los dos sexos, de modo que superada esa tradicional concepción ahora sí se admite la posibilidad de que el elemento subjetivo psicológico permita también la determinación del sexo de una persona... (sentencia No. 2007-7128 reiterada en la 2009-16877 de las 13:56 horas del 4 de noviembre de 2009)

De manera que actualmente la opinión científica mayoritaria no solo ha descartado que la homosexualidad sea una enfermedad, sino que a través de instrumentos internacionales como los citados, se ha promovido el derecho a la orientación sexual de la persona como parte de su desarrollo de la personalidad, identidad y dignidad, y se ha convocado a los Estados a erradicar cualquier forma o práctica que produzca la discriminación en este sentido. Tarea a la cual también se ha abocado este Tribunal en su jurisprudencia:

“IV.- Sobre la discriminación sexual. A través de su línea jurisprudencial esta Sala ha reconocido como principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de Costa Rica el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Discriminar, en términos generales, es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser humano o grupo de ellos; en este caso de los homosexuales. A partir de lo anterior, puede válidamente afirmarse que la discriminación por motivos de orientación sexual contrario al concepto de dignidad debidamente consagrado en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por nuestro país. A manera de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe en su artículo 26 la discriminación por motivos de "raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; de lo que también deriva que no son permitidos los actos que atenten contra el derecho a la igualdad y dignidad humana de las personas por su orientación sexual, pues tienen derecho a acceder a cualquier establecimiento comercial y a recibir un trato igual, sin discriminación en razón de su preferencia sexual.” (sentencia No. 2008-15249 de las 13:53 horas del 10 de octubre de 2008)

“VII.- NATURALEZA DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS Y GRUPOS EN DESVENTAJA. Los derechos humanos, fundamentales y de configuración legal de los grupos minoritarios o en desventaja, por haber sufrido, tradicionalmente, discriminación, exclusión y toda clase de prejuicios sociales -como ocurre con el de los homosexuales-, surgen a partir

movimientos de reivindicación de éstos, ordinariamente, contra mayoritarios, dada la insistencia e inclinación natural de las mayorías por mantener y perpetuar cualquier discriminación y trato asimétrico. Los poderes públicos, de su parte, están obligados, por la Constitución y los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a garantizar y propiciar el respeto efectivo del principio y el derecho a la igualdad –real y no formal- de tales grupos (artículos 33 constitucional y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José). Las situaciones de discriminación pueden ser fácticas o jurídicas, serán del primer tipo cuando, ante la existencia de un grupo minoritario en desventaja y discriminado, no se adoptan medidas para superar tal estado de cosas.” (sentencia No. 2010-13313 de las 16:31 horas del 10 de agosto de 2010)

Esta labor ha sido emprendida no solo en nuestro país, sino en muchas partes del mundo, promovida precisamente por instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos como la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (art. 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2), la Declaración sobre la orientación sexual e identidad de Género de las Naciones Unidas, las Recomendaciones del Consejo de Europa del 31 de marzo de 2010, la Declaración Universal de los Derechos Sexuales y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea firmada en Niza el 7 de diciembre de 2000, entre otros. Los principios y derechos promovidos en estos instrumentos han sido implementados en el ámbito interno por varios países, y Costa Rica no ha sido la excepción. Nuestra Constitución Política dispone en el artículo 33 que toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana, lo que evidentemente incluye la discriminación por la orientación sexual de la persona (cuestión expresamente recogida por el numeral 4.h de la Ley General de la Persona Joven).

Ahora bien, en la especie, los artículos 98 y 102 inciso 6) del Código Penal cuestionados imponen al Juez Penal el deber de aplicar una medida de seguridad a una persona, por su sola condición de homosexual, cuando considere que ello determinó la conducta delictiva; la cual consistirá, en prohibirle a esa persona frecuentar determinados lugares. A la luz de lo expuesto en los considerando previos, estas disposiciones resultan inconstitucionales no solo por facultar la imposición de una medida de seguridad a una persona, a la cual la condición de homosexual no la hace inimputable, sino también porque la sola consideración de que su

orientación sexual la haga acreedor de esta medida, resulta discriminatorio y lesivo de su dignidad. Según quedó acreditado, las medidas de seguridad en nuestro país tienen un fin “rehabilitador” y ello se justifica únicamente cuando se está frente a una patología que requiere de la intervención estatal para remediarla:

“...iii.- Por último estima la Sala necesario hacer indicación de que si bien es cierto en el caso particular consultado se prescinde del juicio de culpabilidad al no aplicarse al inimputable sanción alguna, su estado de inimputabilidad necesariamente debe quedar acreditado técnicamente, y de igual manera debe quedar establecida la necesidad de la medida de seguridad que en definitiva se imponga de conformidad con el numeral 101 del Código Penal. Lo anterior toda vez que, según se indicó en el considerando VII.- de la sentencia de esta Sala número 2586 ya citada, no a todos los inimputables debe imponerse una medida de seguridad, sino solo a aquellos respecto de los cuáles aparezca como necesaria en atención a sus condiciones personales, para lograr una mejoría en su estado psíquico anormal.” (sentencia No. 1995-167 las quince horas treinta y nueve minutos del diez de enero de mil novecientos noventa y cinco)

Conforme a la opinión técnica mayoritaria, la condición de homosexual no es una patología, sino una manifestación del derecho a la identidad sexual de la persona, a su personalidad e intimidad. Por otro lado, en nuestro país el criterio de culpabilidad que resguarda el artículo 39 de la Constitución Política pretende asegurar que se sancione a una persona por lo que hizo, no por lo que es. La orientación sexual de una persona no podría ser valorada siquiera para establecer la condición de inimputabilidad o de imputabilidad, pues estamos frente a una manifestación de los derechos de la personalidad del individuo, excluida de la ingerencia del Estado. Por ello, resulta totalmente inaceptable la restricción de un derecho fundamental, como es la libertad de trasladarse a cualquier parte del país como la impuesta en el artículo 102 impugnado. La medida de seguridad cuestionada en ambas disposiciones sin duda alguna está fundamentada en criterios discriminatorios, basados únicamente en la orientación sexual de la persona, la cual resulta de una decisión y acción privada que se enmarca dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad, como condición personal que es y a lo que tiene derecho todo ser humano. Por consiguiente, la acción de inconstitucionalidad debe acogerse en este sentido.

VII.-En lo que respecta a la prostitución, la misma constituye un fenómeno social, cuyos orígenes y concepción también han sufrido varios cambios según el desarrollo cultural de los

diversos países. Puede ser definida como la conducta de cualquier mujer u hombre que lleva a cabo el coito con un compañero o una compañera, en cuya elección se excluye el factor emocional o afectivo, ya que la retribución monetaria es la finalidad de dicha conducta. Se trata de un fenómeno que comprende la actividad ejercida por hombres, mujeres y otras tendencias de género, de manera que resulta incorrecto asociarlo solo con la mujer, como lamentablemente ha sido lo tradicional. También es innegable que es un fenómeno social que ha cursado un camino entre el reproche moral, la regulación a efectos sanitarios, e, incluso en determinadas épocas de la historia patria, de cierta aceptación de su ejercicio, así como de sanción, tal como el caso de las normas impugnadas. Tal circunstancia explica el porqué de que se encuentre en la legislación penal, circunstancias inculpatorias, agravantes o determinantes de ciertas medidas tan solo por el hecho de que la persona imputada se dedique al ejercicio de la prostitución.

Las normas cuya constitucionalidad se cuestiona mediante esta acción, establecen la obligación para el juez de aplicar una medida de seguridad cuando en la actividad delictiva concreta haya sido determinante que el imputado o imputada ejerza la prostitución de manera habitual –artículo 98.6 del Código Penal-, estableciéndose que la medida que debe aplicarse es la de prohibir frecuentar determinados lugares cuando el delito fue cometido “bajo la influencia (...) [de] la prostitución” (sic) –artículo 102.e del Código Penal-. Tal como se ha indicado en el III Considerando de esta sentencia, las medidas de seguridad son medios especiales preventivos, privativos o limitativos de bienes jurídicos, impuestos por las autoridades judiciales a aquellas personas que nuestro ordenamiento jurídico penal califica de "inimputables", con el fin de "readaptarlos" a la vida social, sea con medidas de educación, de corrección o curación. Se refirió también que las únicas medidas posibles en nuestro medio son las que se fundamentan en la incapacidad psíquica de la persona sujeta a un proceso penal. Así, la lectura de las normas impugnadas hace concluir que para el legislador que promulgó el Código Penal y dispuso la obligatoria imposición de estas medidas de seguridad, la prostitución es ejercida por personas que en su criterio son inimputables, es decir, que quienes ejercen la prostitución carecen de cierta capacidad jurídica para reconocer la trascendencia de sus actos. Esta apreciación incluso hace concluir al legislador, que quienes ejercen la prostitución lo hacen porque carecen de aquella capacidad jurídica y de actuar que sí los haría imputables para el derecho penal. Sin embargo, debe tomarse en consideración que la condición de imputabilidad o inimputabilidad dista mucho de ser una

situación que de manera apriorística pueda endilgarse como propio de un sector de la población, y menos aun de un grupo poblacional (aunque tenga cierto riesgo social), toda vez que la inimputabilidad debe establecerse de acuerdo con las particulares condiciones y características de la persona sujeta a un proceso penal, previa verificación científica de su condición, del grado de comprensión sobre la naturaleza de sus actos, y del entendimiento de su compromiso social. La condición de inimputabilidad debe declararse por las autoridades pertinentes previos estudios concretos que acrediten la existencia de aquellas condiciones que determinan la imposibilidad de someter a un proceso penal a una persona, no a un grupo en general. Así, definir que a quienes ejercen la prostitución debe aplicárseles de manera obligada una medida de seguridad, roza con todo criterio de razonabilidad, equidad y justicia, pues se le atribuye una condición de inimputable únicamente por pertenecer a determinado grupo social o por ejercer determinada actividad, y, peor aún, de manera a priori e inverificada científicamente. Esta primera aproximación hace ver que las normas impugnadas se basan en apreciaciones morales que riñen con la doctrina penal en cuanto a los criterios de imputabilidad e inimputabilidad, pues atribuye esa condición a un conglomerado social de manera uniforme y de previo a la acreditación particular de la condición de inimputabilidad dentro de un proceso penal. Lo anterior contraviene los principios de razonabilidad, equidad y justicia, pues por el solo hecho de ejercer determinada actividad ya el derecho penal considera a alguien inimputable y acreedor de una medida de seguridad.

Más allá de la condición de imputabilidad o inimputabilidad, lo cierto es que en la práctica estas medidas de seguridad distan de ser aplicadas en defecto de la sanción penal; es decir, no es que las medidas se aplican en defecto de la sanción, sino de manera complementaria a la sanción. Por el contrario, las normas cuestionadas hacen referencia a esta condición de pertenencia al grupo social que ejerce la prostitución, como un agravante en la condición de la persona sometida al proceso penal y condenada, cuasi aplicando un criterio de peligrosidad, para que, además de la sanción impuesta, se determine igualmente la aplicación -obligatoria- de la medida de seguridad concerniente. De tal forma, si bien las medidas de seguridad están pensadas y estatuidas para personas inimputables -lo que haría que el legislador considere inimputables a quienes ejercen la prostitución- lo cierto es que en la práctica ese criterio de inimputabilidad no funciona como tal, pues ciertamente quienes ejercen la prostitución de manera habitual -como cualquier otra persona que no la ejerza-

válidamente pueden ser sometidos a un proceso penal para la determinación de su participación en un ilícito penal, y en caso de encontrarles responsables, se da base para la aplicación no solo de la sanción penal, sino también y de manera obligada, de la medida de seguridad. Es decir, se aplica una medida de seguridad sobre una pena impuesta, situación que de conformidad con los precedentes de la Sala ya indicados en el III Considerando de esta sentencia, es impropio e inconstitucional, pues es claro que resulta improcedente la aplicación de una medida sobre una pena. En este sentido, las normas impugnadas resultan igualmente inconstitucionales por dar lugar a una obligada imposición de una medida de seguridad además de la pena correspondiente, motivo por el que también resulta inconstitucional la referencia a la prostitución habitual –y menos la ocasional- como condición para la aplicación de una medida de seguridad en los términos dichos.

Por otra parte, es criterio de la Sala que con esta definición del Código Penal se violenta también el principio de congruencia legislativa, en el tanto lo dispuesto por el legislador para permitir la aplicación obligada de la medida de seguridad, resulta incongruente con la doctrina penal definida en el mismo Código. En efecto, una persona que ejerza la prostitución puede ser sujeto de investigación y sanción penal, es decir, puede ser imputado o imputada y ser condenado. Pero si sacó provecho del ejercicio de la prostitución para cometer ese ilícito, al mismo tiempo dice el legislador que se le debe aplicar una medida de seguridad, sin contemplar que las medidas de seguridad están pensadas y diseñadas en nuestro sistema para personas inimputables. Así, las normas impugnadas dan base para aplicar una medida para inimputables a una persona imputable, contraviniendo claramente el principio de congruencia de tal modo, que tales previsiones resultan inconstitucionales al carecer de una exacta correspondencia respecto de los criterios de imputabilidad definidos por la doctrina penal que rige nuestro ordenamiento.

En consecuencia, tomando en consideración que en el caso bajo estudio las normas impugnadas contravienen los principios de razonabilidad, equidad, justicia y congruencia, en la medida que imponen la obligación de aplicar medidas de seguridad cuando el sujeto condenado ejerza la prostitución de manera habitual, y ese ejercicio le haya permitido la comisión del ilícito, se declara la inconstitucionalidad del inciso 6 del artículo 98, y del inciso e) del artículo 102, ambos del Código Penal, en cuanto hacen referencia a la prostitución como factor condicionante para la imposición de las medidas de seguridad allí indicadas.

VIII.- Conclusión. Con fundamento en todo lo expuesto, procede declarar con lugar la acción y declarar inconstitucionales el inciso 6) del artículo 98 y el inciso e) del artículo 102 del Código Penal, únicamente en cuanto incorporan como supuestos para la imposición de medidas de seguridad, la prostitución y el homosexualismo.

Por tanto:

Se declara con lugar la acción. Se anula el inciso 6) del artículo 98 y el inciso e) del artículo 102 del Código Penal, únicamente en cuanto incorporan como supuestos para la imposición de medidas de seguridad, la prostitución y el homosexualismo. Se confiere a esta declaratoria efectos retroactivos a la fecha de vigencia de las normas anuladas, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se dimensionan los efectos de este pronunciamiento, en el siguiente sentido: 1- Todas aquellas personas que hubieren descontado una medida de seguridad, por homosexualismo o prostitución, según lo reglado en las normas que ahora se acuerda su inconstitucionalidad, así como aquellos que encuentren sometidos a una medida por los motivos señalados, pueden plantear el procedimiento de revisión, en los términos establecidos en el artículo 408 y siguientes del Código Procesal Penal. 2- Todas las medidas que se estuvieren cumpliendo y que hayan sido impuestas con fundamento a lo reglado en el artículo 98 inciso 6) y 102 inciso e) del Código Penal, por homosexualismo o prostitución, el Juzgado de Ejecución de la Pena deberá darlas por concluidas. Comuníquese a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Notifíquese. Los Magistrados Armijo, Jinesta y Hernández dan razones adicionales. Los Magistrados Cruz y Castillo ponen nota.

Gilbert Armijo S.

Presidente a.i

Fernando Cruz C. Ernesto Jinesta L.

Paul Rueda L. Aracelly Pacheco S.

Fernando Castillo V. Jose Paulino Hernández G.

Razones adicionales de los Magistrados Armijo Sancho, Jinesta Lobo, Hernández Gutiérrez, con redacción del primero: Además de los argumentos que en esta ocasión esboza el Magistrado Rueda Leal, es preciso recordar los alcances de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atalá Riffo vs. Chile, en que se prohíbe

todo tipo de discriminación por razones de orientación sexual, en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En este sentido, a todas luces es evidente que el pronunciamiento vertido por la CIDH en esa oportunidad, en aplicación del conocido control de convencionalidad, justifica un tratamiento distinto de este tipo de asuntos por parte de la Sala Constitucional. De este modo, en la sentencia de 24 de febrero de 2012, la CIDH realiza un amplio análisis sobre el concepto de discriminación y, específicamente, de discriminación por razones de orientación sexual, y 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”.

La sentencia citada aclara, además, que:

92. En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.

Y, por último, establece categóricamente que:

93. Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribela discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.

Todas estas razones justifican que en el caso presente se declare contrario al Derecho de la Constitución el inciso 6) del artículo 98 y el inciso e) del artículo 102 del Código Penal, únicamente en cuanto incorporan como supuestos para la imposición de medidas de seguridad, la prostitución y el homosexualismo, todo lo cual sin duda supone una discriminación arbitraria, contraria a la dignidad personal de esta población, que debe ser reparada por esta sede. Por lo expuesto, se debe estimar la acción, con las consecuencias de ley.

Gilbert Armijo S. Ernesto Jinesta L.

José Paulino Hernández G.

NOTA SEPARADA DEL MAGISTRADO CASTILLO VÍQUEZ

He sostenido que sí es posible hacer una diferenciación de trato cuando con ello se preserva un derecho fundamental de otra persona que sufre una mayor afectación. En estos supuestos, recurriendo a la ponderación, se debe optar por sacrificar aquel derecho fundamental que sufre la menor afectación en aras del que se ve más perjudicado, tal y como ocurre en los casos de los centros comerciales (véase el voto n.º 2011-8724). En el asunto que estamos conociendo, no estamos en este supuesto, de ahí que no es necesario salvar el voto.

Por otra parte, no me corresponde avalar ni contradecir la tesis que se esgrime en la sentencia, en el sentido de que la homosexualidad no es una enfermedad. En esta dirección, en el voto n.º 2013-3090, me pronuncié en esa dirección e, incluso, avalé que, en una sociedad democrática, pluralista, se deben permitir que quienes piensan de forma contraria – que es posible curar la homosexualidad-, puedan sustentar de forma libre, abierta, sin limitaciones, sin que sean amedrentados, su pensamiento y sus opiniones.

También he mantenido la tesis de que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es vinculante para ningún órgano de los Estados partes del tratado (véase la sentencia n.º 2013-4491), en consecuencia, los argumentos del importante Tribunal regional constituye un juicio orientador que el Juez constitucional o el Juez ordinario puede o no seguir; en este caso, ni siquiera estamos en presencia de los mismos hechos relevantes que conoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atalá Riffo. Se trata de situaciones fácticas diferentes, en cuyo caso no procede la aplicación del precedente. Con el mayor respeto, es una forma forzada de imponer una tesis donde no corresponde y de recurrir a un argumento de autoridad para sustentar una posición.

Por último, considero que la sentencia no tiene ningún efecto práctico, toda vez que, según

lo demuestra la realidad, ningún Juez ha aplicado esta medida de seguridad a una persona por ser prostituta o por ser un homosexual habitual.

En vista de las razones anteriores, he concurrido con mi voto a favor de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma impugnada.

FERNANDO CASTILLO V.

MAGISTRADO

Nota del magistrado Cruz Castro:

La criminalización de los “extraños” ha sido una constante en el derecho penal, ya sea criminalizando conductas, que no lo son, sino que se reprime algunos modos de ser del autor, o también se aplica a los ciudadanos que se encuentran en ciertas categorías, imponiendo medidas de seguridad, que es lo que se aprecia en los artículos 98, inciso seis y 102, inciso sexto del código penal. A los trabajadores y trabajadoras del sexo y a los homosexuales, en el derecho penal peligrosista, se les aplican medidas de seguridad que parecen muy “científicas” a partir de una supuesta peligrosidad, pero que no son más que un disfraz ideológico para aplicar represión y estigma sobre ciertas categorías de ciudadanos, a los que se les trata como “extraños” o anormales. Este es uno de los fundamentos de las normas cuya inconstitucionalidad se está decretando. En nombre de una peligrosidad que se fundamenta en un dudoso “cientificismo”, se imponen restricciones que lucen muy modernas, afines a un derecho penal de prevención, que evita el delito, y que parece que no afecta derechos fundamentales. En materia social, en materia de represión, no existe una supuesta neutralidad que hace el control o la represión disfrazada una acción aséptica o inocua. Uno de los ejemplos más interesantes sobre la represión de la sexualidad, tanto a los que no son heterosexuales, como a los trabajadores (as) del sexo, se aprecia en el derecho penal nazi, llegando al extremo que se ingresaba a los campos de concentración a los que ostentaran la condición de homosexualidad. Como ejemplo, se puede citar que en 1928, a una pregunta de la revista Der Eigene, el partido Nacional Socialista (Partido nazi) respondió en los siguientes términos:”... ¡ El interés de la comunidad por delante del interés propio ! No es necesario que tu y yo vivamos, pero es necesario que viva el pueblo alemán. Y sólo puede vivir si quiere luchar, porque vivir significa luchar. Y sólo puede luchar si se mantiene púber. Pero sólo se puede mantener púber si mantiene la disciplina, sobre todo frente a la lujuria. El amor libre es obsceno. Por eso lo rechazamos, tal como rechazamos lo que daña a nuestro

pueblo. El que piensa en amor entre hombres o entre mujeres es nuestro enemigo. Rechazamos todo lo que castra a nuestro pueblo, que lo convierte en pelota de nuestros enemigos, porque sabemos que la vida es lucha [...]...” En la raíz de un derecho penal que reprime modos de ser, modos de vida, que desconoce la pluralidad, la diversidad, está la aplicación de medidas represivas, a veces disfrazadas de derecho penal preventivo e inocuo, como en este caso de la medida de seguridad que se aplica a trabajadores del sexo y a los que tienen otras opciones afectivas ajenas a la heterosexualidad.

Esta orientación hacia un derecho penal que reprime modos de ser, que crea “enemigos” por alguna característica que se considera inaceptable conforme a una determinada cosmovisión, se reflejó bien en el proyecto del régimen nazi, que se denominó el tratamiento de los “extraños a la comunidad”, cuyo diseño y redacción se encargó al profesor Mezger y el criminólogo Exner. Este diseño legislativo de profilaxis social y exterminio, contemplada la pena de muerte, la esterilización forzosa y la reclusión en campos de concentración, mejor dicho, de exterminio, para personas que no habían cometido ilícitos penales o faltas menores, también podrían ser “excluidos sociales”, entre ellos, los que habrían incurrido en actos de sodomía, relaciones sexuales entre alemanes y judíos y otras conductas pertenecientes al ámbito de la intimidad. En algunos de estos casos podría imponerse la pena de muerte. Este es el derecho represivo que le da la espalda a la dignidad, a la libertad individual y que en un afán “progresista” olvida que la represión estatal debe tener claros límites en su intervención, aunque se le denomine medidas de seguridad preventivas.

La medida de seguridad es una modalidad de represión penal, no se trata de un tratamiento inocuo, se impone una limitación a la libertad y se comporta, en la realidad, como una sanción que limita sin justificación derechos fundamentales. Los nombres, las etiquetas, las abstracciones conceptuales, no le quitan su condición esencialmente represiva y de control. Ni la prostitución, ni la homosexualidad, son estados patológicos que ameriten la intervención del derecho penal, no pueden ser considerados como factores criminógenos que justifiquen la intervención del control penal. La represión que contienen las normas cuya inconstitucionalidad se declara, lesionan el artículo veintiocho del código penal, porque la homosexualidad y las labores que realizan los y la trabajadores del sexo, como adultos, pertenecen a la esfera privada de los ciudadanos, no dañan a terceros y desde el punto de vista constitucional, no son conductas que lesionen la moral o el orden público; la moral y el orden público debe provocar lesiones a valores específicos y relevantes, lo que no

ocurre con las conductas que se pretende reprimir mediante el control penal. En el caso de las trabajadoras del sexo, se reprime y sanciona al proxenetismo, pero no a la persona que conforme a controles preventivos de salud que desarrolla el mismo Estado, es trabajadora del sexo. Afirmar lo contrario es asumir una dualidad irreconciliable de valores, pues por un lado el Estado reconoce a las trabajadoras del sexo y por el otro, asume, erróneamente, que es una actividad criminógena. Para reprimir a los extraños, como la homosexualidad y las trabajadoras del sexo, se idearon las medidas de seguridad, como bien lo ha reconocido la doctrina penal. Es importante destacar que no se trata de actos criminales graves, sino que el manto represivo se extiende a trabajadores (as) del sexo, homosexuales, alcohólicos, a quienes se clasifica como clases peligrosas o de “mala vida” y para estos infractores se prevé medidas de control casi ilimitadas.

La medida de seguridad surge como una novedad en el código penal vigente y promulgado en 1970, en esa época, todavía imperaba el optimismo, asumiendo que una medida de seguridad tiene una orientación preventiva, por eso en la exposición de motivos del código, redactado por don Guillermo Padilla Castro, se reconocía que las medidas son “..en principio indeterminadas y duran en el tanto el delincuente las necesite...”, lo que corresponde a un típico derecho penal de autor. En este caso de las normas impugnadas, se reprime en función de una presunción de peligrosidad para las personas homosexuales y para los y las trabajadores del sexo.

El control penal se disfraza, peligrosamente, presentándolo como una medida preventiva, que reprime la libertad de ciudadanos a los que se les aplica una etiqueta, como en este caso, homosexualidad o prostitución, desconociendo sus derechos fundamentales, bajo el supuesto que hay una inevitable peligrosidad en quien tiene un modo de vida diferente, haciendo un pronóstico de criminalidad de dudoso fundamento, cuya consecuencia es constitucionalmente inadmisibles, puesto que ignora la dignidad y la libertad que tienen las personas de ser diferentes, siempre y cuando sus actos no lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos de otras personas.

Fernando Cruz Castro

Magistrado